



ANÁLISIS SOBRE CAMBIOS NORMATIVOS NECESARIOS PARA COOPERATIVAS Y SOCIEDADES LABORALES PARA SU ADAPTACIÓN AL NUEVO ESCENARIO ECONÓMICO

RESPONSABLE: ELENA VALIÑANI GONZALEZ

Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/940/2007, de 28 de marzo (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS-)

La Seguridad Social no se identifica con el contenido y/o conclusiones de esta investigación, cuya total responsabilidad corresponde a sus autores.

MEMORIA DE LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES LABORALES

Esta investigación ha sido financiada al amparo de lo previsto en la Orden TIN/1305/2008, de 6 de mayo (Subvenciones para el Fomento de la Investigación Social FIPROS):



Madrid, 24 de abril de 2009

Contenido

ANTECEDENTES	5
Nacidas de un estado de necesidad como respuesta a la demanda social.....	5
Papel de los agentes económicos y sociales. Sindicatos mayoritarios.	5
Gobierno socialista, ley 15/1986 de 25 de abril	6
El libro blanco de la Economía Social en España	6
Ley 19/1989 de adaptación a la directiva europea genera efectos sobre la Sociedad Anónima Laboral, provocando una regresión en su crecimiento.	7
Proposición de ley socialista en 1996 (en la oposición).....	8
¿Qué representan las sociedades laborales en el panorama empresarial español?	8
MOTIVOS PARA LA MODIFICACIÓN DE LA LEY	10
CONCLUSIONES.....	11
PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES LABORALES 4/1997.	15
A.- ASPECTOS SOCIETARIOS DE LA REFORMA.-.....	15
1.- Rasgos esenciales de la Sociedad Laboral.-	15
2.- La justificación de una reserva especial.-.....	17
3.- La limitación del número de trabajadores no socios.-.....	18
4.- Límites a la participación en el capital de la sociedad.-.....	24
5.- El derecho de preferencia en la adquisición de acciones o participaciones.-....	24
B. REFORMA DE LA TRIBUTACIÓN DE LAS SOCIEDADES LABORALES.-	25
1. Criterios tenidos en cuenta en la propuesta.	26
2. Líneas generales de la propuesta.	32
C. ENCUADRAMIENTO EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL	33
D. PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY VIGENTE DE SOCIEDADES LABORALES.-	36
Modificaciones al art. 1. “Concepto de Sociedad Laboral”.-	36
Modificaciones al artículo 3 “Denominación social”.-	38
Modificaciones al art. 4. Registro administrativo de Sociedades Laborales y coordinación con el Registro Mercantil.-	39
Modificaciones al art. 5 “Capital social y socios”.-	40
Modificaciones al art. 6 “Clases de acciones y de participaciones”.-	41
Modificaciones al art. 7 “Derecho de adquisición preferente en caso de transmisión voluntaria “inter vivos”.-	44
Modificaciones al art. 8 “Valor razonable”.-.....	47
Modificaciones al art. 10 “Extinción de la relación laboral”.-	49
Modificaciones al art. 11 “Transmisión “mortis causa” de acciones o participaciones.-	50
Modificación al art. 12 “Órgano de administración”.	51
Modificación al art. 13 “Impugnación de acuerdos sociales”.	52
Modificación del art. 14 “Reserva especial”.-	53
Modificaciones al art. 15 “Derecho de suscripción preferente”.-.....	54
Modificaciones al art. 16 “Pérdida de la calificación”.-.....	55
Modificación del Capítulo II. “Régimen tributario”.	58

Modificación del art. 19 “Beneficios fiscales”	58
Modificación del art. 20 “Requisitos”	68
Se añade un nuevo artículo 19 “Beneficios fiscales de los trabajadores y socios inversores”	79
Modificación del artículo 21 Encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social.	86
E. MODIFICACIÓN DEL ART. 7 TRLIRPF (texto refundido de la ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas)	87
F. MODIFICACIÓN DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 4/2004, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES	90

MEMORIA

DE LA

REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES LABORALES

ANTECEDENTES

Nacidas de un estado de necesidad como respuesta a la demanda social

Las sociedades laborales nacen al amparo de normativas paternalistas establecidas durante la dictadura franquista. Particularmente por la **Ley de creación del Fondo Nacional de Protección al Trabajo** 45/1960 de 21 de julio por el que se crearon los fondos nacionales del impuesto y del ahorro, y más concretamente en el título III de dicha ley se crea el FNPT dedicado a partir del 1 de enero de 1961 al cumplimiento de los siguientes fines: “Conceder auxilio necesario a aquellos trabajadores que de acuerdo con la legislación vigente, cesen en su relación laboral por aplicación de los planes que para una mayor racionalización del trabajo y para el desarrollo y mejoramiento de sus instalaciones, presenten las empresas o sectores completos de una rama industrial y sean aprobados por el Gobierno.”

Esta norma aplicada a través de órdenes ministeriales con dotaciones presupuestarias anuales, sirvió para que colectivos de trabajadores de empresas en crisis, adquirieran acciones de la empresa en la que trabajaban y contribuir así a su continuidad. Este enfoque promovido principalmente por los gobiernos del periodo de la transición a la democracia, dio como resultado la constitución de numerosas sociedades laborales, pero produjo también un elevado número de fracasos debido por una parte, a las dificultades económicas por las que atravesaba la economía española, pero también a las fuertes limitaciones para reconducir empresas muy endeudadas por la gestión de los directivos y empresarios titulares de la propiedad, con anterioridad a la entrada como accionistas de los trabajadores.

De ello da buena referencia el libro blanco de la Economía Social en España patrocinado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (1992) dirigido por los profesores José Barea y José Luis Monzón, cuando afirma: “En todo caso, no deja de ser relevante el hecho que de las 5.944 empresas S.A.L. registradas en los directorios a 31 de diciembre de 1988 solo tenían actividad en el segundo semestre de 1990 el 58% de las mismas.”

La mayor parte, es decir, el 76% de las sociedades anónimas laborales existentes a esta fecha, se han creado a partir de 1987, concretamente 3.472 empresas que dan empleo a 54.343 trabajadores. La primera ley que da carta de naturaleza jurídica específica a estas sociedades es la Ley 15/1986 de sociedades anónimas laborales de 25 de abril.

Papel de los agentes económicos y sociales. Sindicatos mayoritarios.

El éxito de las sociedades laborales, se evidencia en el número de empresas creadas y en el nivel de supervivencia a lo largo del tiempo.

En su desarrollo, en los años finales de la década de los 70 y principios de los 80, inciden varios factores:

- La crisis aguda de la economía española, en el contexto de una crisis mundial y, en particular, la crisis política de la transición de la dictadura a la democracia, la inseguridad de los agentes económicos acomodados al régimen de Franco y los gobiernos de ese periodo débiles y agitados por contradicciones internas y por la presión social. Es la época de las fugas de capitales y de la ausencia de confianza y, por tanto, de inversiones de los empresarios españoles.
- El cierre de numerosas empresas y la falta de oportunidades de empleo asalariado.
- El papel protagonista de las centrales sindicales democráticas UGT y CC.OO, y la búsqueda de alternativas para los trabajadores en riesgo de perder su empleo, orientan a la creación de sociedades laborales. Numerosos líderes sindicales se comprometen y generan confianza para conducir a grupos de trabajadores a constituir sociedades laborales y convertirse en propietarios y trabajadores de las mismas.
- Los gobiernos de la Unión de Centro Democrático (UCD) activan mediante órdenes ministeriales el acceso de los trabajadores a préstamos a largo plazo y en condiciones favorables, al objeto de crear empleo constituyendo sociedades laborales. Se dispone así, del primer instrumento efectivo de financiación que permite el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. (Artículo 129-2 de la Constitución española de 1978).

Gobierno socialista, ley 15/1986 de 25 de abril

El triunfo del primer gobierno de izquierdas que gana unas elecciones democráticas desde febrero de 1936, es un hito histórico, pero lo es más porque lo hace con una mayoría que en los treinta años de democracia española no se ha vuelto a repetir.

No obstante, abordar la tarea de dar carta de naturaleza jurídica a las miles de empresas de trabajadores que habían adoptado la forma jurídica de Sociedad Anónima al amparo de una calificación administrativa “sui generis” regulada por órdenes ministeriales, para acceder a determinadas ayudas, se demora cuatro años. Pero en ese periodo los recursos presupuestarios dirigidos al fomento de las sociedades laborales aumentan en forma muy significativa, y se realiza una importante labor, tanto desde el gobierno como desde las empresas, de preparación para vertebrar la realidad empresarial existente. Se constituyen organizaciones representativas de sociedades laborales en Cataluña y País Vasco, no existe todavía una organización de ámbito estatal que las integre, y el resto de las organizaciones verán la luz consecuencia de las previsiones que contempla la Ley de 1986. Habrá que esperar hasta el 4 de julio de 1987 para que nazca Confesal.

El libro blanco de la Economía Social en España

La necesidad de identificar y cuantificar el tejido empresarial generado a partir de las políticas dirigidas a fomentar el empleo en un escenario económico adverso, se realiza sobre un tejido de miles de empresas de trabajadores, tales como las sociedades laborales y las cooperativas de trabajo asociado, y se concreta en la elaboración de “El libro Blanco de la Economía Social en España”. En él se dan dos aspectos a destacar:

- la identificación de las tipologías de empresa con un análisis cuantitativo y cualitativo de las mismas, añadiendo además su incidencia económica realizando un análisis de las cuentas clave.
- Recomendaciones a las administraciones públicas y a las organizaciones representativas que, en lo que se refiere a estas últimas, fueron explicitadas muy claramente en el ámbito de cooperativas de trabajo asociado y sociedades anónimas laborales, aconsejando una convergencia en una sola forma jurídica. Más tarde derivaría o tendría como consecuencia, entre otras, la constitución de la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES).

Los diagnósticos y propuestas del libro blanco fueron acertados y cumplidos en parte, pero los aspectos más ambiciosos de centralizar las competencias dispersas entre los ministerios del gobierno central y una mayor coordinación con las administraciones autonómicas, quedaron muy por debajo de lo deseable. No obstante, las políticas de fomento marcaron una impronta tan profunda que ha subsistido en el tiempo y pasado por el tamiz de gobiernos de muy distinto signo político.

Merece especial comentario la llamada de atención que se realiza en el Libro Blanco en relación con “la Ley 19/1989 de 25 de julio“, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE” y, sobre todo, por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre. El Artículo 4º del Texto Refundido establece que el capital social no podrá ser inferior a 10 millones de pesetas (60.101,21 €) y, aun cuando existe un periodo transitorio de adaptación para las SAL¹ preexistentes que dura hasta el 31 de diciembre de 1996, lo cierto es que a las SAL de nueva creación se les exige un capital social mínimo de 10 millones de pesetas.

Habida cuenta de la estructura y dimensión de las SAL creadas en los últimos años, las nuevas exigencias de capital social mínimo van a suponer un importante freno a la constitución de nuevas SAL.” Así mismo recomendaba el desarrollo de un proceso de convergencia jurídica entre CTA² y SAL que, al no concretar, quedaba en una nebulosa que generó una rivalidad exacerbada entre dirigentes de estructuras representativas y en una evidente falta de viabilidad. Aun tratándose de formas jurídicas empresariales afines social y económicamente, las cooperativas cuentan con raíces en un movimiento centenario con otros condicionantes, al que el Libro Blanco no ahorra críticas (página 90, en relación a los principios cooperativos), en cambio las SAL, basadas en formas societarias mercantiles más flexibles, combinan de forma más eficaz la condición de accionista con la de trabajador asalariado, con un enfoque más ágil y comprensible.

Ley 19/1989 de adaptación a la directiva europea genera efectos sobre la Sociedad Anónima Laboral, provocando una regresión en su crecimiento.

El pronóstico del Libro Blanco fue certero y en 1989 la constitución de Sociedades Anónimas Laborales descendió en un 80% continuando la tendencia durante los años siguientes. Y, aunque continúan creando empleo, el crecimiento de las empresas laborales existentes se ralentiza apreciablemente. Las gestiones desarrolladas por los representantes de Confesal en los años anteriores a la promulgación de esta norma no dieron resultado, de manera que se llegó al final de la etapa de gobierno socialista sin

¹ SAL: Sociedad Anónima Laboral

² CTA: Cooperativa de Trabajo Asociado

una ley que diera respuesta a la evidente inadecuación de las sociedades anónimas laborales al nuevo marco jurídico, resultado de la aplicación de las directivas europeas en materia de sociedades anónimas.

Proposición de ley socialista en 1996 (en la oposición)

En 1996 el Partido Popular gana las elecciones generales con mayoría relativa. El PSOE, en la oposición, presenta una batería de proposiciones de Ley entre las que se encuentra una Ley de Sociedades Laborales. Todas son rechazadas salvo ésta última, que sorpresivamente es votada a favor por el grupo parlamentario popular. En consecuencia, entra en trámite parlamentario y ve la luz el 24 de marzo de 1997.

Con las imperfecciones de una ley propuesta por el principal partido de la oposición, apoyada por el partido del gobierno y enmendada por éste y por el grupo catalán de CiU,³ es fácil intuir las incoherencias y defectos que presenta el texto, pero no obstante, el balance global resulta ser extraordinariamente positivo.

La respuesta la dan los propios emprendedores, es decir, los potenciales beneficiarios de esa ley. De 706 empresas sociedades laborales constituidas en 1996, se pasa a 1.315 en 1997 y a 3.979 en 1998. La cifra no deja de crecer en los años siguientes y alcanza su máximo en el año 2002 con 6.013 nuevas sociedades.

Desde el año 1996 hasta 2006 en España el número de empresas de trabajadores activas, con forma jurídica de sociedad laboral, se ha triplicado, aumentando en 15.000 nuevas empresas y duplicando el empleo, con el aumento de 77.383 puestos de trabajo.

En septiembre de 2006 se alcanza el máximo número de sociedades activas ya que existen en España 20.343 empresas. El nivel de empleo más elevado, desde que se obtienen datos del sistema de la seguridad social, se alcanza en marzo de 2007 con 131.806 trabajadores. La coincidencia en el apoyo a las sociedades laborales de los dos grandes partidos políticos, PSOE y PP, es un valor a destacar, ya que ha creado las condiciones para un desarrollo muy fecundo de esta forma de emprendimiento, que recoge en su propia estructura jurídica la participación de los trabajadores en la propiedad y en el reparto de los beneficios, consolidando una forma de crear empleo novedosa y atrayente en el panorama empresarial español y europeo.

¿Qué representan las sociedades laborales en el panorama empresarial español?

Cuando se inician los trabajos de reforma de la vigente ley de 1996, siguiendo los datos disponibles a 31 de diciembre de 2005 para efectuar comparaciones, resulta que:

- Existen 20.279 sociedades laborales. En el DIRCE⁴ hay activas 3.174.393 empresas de las que 675.762 (21,29%) tienen más de dos asalariados. Es decir las sociedades laborales representan el 3% de estas últimas.
- En 2005 el número de empresas activas (según el DIRCE) aumentó en un 3,6%, las sociedades laborales lo hicieron en un 4,6% (MTAS).
- El empleo creado en las sociedades laborales en 2005 aumentó un 7'5%; (6'6% en 2004, en 2003 creció un 8'0%; 8'4% en 2002; 9'6% en 2001); incrementando en 8.794 nuevos puestos de trabajo (7.256 en 2004, 8.821 en 2003, 7.796 en 2002; 8.109 en 2001). Esta cifra implica que, en términos relativos, la tasa de

³

Convergència i Unió

⁴

Directorio Central de Empresas

crecimiento del empleo en las sociedades laborales duplica la tasa general de nuestra economía: 3'1% (con 548.000 nuevos empleos).

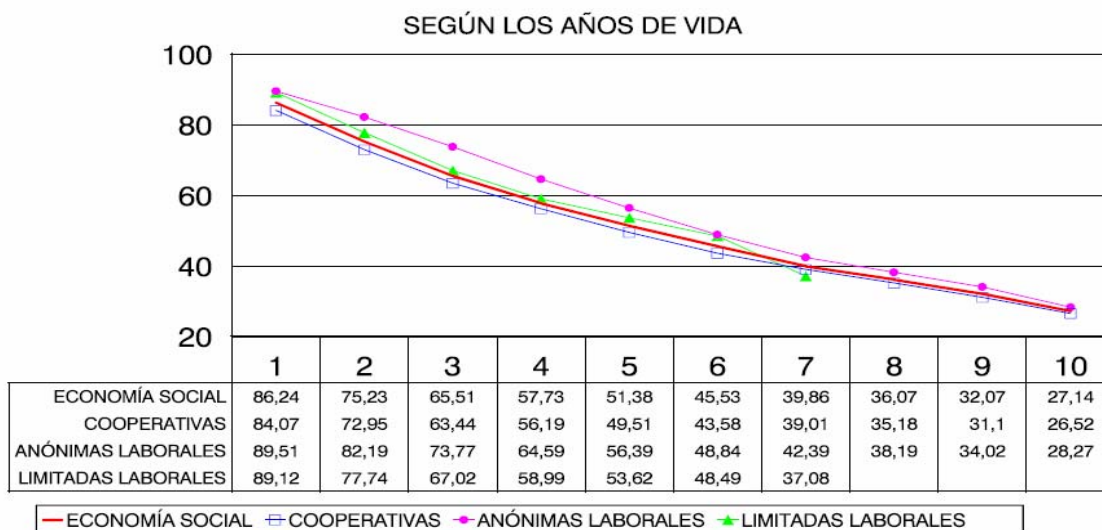
- En términos generales el empleo existente en las sociedades laborales, 125.646 personas, representa el 0'81%⁵, de la población ocupada asalariada, que se cifra en 15.502.100 personas y supone el 0'99% de los 12.637.900 asalariados del sector privado.
- En el segundo semestre del año 1990, el Libro Blanco recoge el volumen de negocio que se estimó en 2.194 millones de euros (365.039 millones de pesetas). Según datos de la agencia tributaria facilitados por el director general de Economía social referidos al ejercicio 2003, se estima en 8.600 millones de euros. Puesto que en ese año el empleo fue de 109.596 trabajadores, las ventas medias por empleado y año son de 78.470 €(13.056.312 pesetas). En 1990 eran 42.070'85 €(7 millones de pesetas).
- La tasa de incremento del empleo en las sociedades laborales es superior en 4'4 puntos porcentuales a la de la economía española, aunque en cifras absolutas representa el 1'60% del aumento neto del empleo en 2005 (2'05% en 2004). El incremento de empleo en las Sociedades Laborales supuso el 3'04% del creado por la economía española en 2003, el 3'8% en 2002; el 2'2% en 2001; el 1'94% en 2000, el 1'86% y el 1'59% en 1999 y 1998 respectivamente.
- Las sociedades laborales experimentan en 2005 una reducción de 0'45 décimas de punto en el grado de participación en la creación neta de empleo respecto del año anterior. Cuando la creación de empleo general se acelera, la participación en la creación de empleo de las sociedades laborales en el conjunto de la economía se mantiene o disminuye, y se intensifica en momentos de ralentización.
- Las sociedades laborales han aumentado la tasa de empleo de 5'15 personas ocupadas por cada mil empleados (EPA) en 1999 a 6'62 en 2005 (28'54%.)
- En 2005 las cooperativas han aumentado en 5.164 empleos, es decir, un 1'7% y las sociedades laborales en 8.794 empleos netos (un 7'5%). El empleo creado por las sociedades laborales existentes supera al del conjunto de las cooperativas en un 70%.
- Durabilidad. Según el informe (5/2005) del Consejo Económico Social de España (CES) "El proceso de creación de empresas y el dinamismo empresarial", las sociedades laborales superan en más de 12 puntos porcentuales la tasa de supervivencia de las empresas en general, al tercer año de vida desde su nacimiento.

España				
	empresas mercantiles	sociedades anónimas laborales	cooperativas	sociedades laborales-empresas
Supervivencia de empresas				
NÚMERO DE EMPRESAS nacidas en 1998	100%	100%	100%	
tasa de supervivencia en 1 año	82,9%	89,5%	84,1%	6,6%
tasa de supervivencia en 2 año	69,3%	82,2%	73,0%	12,9%
tasa de supervivencia en 3 año	61,6%	73,8%	63,4%	12,2%
Fuente: Consejo Económico Social				

⁵ (en 2004 con 116.852 personas es el 0'79% sobre 14.720.800 asalariados)

- En el mismo sentido en una investigación realizada por la Dirección General de Economía Social del MTAS las sociedades laborales mantienen un nivel de supervivencia superior a la media del conjunto de la Economía Social

SUPERVIVENCIA DE LAS SOCIEDADES RESPECTO AL ORIGEN



MOTIVOS PARA LA MODIFICACIÓN DE LA LEY

La ley de 1997 ha servido para dar un potente impulso al dinamismo empresarial y a la creación de empleo, como pone de relieve el informe del CES (Consejo Económico Social) y las estadísticas oficiales de evolución. No obstante, la norma presenta después de más de una década de vigencia aspectos que pueden y deben ser mejorados.

Tal como sucedió en 1989, la adaptación a la directiva europea de sociedades anónimas y la posterior promulgación de la ley de sociedades de responsabilidad limitada, dejaron muy desfasada la Ley de Sociedades Anónimas Laborales de 1986. Con cierto paralelismo, se evidencia ahora la necesidad de una norma actualizada, acorde con las modificaciones legislativas tanto en materia de empleo, con la reforma laboral y el Estatuto del Trabajador Autónomo, como en materia mercantil, con las novedades introducidas por la Ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa (LSLNE), que afectan de forma muy directa a las sociedades laborales. Todo ello enmarcado dentro de las políticas europeas de apoyo al espíritu emprendedor, a la creación de empleo, a las Pymes, a la transmisión de empresas a los asalariados, a la participación de los trabajadores en la empresa y a la promoción de la responsabilidad social corporativa

El modelo de empresa participada mayoritariamente por trabajadores, que representa en forma avanzada, las sociedades laborales, en su actual regulación, comienza a evidenciar errores, contradicciones y defectos de técnica jurídica que pueden ser subsanados, y que de resolverse, pueden favorecer un nuevo impulso de emprendimiento, más potente aún que el verificado en los últimos diez años.

Fruto de los defectos aludidos, es el hecho de que la realidad empresarial generada por las sociedades laborales no se refleje en toda su dimensión en las estadísticas, ya que, resultado de limitaciones inadecuadas establecidas en la vigente ley, se han producido descalificaciones indeseadas en un número no despreciable de sociedades laborales que, manteniendo el carácter participativo de sus trabajadores, se han transformado en sociedades anónimas o limitadas perdiendo la calificación de “laboral”.

La reforma de la Ley que se propone tiene por objeto:

- Aumentar la utilidad de las sociedades laborales y su preferencia ante los emprendedores para dar forma jurídica societaria a su proyecto empresarial.
- Afirmar el carácter de opción empresarial válida tanto en momentos de crisis como de bonanza económica.
- Recoger el resultado del éxito de las políticas de fomento del trabajo autónomo, cuando evolucione a constituir sociedades, dando una opción empresarial participativa en el ámbito de la economía social.
- Dar coherencia al fomento del espíritu emprendedor basado en la participación de los trabajadores en la pequeña y mediana empresa, y los incentivos para hacerla efectiva. Para ello las formas jurídicas más apropiadas son las sociedades laborales. Las razones para ello se basan en su éxito cuantitativo evidente, pero también cualitativo, fundamentado en principios y políticas emanadas de la Unión Europea.

Para conseguir los objetivos, la propuesta plantea:

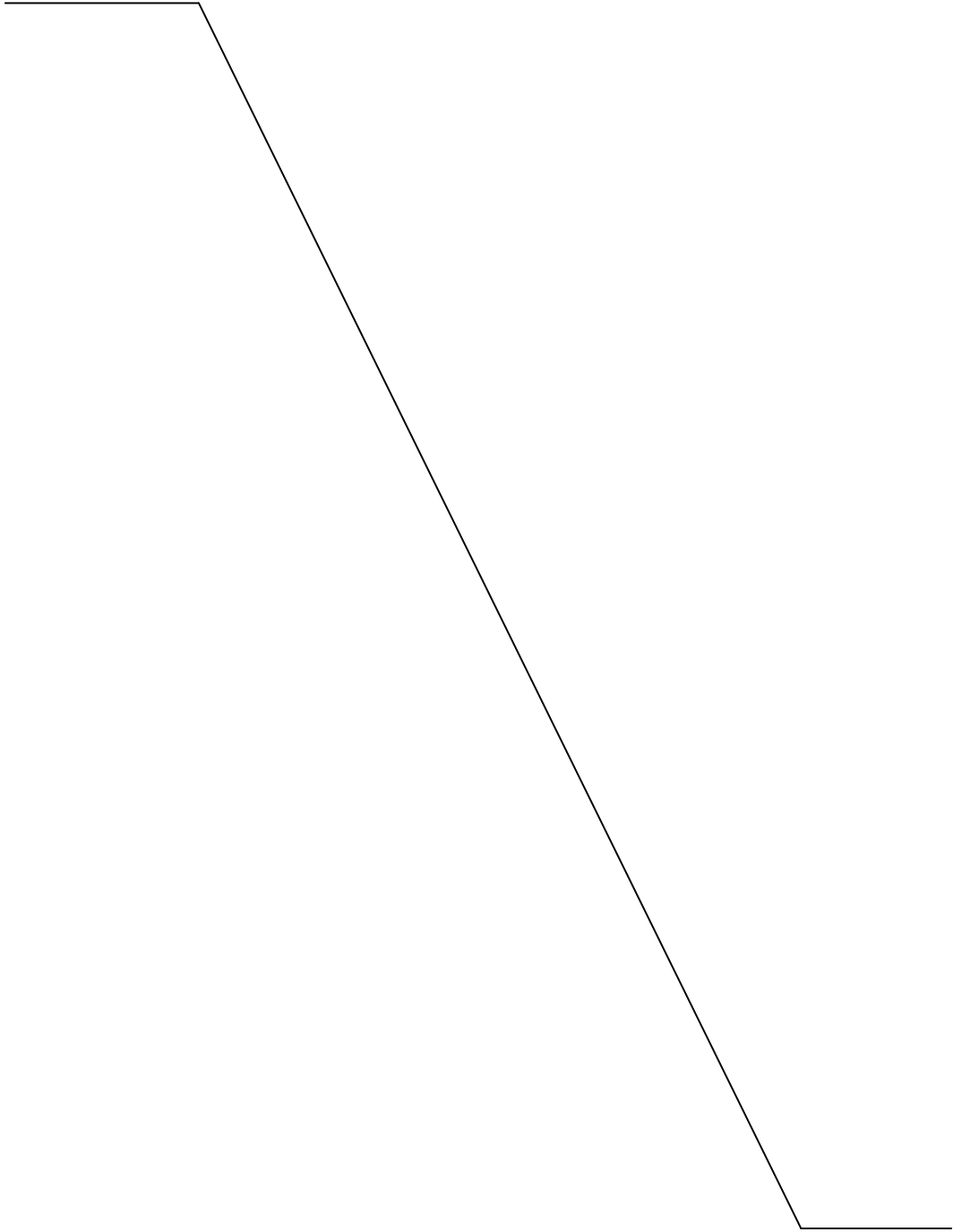
- Establecer mecanismos efectivos de acceso de los trabajadores con contrato por tiempo indefinido a la condición de socio, cosa que aunque parezca increíble, no se contempla con la prioridad necesaria en la norma vigente.
- Los mecanismos establecidos se basan en una “incentivación objetiva” que genere interés en mantener e incrementar el número de trabajadores socios. Así, la nueva regulación deja de lado ineficientes y fracasados límites a la contratación de trabajadores por tiempo indefinido, que basados en la descalificación administrativa, han desviado la atención del verdadero objetivo que es integrar a los trabajadores como socios, facilitando la adquisición de acciones o participaciones sociales con ayudas e incentivos que la hagan posible y sostenible.
- De igual manera establece unos incentivos fiscales, en línea con criterios ya aprobados por la UE, basados en un estudiado equilibrio entre las ventajas fiscales y la consolidación de la autonomía financiera de la sociedad, que fomenta la inversión productiva reinvertiendo beneficios y, en un plano más elevado de compromiso social, constituye “planes de adquisición de acciones” dirigidos a trabajadores no socios, para fomentar su integración en la sociedad.

CONCLUSIONES

- Se trata de una norma que consolidará de cara al futuro el éxito ya constatado de un modelo de participación de los trabajadores en la empresa, moderno e integrado en las tendencias más innovadoras y de carácter más avanzado de propiedad y de gestión participativa y democrática en la empresa, fundamentado en recomendaciones y directivas emanadas de la Unión Europea.
- El estudiado equilibrio entre incentivos fiscales, alejados totalmente de la consideración de ayudas de estado, hace viable un tratamiento fiscal favorable, a cambio de contrapartidas de carácter re-inversor de los beneficios y de renuncia a una parte de ellos, para cumplir fines sociales dirigidos a facilitar la integración como socios de los trabajadores con contrato por tiempo indefinido.

- La norma favorece el carácter estable y no coyuntural (en situación de crisis) de las sociedades laborales, aportando más elementos objetivos contra la utilización inadecuada de este modelo empresarial
- La propuesta prevé un mecanismo incentivador del ahorro de los trabajadores con la utilización de la “cuenta-ahorro empresa”⁶, destinada a la adquisición de acciones o participaciones sociales de la empresa en que trabajan.

⁶ ya utilizada para la Sociedad Limitada Nueva Empresa, e introducida por el Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica.



PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES LABORALES 4/1997.

Dra. Gemma Fajardo García

Prof. TU Derecho Mercantil

Universitat de València

Régimen societario

M^a Pilar Alguacil Marí

Profesora TU Derecho Financiero

Universidad de Valencia

Régimen tributario

Juan López Gandía

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Politécnica de Valencia

Encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social

A.- ASPECTOS SOCIETARIOS DE LA REFORMA.-

La aprobación de la Ley 7/2003, de 1 de abril (BOE 79, de 2 de abril) reguladora de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, introduce modificaciones en el régimen de la sociedad limitada para permitir las participaciones sin voto y posibilitar la adquisición y tenencia temporal por la sociedad de sus propias participaciones, que motivan a reformar también la Ley de Sociedades Laborales.

Este hecho debería ser aprovechado para corregir y mejorar una ley que aunque lleva en vigor solo desde marzo de 1997, reprodujo en parte algunas deficiencias detectadas ya en la primera ley de sociedades laborales de 1986 y otras que durante su rodaje se han puesto de manifiesto, tanto por la doctrina como por la práctica.

1.- Rasgos esenciales de la Sociedad Laboral.-

A la hora de plantearse la modificación de una ley como la de sociedades laborales debería tenerse claro cuales son los rasgos esenciales que caracterizan esta figura y que

por tanto hay que conservar y a ser posible afianzar, y qué otras materias exigen una regulación legal o sería más conveniente su autoregulación por la sociedad.

Un análisis de la legislación sobre sociedades laborales desde la Orden Ministerial de 6 de febrero de 1971 nos permite concluir que son notas esenciales de estas sociedades: que los trabajadores fijos tengan acceso a la condición de socios y que el control de la sociedad esté en manos del conjunto de los trabajadores.

Para facilitar la conservación de estos rasgos, el legislador pone a disposición de las sociedades laborales una serie de mecanismos jurídicos como son, el derecho de adquisición preferente, los derechos preferentes en la ampliación de capital, las reservas irrepartibles que faciliten la entrada y salida de socios, límites al número de trabajadores no socios, límites a la participación en el capital de los no trabajadores y de los socios individualmente considerados, etc

El legislador al aprobar la Ley 4/1997 de 24 de marzo de Sociedades Laborales recoge en su exposición de motivos *“las líneas maestras del concepto de sociedad laboral”* pero confunde lo que deberían ser los rasgos fundamentales con los instrumentos que pone a disposición de los socios con el fin de conseguir y afianzar esos rasgos. Así se dice que *“La nueva regulación respeta las líneas maestras del concepto de sociedad laboral entre las que cabe señalar: que la mayoría del capital sea propiedad del conjunto de los socios trabajadores que prestan en ella servicios retribuidos en forma personal y directa cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido; fijación de un límite al conjunto de los trabajadores no socios contratados por tiempo indefinido; fijación del máximo de capital que puede poseer cada socio; existencia de dos tipos de acciones o participaciones según sus propietarios sean trabajadores o no; derecho de adquisición preferente en caso de transmisión de las acciones o participaciones de carácter laboral; constitución de un fondo de reserva especial destinado a compensar pérdidas. Todas ellas constituyen sus notas esenciales que junto con las bonificaciones fiscales contribuyen a la promoción y desarrollo de este tipo de sociedad”*.

Las anteriores no son todas notas esenciales. Podrían serlo el que la mayoría del capital sea propiedad del conjunto de esos trabajadores y la fijación del máximo de

capital que puede poseer cada socio. Pero incluso, estas notas son erróneas e incompletas. Erróneas porque lo importante no es que ese colectivo de socios tenga la mayoría del capital sino el control de la sociedad, circunstancias que no siempre son parejas. Incompletas porque falta la nota más relevante por su fundamentación constitucional: el acceso de los trabajadores a la condición de socios.

Las demás, como decimos, no son notas esenciales, sino mecanismos jurídicos para hacer posible las anteriores. Por tanto, esos mecanismos deben revisarse para ver si son adecuados y suficientes para cumplir los objetivos a los que se les destinan.

2.- La justificación de una reserva especial.-

Algunos de esos mecanismos han desaparecido con el tiempo como es el caso de la reserva irrepartible. Esta reserva permitía aminorar el valor de adquisición o de reembolso de las acciones (75% del valor real) y con ello facilitaba tanto el ingreso como la salida del socio. Con la Ley de 1997 deja de ser irrepartible y se mantiene como una reserva más que garantiza la solvencia de la sociedad pero deja de cumplir la función para la que se creó (similar a la que en su día cumplió la fundación laboral “Fultuv” o actualmente cumple la reserva obligatoria de las cooperativas). La dotación a esta reserva ya no es una nota esencial de las sociedades laborales y como mecanismo jurídico ha dejado de cumplir la función para la que se creó, por tanto, en estos momentos, no solo es innecesaria sino que además, es absurdo que su falta de dotación por la sociedad conlleve la pérdida de su condición de laboral (Descalificación).

Esta reserva, en caso de mantenerse su exigencia, debería servir fundamentalmente para cumplir los objetivos de laboralidad de la sociedad, esto es, facilitar la incorporación de los trabajadores a la condición de socios.

Otros mecanismos han de ser objeto de revisión, como el que limita el número de trabajadores no socios, el límite máximo de capital que pueden tener determinados socios o los derechos de preferencia en la adquisición de acciones o participaciones.

3.- La limitación del número de trabajadores no socios.-

El fijar un límite máximo al conjunto de trabajadores no socios con contrato por tiempo indefinido es una medida que fuerza la conversión de trabajadores en socios, so pena de ser descalificada la sociedad, lo que podría entrañar incluso, la devolución de los beneficios fiscales recibidos (art. 16.4). Puede decirse por tanto que es un mecanismo que debería favorecer la conversión de trabajadores en socios. Sin embargo, en muchos casos la aplicación de esa norma genera un exceso de trabajadores temporales o una descalificación indeseada, porque la conversión de trabajadores en socios no va a depender exclusivamente de la voluntad del trabajador y de la sociedad, sino de otros muchos factores.

Para que los trabajadores puedan convertirse en socios de la sociedad laboral, deben ser titulares de alguna acción o participación de la misma, si no son socios desde el momento constitutivo de la sociedad, podrán llegar a serlo, adquiriendo alguna acción o participación cuando sean enajenadas, o en caso de aumento de capital, suscribiendo acciones o asumiendo participaciones en la misma. Pero adquirir la condición de socio no siempre es deseable por el trabajador, y cuando sí es deseable, no siempre es posible, son muchos los factores que deben converger para que sea posible. Veamos algunos de esos factores:

A) Para adquirir la condición de socio por la adquisición *intervivos* de acciones o participaciones, es necesario en primer lugar, que estas estén disponibles para que pueda adquirirlas el trabajador no socio. Hay acciones o participaciones disponibles:

Cuando un socio está dispuesto a transmitir sus acciones o participaciones de la clase laboral a trabajadores fijos no socios de la sociedad, o cuando quiere transmitir sus acciones o participaciones a alguien que no es trabajador de la sociedad, porque en este caso la ley reconoce un derecho de adquisición preferente a favor de estos trabajadores. Por el contrario, si la transmisión se ha convenido, a favor de un socio trabajador, esas acciones o participaciones no están disponibles para los trabajadores no socios. El trabajador no socio sólo podrá adquirir esas acciones o participaciones en el caso de que el transmitente no opte por transmitir las a otro socio trabajador. En este punto cabe

preguntarse: ¿puede obligarse a un socio a ceder sus acciones o participaciones a favor de un trabajador no socio?. La ley no lo permite, ni siquiera se ha dejado como opción estatutaria, el sistema previsto en el art. 7 se establece como necesario. Sólo cabría la posibilidad apuntada, en el caso de que se haya extinguido la relación laboral de un socio. En este supuesto, el art. 10 exige que este socio habrá de ofrecer la adquisición de sus acciones o participaciones conforme a lo dispuesto en el art. 7. El precepto no deja claro si este socio cuya relación laboral se ha extinguido puede acordar la transmisión de sus acciones o participaciones a un socio trabajador, como admitiría el art. 7. 1, o si necesariamente se ofrecen en primer lugar a los trabajadores no socios con contrato por tiempo indefinido. Aunque esta segunda fuera la interpretación correcta –como creemos que debe ser- nada impide que antes de la extinción de su relación laboral, el socio trabajador transmita sus acciones o participaciones a favor de los demás socios trabajadores, con lo que las posibilidades de adquisición de las mismas por los trabajadores no socios desaparecerían.

En el caso de transmisión de acciones o participaciones de la clase general, el art. 7.8 no reconoce a los trabajadores no socios un derecho a su adquisición, o al menos, no queda claro en la ley. Desde luego, el titular de estas acciones o participaciones no es libre para transmitírselas a un trabajador no socio, y el derecho de adquisición preferente que establece la ley excluye a los trabajadores no socios, porque –como dice- “la notificación del órgano de administración comenzará por los socios trabajadores”.

Distinto sería el caso si la sociedad fuera titular de sus propias acciones o participaciones. La sociedad laboral no puede adquirir originariamente acciones o participaciones propias, esto es, como consecuencia de un aumento de su capital. Ni el art. 15 lo contempla, pues las acciones y participaciones no suscritas por los socios se ofrecerán en la forma prevista en el artículo 7 pero sólo a favor de los trabajadores, socios o no; ni es posible a la vista de la legislación sobre sociedades anónimas (art. 74. 1) y sobre sociedades limitadas (art. 39. 1). Pero sí puede adquirir de forma derivada sus propias acciones o participaciones, en varios supuestos. La LSL contempla algunos supuestos:

- en los supuestos de transmisión inter vivos de acciones y participaciones tanto laborales (art. 7.6) como generales (art. 7.8), si

nadie ejercita el derecho de adquisición preferente, podrá ser ejercitado por la sociedad;

- en el caso de transmisión forzosa por extinción de la relación laboral, podrá adquirir las acciones o participaciones del socio cuya relación se ha extinguido (art.10), si no han sido adquiridas por quienes tienen derecho preferente para ello;
- en el caso de fallecimiento de un socio trabajador, podrá adquirir sus acciones o participaciones laborales si no son adquiridas con anterioridad por quienes tienen un derecho preferente (art. 11.2), siempre que los estatutos hubieran establecido esa restricción a la libre transmisibilidad que proclama el art. 11. 1.

A los anteriores hay que añadir otros supuestos de adquisición derivativa que contempla la legislación sobre sociedades anónimas y limitadas:

- La sociedad laboral podrá adquirir libremente acciones o participaciones propias cuando formen parte de un patrimonio adquirido a título universal, o sean adquiridas a título gratuito o como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad contra el titular de las mismas (arts. 40.1 a LSRL y 77 LSA).
- La sociedad laboral de responsabilidad limitada –como sociedad cerrada que es- podrá adquirir también libremente, participaciones propias, en caso de embargo de las mismas, subrogándose en lugar del rematante o, en su caso, del acreedor, en las condiciones previstas en el art. 31.3 LSRL.
- Con la autorización de la junta general, la sociedad podrá adquirir sus propias acciones o participaciones en diversas circunstancias. En estos casos, la regulación establecida en la ley de sociedades anónimas no coincide con la prevista en la ley de sociedades de responsabilidad limitada. La primera permite esa adquisición derivativa en cualquier circunstancia, siempre que se den determinados requisitos y límites contemplados en el art. 75 (⁷); por el contrario, la segunda sólo

⁷ a) Que el acuerdo por el que se autorice la adquisición exprese: las modalidades de adquisición, el número máximo de acciones a adquirir, el precio mínimo y máximo de adquisición y la duración de la autorización. Si la adquisición tiene como objetivo entregar acciones directamente a los trabajadores,

contempla esta posibilidad en tres circunstancias: para adquirir las participaciones de un socio separado o excluido; para adquirir participaciones como consecuencia de la aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión; o para adquirir participaciones transmitidas “mortis causa” (art. 40.1.d).

Para que la sociedad laboral adquiriera acciones o participaciones propias, es preciso que no ejerciten su derecho de adquisición preferente los trabajadores de la sociedad, socios o no, fijos o no, y los demás socios de la sociedad (art. 7.6 LSL).

Una vez adquiridas, las acciones o participaciones propias no se pueden conservar indefinidamente, como regla general deberán enajenarse de nuevo en el plazo de tres años o en su defecto amortizarse con la consiguiente reducción del capital que representan (art. 78 LSA o 40.2 LSRL). Si la sociedad ha conseguido ser titular de sus propias acciones o participaciones podrá ofrecer directamente a los trabajadores no socios su adquisición para devenir socios de la sociedad.

B) En caso de transmisión mortis causa, para que el trabajador no socio pueda adquirir la condición de socio se requiere:

- que el heredero sea trabajador de la sociedad;

- o, que se establezca en los estatutos sociales el derecho de adquisición preferente de sus acciones o participaciones de la clase laboral, por el procedimiento del art. 7. Establecida esta cláusula en los estatutos, serán los trabajadores los primeros que tendrán derecho a ejercer esa opción de compra.

C) En caso de aumento de capital, las nuevas acciones podrían ofrecerse a los trabajadores, pero esta posibilidad está condicionada a una serie de requisitos. En primer lugar, tiene que adoptarse en junta general el acuerdo de modificación del capital social, lo que requiere el voto favorable de la mayoría cualificada de votos. En segundo lugar, como la ley establece el derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones a favor de los ya socios, habrá que esperar a ver si quedan acciones o

deberá expresarse en la autorización que se concede con esa finalidad; b) que el valor nominal de las acciones adquiridas, sumándose a las que ya tuviera, no exceda del diez por ciento del capital social; c) que la adquisición permita a la sociedad adquirente dotar una reserva por el importe de las acciones propias adquiridas, sin disminuir el capital, ni las reservas legal o estatutariamente indisponibles; y por último, d) que las acciones adquiridas se hallen íntegramente desembolsadas.

participaciones no suscritas para ofrecerlas a los trabajadores “sean o no socios” –como dice el art.15.3- en la forma prevista en el art. 7. Este derecho de suscripción preferente puede ser excluido por acuerdo de la junta general con el voto favorable de una mayoría cualificada, con el fin de ofrecer todas o parte de esas nuevas acciones o participaciones a los trabajadores no socios. Para que ello sea posible, deben cumplirse determinados requisitos que establece la Ley (art. 159 LSA y 76 LSRL): mención en la convocatoria de la junta general que va a decidir sobre el aumento de capital de la propuesta de supresión del derecho de suscripción preferente; elaboración de un Informe que se pondrá a disposición de los socios en el domicilio social y así se indicará en la convocatoria, en el que los administradores informarán de las personas a las que habrán de atribuirse las nuevas acciones o participaciones. En cuanto al valor por el que deberán ser adquiridas por los trabajadores, la LSL ofrece una regulación diferente a las leyes de sociedades anónimas y limitadas, con el propósito de facilitar su adquisición por los trabajadores. Así frente al valor real de las participaciones, que deberá ser como mínimo abonado por quien las adquiera en un supuesto de supresión del derecho de suscripción preferente, o al valor razonable de las acciones según informe elaborado por auditor de cuentas nombrado al efecto por el registrador mercantil, el valor que deberá abonar el trabajador por las nuevas acciones o participaciones de la sociedad laboral vendrá determinado por la junta general (art. 15. 4), pero se condiciona a que la misma apruebe un Plan de adquisición de acciones o participaciones por los trabajadores de la sociedad, y que las nuevas acciones o participaciones se destinen al cumplimiento del Plan e imponga la prohibición de enajenación de las mismas en un plazo de cinco años.

D) Hemos visto hasta el momento, las posibilidades de que existan acciones o participaciones disponibles para ser adquiridas, suscritas o asumidas por los trabajadores de una sociedad laboral. Pero ahora debe tenerse en cuenta que no basta solo con que existan acciones o participaciones disponibles, es necesario también que el trabajador esté dispuesto a su adquisición, suscripción o asunción, y no siempre va a ser así. En muchos casos, los trabajadores no desean asumir la condición de socios, esto les impone obligaciones y responsabilidades que no están dispuestos a aceptar, o no se sienten tan identificados con la sociedad como podría pensarse. Esta circunstancia también se da en las cooperativas de trabajadores, y así, la Ley de cooperativas

contempla expresamente la posibilidad de que el trabajador con derecho a integrarse como socio renuncie formalmente a ello ⁽⁸⁾.

En otros casos, aun queriendo el trabajador integrarse como socio, no estará en condiciones de ello porque económicamente no podrá hacer frente a ese coste.

Como vemos, no existe un acceso directo del trabajador a la condición de socio, que baste con solicitarlo, sino que es un acceso condicionado a que existan acciones o participaciones disponibles y a que los trabajadores estén en condiciones de acceder.

Por unas razones o por otras, una sociedad laboral puede encontrarse con un número importante de trabajadores fijos que no tienen la condición de socios, en esos casos, la sociedad tenderá a evitar las contrataciones por tiempo indefinido para evitar la descalificación, o se arriesgará a ello, aun no siendo una consecuencia deseable para ella. Podemos concluir por tanto que, aunque la medida que limita el número máximo de trabajadores no socios en una sociedad laboral podría facilitar la consecución de uno de los principales objetivos de la sociedad laboral, también genera efectos perniciosos para los trabajadores y para la propia sociedad, por lo que no debería imponerse legislativamente.

Si una sociedad laboral está controlada por los trabajadores y está abierta a nuevos socios trabajadores, porque éstos tienen preferencia de acceso cuando hay acciones o participaciones disponibles, no debería descalificarse por falta de disponibilidad de éstas, o por falta de disposición de los trabajadores.

Por el contrario, la legislación debería articular medidas que incrementaran las posibilidades de disposición de acciones y participaciones, que facilitaran su adquisición por los trabajadores y premiaran a las sociedades que hacen posible que sus trabajadores adquieran la condición de socios. Entre las medidas que facilitarían una mayor disponibilidad de acciones y participaciones podemos recomendar que la sociedad tuviera una posición más preferente cuando se transmiten acciones o participaciones para su adquisición, cuando las mismas no son adquiridas por los trabajadores, con el fin de poderlas transmitir a éstos en un momento más oportuno. También facilitaría el acceso de los trabajadores a la condición de socio si la sociedad

⁸ Según el art. 80 Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas, en su párrafo 7º: El número de horas/año realizadas por trabajadores con contrato de trabajo por cuenta ajena no podrá ser superior al 30% del total de horas/año realizadas por los socios trabajadores. No se computarán en este porcentaje: (...) b) Los trabajadores que se negaren explícitamente a ser socios trabajadores”.

contara con reservas oportunas que permitieran cubrir parte del coste que el trabajador debe abonar para adquirir las acciones o participaciones que le conferirán la condición de socio.

4.- Límites a la participación en el capital de la sociedad.-

La Ley emplea como criterio para medir la capacidad de control de la sociedad la participación en el capital. Así exige que la mayoría del capital social debe ser propiedad de trabajadores o que ningún socio podrá tener acciones o participaciones que representen más de la tercera parte del capital social, con las excepciones que señala la propia norma. Este criterio era válido antes de 1995, porque el derecho de voto era proporcional al capital social. Sin embargo, con la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el voto deja de ser necesariamente proporcional al capital social poseído. Por tanto, es posible que los trabajadores de la sociedad laboral tengan la mayoría de capital pero no de votos, con lo cual, no tienen el control de la sociedad que es lo que se pretende. En consecuencia, tendría que cambiarse el criterio empleado para medir la capacidad de control en favor de la mayoría de los derechos de voto, o exigir que todas las participaciones tengan el mismo valor y otorguen el mismo derecho de voto⁹. La primera opción puede ser más ventajosa para la sociedad porque permite que los trabajadores con contrato indefinido tengan el control de la sociedad sin necesidad de tener la mayoría del capital.

5.- El derecho de preferencia en la adquisición de acciones o participaciones.-

El derecho de adquisición preferente es una restricción que limita la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones y con ello reduce el valor de éstas por lo que sólo debe reconocerse legalmente para favorecer la laboralidad de la sociedad. Los socios de una sociedad siempre pueden, atendiendo a sus intereses, estipular en sus estatutos sociales otras limitaciones si quieren favorecer una sociedad cerrada, o una sociedad integradora de todos sus trabajadores (fijos o temporales).

⁹ La proposición de ley contemplaba que las participaciones de la sociedad laboral serían de una radical igualdad (art. 6.2) pero en el trámite parlamentario se suprimió esta norma con la finalidad de otorgar más flexibilidad a la sociedad laboral.

El limitar las restricciones en la transmisión al mínimo implica reconocer legalmente un derecho preferente a favor exclusivamente de los trabajadores, y de la sociedad para su transmisión posterior a los trabajadores no socios.

B. REFORMA DE LA TRIBUTACIÓN DE LAS SOCIEDADES LABORALES.-

Desde nuestro punto de vista, el actual régimen tributario de las sociedades laborales sería criticable por múltiples razones, que podríamos agrupar en dos bloques:

En primer lugar, no constituye propiamente un régimen, y por ello, menos aún un régimen destinado a incentivar la función social cumplida por este tipo de sociedades. Se ha perdido así, como se ha señalado, la oportunidad de diseñar un tratamiento acorde con una figura jurídica que cumple objetivos muy valorados por el ordenamiento¹⁰. Amén de ello, presenta defectos técnicos que inducen a confusión sobre el régimen aplicable, y parecen suponer mayor nivel de incentivos del que realmente existe.

En segundo lugar, los requisitos fiscales exigidos para disfrutar de los escasos beneficios fiscales establecidos para las sociedades laborales no son, ni adecuados para garantizar los fines que teóricamente intentan proteger, ni proporcionados a los beneficios que constituyen el efecto de su cumplimiento, constituyendo en ocasiones un lastre para la sociedad, y en los peores casos, incluso producen un efecto contraproducente al que intentan conseguir, como veremos.

¹⁰ Ya señala que no constituye un régimen tributario DE LA PEÑA VELASCO,G. “Régimen tributario de las Sociedades Laborales”, en AAVV *Régimen jurídico de las Sociedades laborales (ley 4/1997)*, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 176; VALPUESTA GASTAMINZA,E./BARBERENA BELZUNCE,I. *Las sociedades laborales. Aspectos societarios, Laborales y fiscales*. Aranzadi.págs. 207 constata además, que “...dicha ley representa una oportunidad perdida en orden al establecimiento de un régimen fiscal para las sociedades laborales más acorde tanto con el fin que con él se pretende alcanzar (contribuir a la promoción y desarrollo de este tipo de sociedades, según proclama su Exposición de Motivos), como con los motivos que lo justifican (la finalidad social, además de económica, que la creación y existencia de estas sociedades lleva consigo, también en palabras de su Exposición de Motivos).”

1. Criterios tenidos en cuenta en la propuesta.

Para elaborar la propuesta sobre modificación del régimen tributario se han seguido los siguientes criterios:

En primer lugar, se revisa la articulación técnica del sistema de incentivos actualmente existente, para adaptarlo a los cambios normativos, y para depurarlo de errores, superposiciones y contradicciones.

En segundo lugar, se ha diseñado un régimen de incentivos cuyo diseño ha sido férreamente guiado por tres ideas:

La primera, que constituya un régimen coherente y adecuado para ayudar a las sociedades laborales en el cumplimiento de los objetivos que les son propios y que resultan de interés general, tanto estatal como comunitario, y que podríamos agrupar en:

- 1) Constituyen un instrumento eficaz de creación y mantenimiento de puestos de trabajo de calidad,
- 2) Asimismo, funcionan como un vehículo de participación de los trabajadores en el capital, con las ventajas que ello acarrea¹¹, y constituyendo una manifestación atípica de este fenómeno, al reunir tres características diferenciadoras respecto de los instrumentos usuales de participación:

¹¹ MERCADER UGUINA, J. “Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución europea como telón de fondo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, nº 57, pág. 298: “La implantación en las empresas de fórmulas de incentivos basados en acciones como instrumento de remuneración del desempeño a medio y largo plazo frente a sistemas tradicionales de retribución basados en la remuneración diferida en metálico, sujeta a ciertas condiciones, ha resultado en los últimos años ser una fórmula claramente impulsada desde todas las instituciones, tanto nacionales como internacionales”. Son sobre todo las “...fórmulas que persiguen la “participación en la propiedad” o la “participación en los beneficios de la empresa”, las que están cobrando más fuerza.” Pág. 300. Así lo pone de relieve el informe de POUTSMA, E. “Recent developments in financial participation within the European Union”, marzo 2000, pág. 54. OECD (1995) *Employment Outlook*, París, julio 1995, pág. 160, señala que la participación financiera de los trabajadores está asociada con mayor productividad siempre, sea cual sea el método utilizado. Sobre las conclusiones de dicho informe, y su relevancia para las sociedades laborales, véase JAUREGUI, R./MOLTO GARCIA, J.I./GONZALEZ DRENA, F. *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 398. Por su parte, el informe VAN DEN BUCKLE (2000) “Una perspectiva empresarial de la participación financiera en la UE: ventajas y obstáculos”, enumera las razones utilizadas por los empresarios para implantar un sistema de participación: 1) retención de trabajadores; 2) Motivación y sentimiento de pertenencia; 3) Instrumento para captar capital, en particular para las empresas en su fase inicial. La FUNDACION EUROPEA PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA Y DE TRABAJO (2001a) *Employee share-ownership and profit-sharing in the EU*, (2001b) *Employee share ownership and profit-sharing in the EU*. considera ventajas de estos sistemas, su influencia positiva en los niveles de empleo y en su estabilidad; que en casos particulares puede servir de financiación a las empresas, y su cumplimiento de objetivos de cohesión social.

- a. La participación se contiene en la propia estructura social, en la propia forma jurídica de la sociedad¹²;
- b. Constituye, no un simple mecanismo de participación en beneficios, sino una auténtica vía de acceso a la propiedad de la empresa por los trabajadores, lo que la ubica en el sector de la Economía social¹³;
- c. Se trata de una forma societaria que normalmente constituye una PYME, en el sentido de la definición de la misma realizada por la Comisión europea, en su Recomendación de 6 de mayo de 2003. Lo que supone que afrontará los obstáculos que precisamente dicha Comisión ha puesto de manifiesto tienen las PYME para utilizar sistemas de participación de los trabajadores. Dificultades derivadas, por un lado, de lo costoso de estos sistemas; de otro, de que la ausencia de cotización en Bolsa hace difícil la disponibilidad de acciones¹⁴. Dicha condición, por otra parte, supone que se beneficiará de la política de fomento que la UE desarrolla para este tipo de empresas. Cuestiones ambas a tener en cuenta en el régimen tributario.

En ese sentido, la propia constitución y puesta en funcionamiento de este tipo de sociedades debe ser incentivada fiscalmente, en cuanto que PYME, pero con mayor intensidad que el género, dado el cumplimiento de finalidades sociales más intensas.

¹² Como indica ALONSO RODRIGO,E. *Fiscalidad de cooperativas y sociedades laborales*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2001, .pág. 287: "...el hecho de que más de la mitad del capital esté en manos de los socios supondrá en muchos casos la relajación de la tradicional tensión entre trabajo y capital o, por mejor decir, entre la búsqueda del máximo beneficio repartible y la fijación de salarios adecuados." Véase "Las sociedades laborales y los ESOP, ejemplo de participación de los trabajadores", *Gatza*, nº 113, julio 2005.

¹³ Así lo ponen de manifiesto MERCADER UGUINA,J.R./PORTELLANO DIEZ,P. "La sociedad laboral: sencillamente una sociedad especial", *Relaciones Laborales*, 1997, I, pág. 1156; CELAYA,A. "Sociedades cooperativas de trabajo y sociedades anónimas laborales: configuración societaria comparada", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 191, 1989, pág. 118 y 121; ALONSO RODRIGO,E. *Fiscalidad de cooperativas y sociedades laborales*, Generalitat de Catalunya, 2001, pág. 74.

¹⁴ De hecho, existe asimismo una relación evidente entre sociedades que cotizan en Bolsa y aquellas que tienen un plan de acceso a las acciones por los trabajadores.En ese sentido, POUTSMA, op.cit., 2001, pág. 55; McCATNEY,J. "Financial participation in the EU: indicators for benchmarking", *Oficina de publicaciones de la Comunidad Europea*, Luxemburgo, 2004.

Por dicha razón, los beneficios ligados a la creación y ampliación de las sociedades laborales se ligan únicamente a su existencia y su calificación como tales.

Ahora bien, el esquema de incentivos más intenso va dirigido, por un lado, a estimular la financiación de la sociedad, mediante la dotación a reservas; pero también a instrumentar mecanismos que puedan, eventualmente, utilizarse para aumentar la cifra de capital social, mejorando las posibilidades de acceder a financiación externa. También se fomenta fiscalmente la existencia de planes de adquisición de acciones por los trabajadores que pueden implicar, entre otros objetivos, que éstos financien a la sociedad en las inversiones que ésta realice.

Por otro lado, en la misma línea, se incentiva fiscalmente la participación de los trabajadores indefinidos en el capital social, línea de actuación que se considera más eficaz que el establecimiento de límites a la contratación de este tipo de trabajadores. Así, la eliminación de este límite se compensa con una serie de medidas destinadas a estimular que existan acciones o participaciones disponibles, y que la sociedad financie parte de su adquisición, suscripción o asunción. También se incentiva la inversión realizada por el promotor o el trabajador.

La segunda idea, y en relación con esta incentivación de la participación de los trabajadores en el capital, consistía en tener en cuenta, sobre todo, las Recomendaciones de la Comisión europea plasmadas en su Comunicación relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores, emitida en julio de 2002¹⁵, y basada, a su vez, en las conclusiones conseguidas tras un previo debate con las partes interesadas, sobre la base de Informes encargados por la propia Comisión¹⁶. Cuatro han sido, sobre todo, las recomendaciones de dicha Comunicación con relevancia para el régimen tributario: la primera, el ajuste a los 8 principios que la Comisión considera debe reunir un esquema de participación financiera de los trabajadores para ser recomendable; la segunda, la de adaptarse específicamente a la idiosincrasia de las PYME; la tercera, como en Comunicaciones anteriores, fomentar estos sistemas con incentivos fiscales; la cuarta, la de tomar como referencia las experiencias de los países en que los mecanismos legales han sido exitosos. En concreto, las investigaciones específicamente encargadas por ésta¹⁷ recomiendan las sociedades laborales como uno de los esquemas

¹⁵ COM (2002) 0364 final

¹⁶ A partir del documento “Participación financiera de los trabajadores en la Unión europea. Documento de trabajo de la Comisión SEC (2001) 1308.

¹⁷ FUNDACIÓN EUROPEA PARA LA MEJORA DE LA CALIDAD DE VIDA Y LAS CONDICIONES LABORALES “Financial participation for small and medium-sized enterprises: Barriers

posibles para las PYME europeas, junto con el sistema francés y el de entrega de acciones gratuitas irlandés.

La mayoría de países establecen algunos incentivos fiscales a la participación financiera en forma de participación en el capital, tanto por el lado de la sociedad (normalmente, la entrega de acciones o las contribuciones para la adquisición de éstas constituyen gasto deducible en la base imponible del impuesto personal), como por el lado del empleado. Habitualmente, las contribuciones realizadas por la empresa suelen estar libres de impuestos para el trabajador, o al menos tributar a un tipo más bajo. Asimismo, es frecuente que las inversiones realizadas por el trabajador en la adquisición de acciones de su sociedad empleadora se incentive fiscalmente, usualmente considerando estas cantidades exentas de su renta personal y muy frecuentemente, también de cotizaciones a la Seguridad Social.

También es usual conjugar la participación financiera en los beneficios con el posterior destino de éstos a la compra de acciones de la empresa, junto con aportaciones del propio trabajador detraídas de su salario, todo ello libre de impuestos. Estas cantidades se mantienen retenidas por un tiempo (normalmente entre 3 y 7 años) bien en un fondo interno de la empresa, bien en un Fondo externo. El sistema, pues, cumple varios objetivos: servir de participación financiera, permitir a los trabajadores constituir un patrimonio a través del ahorro, así como participar en el capital de la sociedad para la que trabajan, y actuar de instrumento de financiación para la sociedad.

Amén de las recomendaciones vertidas en esta Comunicación, se han tenido en cuenta, evidentemente, las del Parlamento y el Consejo europeo, así como las conclusiones y sugerencias realizadas por los Informes realizados, por encargo de la propia Comisión, por expertos independientes¹⁸. Asimismo, se han revisado los

and potential solutions”, op.cit., pág 4) pone de relieve que el punto de vista del CESE sobre la participación financiera es que la experiencia de las cooperativas y de las sociedad limitadas de trabajadores debe ser un marco de referencia. El mismo informe (pág.8) pone como ejemplo de sistema que ha conjugado el carácter de PYME con la participación de los trabajadores las Sociedades laborales españolas y las cooperativas de trabajo asociado.

¹⁸ Ya en 1991, la Comisión encargó el Informe PEPPER “Fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de las empresas” (UVALIC, M. *The Pepper Report: promotion of Employee participation in profits and enterprise results in the Member States of the European Community*, publicado en el Suplemento 3/91, de Europa Social, Bruselas, 1991.), que constituyó la base de la Recomendación de la Comisión de 5 de mayo de 1992, adoptada posteriormente por el Consejo el 27 de julio (92/443/CEE) relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital). Entre las recomendaciones que el Consejo realizaba a los EEMM, se encontraba la de que consideraran “...la posibilidad de conceder estímulos tales como incentivos fiscales u otras ventajas financieras, para fomentar la introducción de determinadas fórmulas de participación;...”. Asimismo, en el punto 10 del Anexo de la Recomendación

beneficios fiscales existentes en los distintos países de la UE para los distintos sistemas de participación financiera de los trabajadores, y los resultados de su práctica, según los informes de seguimiento encargados por la Comisión.

A la vista de estos datos, se han seleccionado mecanismos que, por su simplicidad y capacidad de adaptación a la idiosincrasia de la Sociedad laboral, pudieran ser, tras las modificaciones pertinentes, adoptados en el régimen de ésta. Quizá por su cercanía en relación con la tradición legislativa y el sistema jurídico, se ha optado por un modelo más similar al francés que a los anglosajones británico e irlandés, aunque algunos elementos de los esquemas regulados en estos países presentan perfiles muy interesantes y han generado matices en el régimen propuesto. Se ha intentado, por otra parte, evitar que los elementos introducidos fueran excesivamente ajenos a nuestro sistema tributario, y por ello, se han reconducido, en la medida de lo posible, a instituciones ya existentes en éste y suficientemente conocidas.

La tercera, pero no menos importante, era que el diseño debía adecuarse a las exigencias del Derecho europeo en materia de prohibición de ayudas de Estado incompatibles con el Tratado¹⁹ (art. 87 de dicho texto). A la vista de dicho régimen, hemos debido asegurarnos de que los beneficios fiscales propuestos se enmarcaran en la “naturaleza o economía del sistema tributario” español, y que no supusieran una ventaja con capacidad para distorsionar la competencia, afectando a los intercambios comerciales entre los Estados miembros.

A este fin, era necesario, de un lado, asegurarnos de que el fin que se intenta conseguir con las medidas beneficiosas se ajustaba a las políticas e iniciativas comunitarias, o bien que las mismas constituían la contrapartida de un *handicap* específico sufrido por éstas como consecuencia de su régimen jurídico. Adicionalmente, que dichas medidas se ajustaban a los criterios de razonabilidad explicitados por la propia Comisión.

En general, los incentivos propuestos se insertan en varias políticas protegidas por la UE: En primer lugar, se encuadrarían en la política favorable a la creación y mantenimiento de las PYMEs²⁰ las medidas destinadas a incentivar su constitución y

se hacía eco de las dificultades de las PYME para adoptar estos planes, recomendando que se evitaran las fórmulas legales complejas

¹⁹ Precisamente, para aclarar la adaptación de las notas del concepto a las medidas fiscales, la Comisión dictó en 1998, su Comunicación relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas (98/C 384/03)

²⁰ Véase, en este sentido, el Libro Verde “El espíritu empresarial en Europa”, COM(2003) 27, de 21 enero 2003, Publicaciones de la DG Empresa, Bruselas, 21 de enero 2003.

puesta en funcionamiento, que hemos descrito, aplicables en los primeros ejercicios fiscales de la sociedad. También servirían al mismo fin las medidas incentivadoras de la inversión en sociedades laborales por los promotores o los trabajadores con contrato indefinido. Por otra parte, estas medidas contribuirían a estimular la formación de capital-riesgo, asimismo fomentada por la Comisión (véase la Comunicación de 19 de julio de 2006 relativa a este aspecto). Asimismo facilitan, de forma coordinada con la regulación del Fondo de reserva especial, el cumplimiento de otra de las iniciativas comunitarias²¹: facilitar el traspaso de las pequeñas empresas a la siguiente generación, mediante la transmisión de parte del accionariado a los trabajadores.

Por último, pero no menos importante, la participación de los trabajadores que proponemos constituye un claro ejemplo de diseño acorde con la política comunitaria de responsabilidad social de las empresas. Concepto definido por la Comisión en su Libro Verde “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”²², como “...la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”.

Además, resultan proporcionadas a las cargas sociales que se imponen a la sociedad. Por último, su nivel de distorsión del mercado sería imperceptible, porque podrían encuadrarse perfectamente dentro del nivel marcado para las ayudas “de minimis”, cuyo régimen²³ está actualmente contenido en el Reglamento (CE) nº 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001²⁴.

Esto es, sin que sea necesario siquiera utilizar los límites establecidos en el art. 4.2.2 del Marco temporal comunitario aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera (Comunicación de la Comisión 2009/C 16/01), que tiene una vocación transitoria. Sin embargo, la propuesta sí se enmarca en el espíritu de este Marco, acerca de la necesidad de estimular la actividad de las empresas europeas, y la no destrucción de empleo.

²¹ En efecto, existe en Europa un importante porcentaje de pequeñas empresas que requieren o requerirán en los próximos años soluciones para su continuación, como pone de manifiesto el Libro Verde “El espíritu empresarial en Europa”, apartado B, ii *La fiscalidad*, “El régimen fiscal de los traspasos de empresas resulta especialmente preocupante en las empresas familiares, que constituyen una parte importante de las empresas europeas.”(COM (2003) 27)

²² En julio de 2001 (COM (2001) 366)

²³ Sobre el tema puede consultarse ARPIO SANTACRUZ, *Las ayudas...*, op.cit., pág. 178 y ss.

²⁴ DO L10 de 13.1.2001, págs. 3-32.

2. Líneas generales de la propuesta.

El régimen de incentivos intenta adaptarse a los principios de la Comunicación de la Comisión de 2002, y, juntamente con los ya existentes, podrían clasificarse en tres grandes grupos:

1. Incentivos a la constitución, puesta en funcionamiento y crecimiento social de Sociedades Laborales, que se centran en la propia constitución de la sociedad, o adquisición de la calificación, y en los primeros años de funcionamiento.

2. Régimen permanente e incentivos “de funcionamiento”.

3. Beneficios fiscales a trabajadores inversores en la sociedad laboral.

Por otra parte, los beneficios aplicables a la sociedad, asimismo, se articularían en dos “niveles”, de diferente intensidad, que se corresponderían asimismo con el nivel de los requisitos requeridos para disfrutar de los beneficios.

Así, se han dejado los incentivos actualmente existentes en ITP/AJD²⁵ – revisados y ligeramente modificados- para el “primer nivel”, que consistiría, sencillamente en la posesión de la calificación de laboral de la sociedad, lo que implica el cumplimiento de los requisitos inherentes a la misma, tal y como se diseña en la propuesta. Asimismo, se les beneficia con la exención del deber de realizar pagos fraccionados en los ejercicios iniciados en los dos primeros años desde la constitución.

También aquí estarían los beneficios en el Impuesto sobre Sociedades, para cuyo disfrute resultaría necesario cumplir con lo dispuesto en la normativa sustantiva en lo relativo a la dotación de la Reserva Especial del art. 13 de la ley proyectada, consistente en un 10% de los beneficios hasta alcanzar la cifra de capital social. El cumplimiento de este requisito permitiría disfrutar de dos beneficios fiscales: la deducción de los beneficios reinvertidos en inmovilizado, y la libertad de amortización.

Este sería el régimen, por tanto, aplicable a toda Sociedad Laboral por el hecho de cumplir con lo dispuesto en su normativa reguladora.

En el “segundo nivel” se disfrutaría del tipo de gravamen especial del 20%. Este beneficio se reservaría para las sociedades en cuyos estatutos constara que al menos el 25% de la reserva especial se destina a facilitar a los trabajadores el acceso al capital, con arreglo a un plan de adquisición de acciones o participaciones por éstos.

²⁵ ITP Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales /AJD Actos Jurídicos Documentados

	Requisitos	Beneficios
1	Poseer la calificación de SL (art. 17.1)	- Beneficios en ITP/AJD (art. 18.1) - Exención de pagos fraccionados los dos primeros años (art. 18.2)
2	Constitución (y dotación) del Fondo de reserva especial previsto en el art. 14. (art. 17.2) Dotación del importe del gasto deducido al FRE	Libertad de amortización. Deducción por reinversión de beneficios ordinarios para inmovilizado. (art. 18.3)
3	Constitución de un plan de adquisición de acciones. Destino del 25% del FRE (art. 17.3)	-Tipo de gravamen del 20% (art. 18.4)
	Sin requisitos	No sujeción de la donación de acciones o de las contribuciones de la sociedad para la adquisición de acciones o participaciones (art. 18.5)

El esquema de beneficios fiscales intenta permitir, así, que la sociedad laboral pueda acogerse o diseñar un sistema más o menos sencillo/complicado de participación de los trabajadores en el capital, incentivando cada una de las posibilidades por separado.

C. ENCUADRAMIENTO EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La propia definición de la sociedad laboral como integrada por trabajadores con contrato por tiempo indefinido, nos sitúa, dentro del Régimen General de cotización a la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena. No obstante, la regulación del encuadramiento establecido por la legislación en materia de Seguridad Social ha

introducido matizaciones que han roto, de hecho, este principio general que corresponde a la naturaleza de las Sociedades Laborales.

La forma de regular el encuadramiento de los trabajadores socios en las sociedades laborales ha repercutido en un aspecto fundamental en su régimen interno, la participación de éstos en las tareas de administración y gestión de la empresa.

Las sociedades laborales, como se ha dicho, constituyen un modelo jurídico que integra en su propia estructura societaria, elementos que la Unión Europea está promoviendo para las Pymes, como la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa y, en determinados casos, utilizando este instrumento para favorecer el acceso de los mismos a la propiedad de la empresa o, como establece la Constitución española, a la propiedad de los medios de producción. (art.129-2).

Así pues, la participación en la propiedad y en la gestión de la empresa caracteriza al trabajador socio de las sociedades laborales.

Cuando la Ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998 (ley 67/1997 de medidas fiscales, administrativas y sociales) modificó el encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social de los trabajadores socios que ejercían tareas de administración, sin percibir retribución por ello, se generó un grave inconveniente a la participación de los trabajadores socios en la gestión de la sociedad, ya que obligaba a éstos a cambiar el régimen de encuadramiento y cotización a la Seguridad social, esto es, del Régimen General al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), introduciendo un cambio en los derechos y en las cobertura sociales casi siempre de carácter temporal, durante el periodo de desempeño de su cargo como administrador o miembro del consejo de administración. Esta circunstancia provocaba un rechazo de los socios a participar en la gestión. Sus compañeros trabajadores disfrutaban de la cobertura del régimen general mientras que ellos, además de asumir responsabilidades añadidas, veían disminuida sus prestaciones sociales (desempleo, FOGASA, y otras prestaciones). La normativa establecía una dualidad de encuadramiento, cotizaciones y de derechos que desmotivaba gravemente la deseable y conveniente posibilidad de participación de todos los trabajadores socios en la gestión de la empresa, a través la pertenencia a su órgano de administración.

El efecto fue tremendamente nocivo, y solo se volvió a restablecer una cierta normalidad cuando se modificó la normativa mediante la Ley 50/1998 de medidas fiscales, administrativas y sociales, dando lugar al tenor de la actual redacción del artículo 21 de la vigente ley 4/1997 de Sociedades Laborales, de 24 de marzo. Aun así

se obliga, no obstante, a los administradores, dotados de delegación de poderes de carácter solidario, a encuadrarse como “asimilados al Régimen General”, es decir, sin derecho al desempleo ni al FOGASA. Pues bien entendemos que pese al carácter retribuido del cargo debe poder mantenerse el encuadramiento en el régimen general de Seguridad Social o de trabajadores por cuenta ajena que corresponda según la actividad sin merma de la protección en razón de las especialidades de las Sociedades Laborales y procedería en consecuencia modificar el art. 21 de la Ley de Sociedades Laborales.

En los últimos años los poderes públicos están impulsando el emprendimiento en todas sus potencialidades: individual (tramitando la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo) y colectivo: promoviendo la constitución de Pymes, que pueden adoptar formas jurídicas de sociedades mercantiles en general, o especiales, tales como la Sociedad Limitada Nueva Empresa, Sociedades Laborales, Cooperativas ... etc. Por otra parte, el tratamiento de los trabajadores socios cooperativistas a todos los efectos como trabajadores asalariados por cuenta ajena, al objeto de acceder a todas las prestaciones sociales que esa consideración entraña (prestación por desempleo, socio con relación por tiempo determinado, expedientes de regulación de empleo, rescisión y suspensión temporal de contratos, etc), es una realidad que debe mantenerse pese a que la naturaleza de la relación sea “societaria”. Con mayor razón en las Sociedades Laborales donde se da a la vez una doble relación, societaria y laboral.

En ese sentido se propone la modificación del artículo 21 de la presente ley para establecer el encuadramiento colectivo de todos los trabajadores socios en el Régimen General o en el que corresponda según la actividad como trabajadores por cuenta ajena de manera plena, desempeñen o no tareas de administración algunos de ellos, y sean o no retribuidos por tal cargo. De ahí que se proponga en sustitución del actual art. 21 un nuevo art. 20 sobre encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social, que rezaría así “los socios trabajadores de las sociedades laborales, aun cuando formen parte del órgano de administración social, tengan o no competencias directivas, y perciban o no retribución por el ejercicio de las mismas, disfrutarán de todos los beneficios de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena que correspondan en función de su actividad, incluida la protección del FOGASA”.

D. PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY VIGENTE DE SOCIEDADES LABORALES.-

Una reforma de la legislación sobre sociedades laborales debería por tanto, no solo adecuar su texto a las recientes reformas legislativas, sino también, destacar las notas esenciales de las sociedades laborales, eliminar las especialidades poco justificadas y flexibilizar su régimen jurídico. Entre las modificaciones que deberían introducirse proponemos las siguientes.

Modificaciones al art. 1. "Concepto de Sociedad Laboral".-

El art. 1 está llamado a reflejar los caracteres esenciales que definen el concepto de sociedad laboral. Sin embargo en la actualidad estos rasgos se encuentran en los arts. 1 y 5. 3. Sería por tanto deseable que el nuevo artículo 1 agrupara todas esas notas.

El párrafo 2º del art. 1 recoge en la actualidad el límite a la participación de trabajadores con contrato por tiempo indefinido no socios que puede tener una sociedad laboral. La norma se modificó con la Ley 62/2003, de 30 de diciembre con de fin de excluir de ese cómputo a los trabajadores con discapacidad psíquica. La norma en su integridad debería desaparecer por las razones anteriormente apuntadas. Es una norma cuyo efecto inmediato es penalizar la contratación de trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido y no el conseguir el acceso a la condición de socio, ya que esta posibilidad –como vimos- no depende exclusivamente ni del trabajador ni de la sociedad. Por el contrario, si debería ser una norma cuyo cumplimiento fuese favorecido con medidas fiscales o de otra naturaleza²⁶.

²⁶ En todo caso, si se optase por mantener este límite, en estos términos o ampliado, su ubicación debería ser entre las causas de descalificación de la sociedad y no entre los rasgos esenciales de la sociedad laboral, tal y como se recogía en la anterior Ley de sociedades laborales de 1986.

Debería incorporarse en cambio como párrafo 2º el actual art. 5. 3º que recoge el límite máximo de capital que puede tener un socio en la sociedad laboral, por ser otra nota esencial al concepto de sociedad laboral.

Sin embargo, el precepto merecería alguna mejora. El límite máximo que se establece es que ningún socio podrá poseer más de la tercera parte del capital social, salvo determinadas entidades que podrán superar ese porcentaje sin alcanzar el 50%. La enumeración de estas entidades parece insuficiente ya que no contempla a las entidades de capital-riesgo reguladas por la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, cuya presencia puede ser tan beneficiosa para la financiación de las sociedades laborales; ni a las entidades de economía social, entre las que se encuentran las sociedades laborales, y que favorecería la creación de redes y grupos empresariales con similares fines sociales. Por otra parte, debería simplificarse la norma, lo que se conseguiría si se limitase esta excepción en favor de las entidades públicas, o de mayoritaria participación pública, de capital riesgo, no lucrativas o de economía social; todas las demás estarían sometidas a la regla general que limita la aportación de capital a un tercio del total.

También debería recogerse en este artículo como norma de cierre, el párrafo último del art. 5 que regula el supuesto de superación de los límites previstos en este artículo.

Por último, por las razones señaladas anteriormente, deberían sustituirse las referencias que hace este artículo al capital, a favor de los derechos de voto.

Artículo 1. Concepto de “Sociedad Laboral”.

1. Las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría de los derechos de voto pertenezcan a trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido, podrán obtener la calificación de “Sociedad Laboral” cuando concurren los requisitos establecidos en la presente Ley.

2. En la sociedad laboral, ninguno de los socios podrá poseer acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte de los derechos de voto, salvo que se trate de entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, de capital riesgo, no lucrativas o de economía social, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el 50 por 100.

3. En los supuestos de trasgresión de los límites que se indican, la sociedad estará obligada a acomodarse a la Ley en el plazo de un año a contar del primer incumplimiento de cualquiera de aquellos.

Modificaciones al artículo 3 “Denominación social”.-

A la hora de denominar a la sociedad laboral se pueden emplear las siguientes indicaciones: “Sociedad Anónima Laboral” o “Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral”, no sería posible utilizar –como bien advierte Boquera (²⁷)- la expresión “Sociedad Limitada Laboral”, a pesar de que el art. 2. 1º de la Ley 2/1995, de 23 de marzo LSRL permite la indicación de “Sociedad Limitada”. Debería reconocerse en una futura ley esta indicación más abreviada para las sociedades laborales.

También sería positivo recoger expresamente en este precepto que el adjetivo laboral no solo no pueda estar incluido en la denominación de una sociedad que no ha obtenido la calificación de sociedad laboral, como dice el art. 3. 2º, sino también en una sociedad que haya sido descalificada.

Artículo 3. Denominación social.

1. En la denominación de la sociedad deberá figurar la indicación «Sociedad Anónima Laboral» o «Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral» o “Sociedad Limitada Laboral”, o sus abreviaturas SAL o SLL, según proceda.
2. El adjetivo «laboral» no podrá ser incluido en la denominación por sociedades que no tengan la calificación de «Sociedad Laboral».
3. La denominación de laboral se hará constar en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria.

²⁷ Boquera Matarredona, Josefina; en “Denominación, domicilio, impugnación de acuerdos y derecho de suscripción preferente en las sociedades laborales” en Ciriec. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 15, octubre 2004 p. 31.

Modificaciones al art. 4. Registro administrativo de Sociedades Laborales y coordinación con el Registro Mercantil.-

Este precepto contempla la creación del Registro administrativo de Sociedades Laborales y regula aspectos de su funcionamiento, así como, los requisitos necesarios para que las Sociedades Laborales adquieran personalidad jurídica.

En dicha norma encontramos también determinados deberes de información y colaboración con este Registro, por parte de las sociedades y del Registro Mercantil.

Se echa en falta que este precepto no incorpore el contenido del art. 18.-como acertadamente sugiere Sáenz García de Albizu²⁸-, ya que en definitiva regula exclusivamente una cuestión relativa a la atribución de competencias entre registros de sociedades laborales, cuando tiene lugar el traslado del domicilio de la sociedad.

También debería introducirse en esta norma el deber de colaboración con el Registro que el art. 13. 2ª impone a los Jueces que conozcan de determinados asuntos relativos a las Sociedades Laborales.

La incorporación de estas normas exige reestructurar mínimamente el orden de los apartados y modificar el título del precepto.

Artículo 4. Registro administrativo de Sociedades Laborales (...)

1. A efectos administrativos se crea en el Ministerio de Trabajo un Registro de Sociedades Laborales, en el que se harán constar los actos que se determinen en esta Ley y en sus normas de desarrollo, todo ello sin perjuicio de las competencias de ejecución que asuman las Comunidades Autónomas.

2. La sociedad gozará de personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro Mercantil, si bien, para la inscripción en dicho Registro de una sociedad con la calificación de laboral deberá aportarse el certificado que acredite que dicha sociedad ha sido calificada por el Ministerio de Trabajo o por el órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma como tal e inscrita en el Registro Administrativo a que se refiere el párrafo anterior.

La constancia en el Registro Mercantil del carácter laboral de una sociedad se hará mediante nota marginal en la hoja abierta a la sociedad, en la forma y plazos que se establezcan reglamentariamente, con notificación al Registro Administrativo.

²⁸ En “Propuesta de reforma de la Ley de 1997 de sociedades laborales –Confesal- Problemas societarios”. Ciriec. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa nº 19. Diciembre 2008 p. 186.

3. La obtención de la calificación como laboral por una sociedad anónima o de responsabilidad limitada no se considerará transformación social ni estará sometida a las normas aplicables a la transformación de sociedades.
4. La sociedad laboral deberá comunicar periódicamente al Registro administrativo las transmisiones de acciones o participaciones mediante certificación del libro-registro de acciones nominativas o del libro de socios.
5. La sociedad laboral que traslade su domicilio al ámbito de actuación de otro Registro administrativo, pasará a depender de éste, pero el Registro de origen mantendrá la competencia para el conocimiento y resolución de los expedientes de descalificación que se encuentren incoados al momento del traslado.
6. El Juez que conozca de la impugnación de algún acuerdo social que afecte a la composición del capital o al cambio de domicilio fuera del término municipal, pondrá en conocimiento del Registro de Sociedades Laborales la existencia de la demanda y las causas de impugnación, así como la sentencia que estime o desestime la demanda.
7. El Registro Mercantil no practicará ninguna inscripción de modificación de estatutos de una sociedad laboral, que afecte a la composición del capital social o al cambio de domicilio fuera del término municipal, sin que se aporte por la misma certificado del Registro de Sociedades Laborales del que resulte, o bien la resolución favorable de que dicha modificación no afecta a la calificación de la sociedad de que se trate como laboral, o bien la anotación registral del cambio de domicilio.

Modificaciones al art. 5 “Capital social y socios”.-

Si se opta –como proponemos en el art. 1- como criterio para determinar el control de la sociedad el número de derechos de voto que tienen los socios, no se hace necesario exigir en este artículo que las acciones y participaciones sean del mismo valor y otorguen los mismos derechos.

Esta opción permite por tanto que existan acciones y participaciones de distinto valor e incluso con distintos derechos, porque lo relevante es que el control de la sociedad esté siempre en manos de los trabajadores con contrato indefinido.

El párrafo 2º del art. 5 señala que no es válida la creación de acciones de clase laboral privadas del derecho de voto. La norma se refería exclusivamente a las acciones,

porque sólo la Ley de sociedades anónimas contemplaba la posibilidad de acciones sin voto (arts. 90 a 92). Esta posibilidad se ha ampliado tras la Ley 7/2003 de 1 de abril cuyo artículo quinto incorpora en la Ley de sociedades limitadas el art. 42 bis admitiendo y regulando las participaciones sin voto.

Esta novedad exige modificar a su vez el art. 5. 2º de la Ley de sociedades laborales, para establecer que tampoco será válida la creación de participaciones de la clase laboral privadas del derecho de voto.

Artículo 5. Capital social y socios.

1. El capital social estará dividido en acciones nominativas o en participaciones sociales. En el caso de «Sociedad Anónima Laboral», el desembolso de los dividendos pasivos deberá efectuarse dentro del plazo que señalen los estatutos sociales.
2. No será válida la creación de acciones o participaciones de clase laboral privadas del derecho de voto.

Modificaciones al art. 6 “Clases de acciones y de participaciones”.-

El art. 6 en su párrafo 1º establece que las acciones y participaciones de las sociedades laborales se dividirán en dos clases, las que sean propiedad de los trabajadores cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido y las restantes. La primera clase se denominará “clase laboral” y la segunda “clase general”.

La norma en principio era clara pero la regulación de esa dualidad de títulos planteaba problemas cuando más tarde se aceptaba que un trabajador pudiera tener títulos de ambas clases (art. 6. 3º) o cuando no se dejaba claro qué pasaba cuando un socio no trabajador adquiría acciones o participaciones de la clase laboral, a diferencia de la Ley 15/1986 de 25 de abril que para este caso exigía que se procediera al cambio de clase de las acciones (art. 8. 4º).

Por otra parte, la ley vigente no conservó una norma presente en la anterior Ley de 1986 según la cual: “Se permite las acciones en cartera siempre que se trate de acciones reservadas a los trabajadores” (art. 6. 3º). La ley vigente admite que las sociedades laborales tengan acciones y participaciones en cartera, pero no especifica de qué clase. Por lo que podría afirmarse que si la sociedad adquiere títulos propios sean de la clase

que sean, puesto que la sociedad no es un trabajador deberían convertirse en títulos de la clase general. Esta conclusión es contraria a la norma prevista en la Ley de 1986 y además no responde al fin principal por el que se permite que la sociedad adquiriera sus propias acciones o participaciones, que es para su posterior colocación entre los trabajadores.

Por ello la ley debería reconocer expresamente que la sociedad puede ser titular tanto de títulos de la clase general como laboral.

El párrafo 3º del art. 6 contempla la circunstancia de que los trabajadores con contrato por tiempo indefinido adquieran acciones o participaciones de la clase general. En este caso, su conversión en títulos de la clase laboral se hace depender de la voluntad del trabajador, con lo cual es factible que un trabajador sea titular de ambas clases de títulos. Esta posibilidad quiebra la principal razón de ser de la distinción de clases, que no era otra que facilitar el recuento de los títulos en poder de los trabajadores, y el sometimiento de éstos a un especial régimen de transmisión.

Por otra parte, el legislador no contempla qué ocurre cuando un socio no trabajador adquiere acciones o participaciones de la clase laboral, pues no se contempla su conversión, ni a instancias del socio ni de la sociedad; por lo que surge la duda de si podrán ser conservadas por estos socios como laborales.

Estas circunstancias plantean la cuestión de si tiene sentido seguir manteniendo la clasificación de acciones y participaciones de la clase general y de la clase laboral o si basta con que siendo todas nominativas, el diferente régimen jurídico dependiera de la condición del titular de la acción o participación.

La cuestión no tiene una solución única dada la diferente naturaleza de las acciones y de las participaciones. Las acciones son títulos valores y su transmisión se rige por las reglas de transmisión de los títulos valores. Los derechos de que es acreedor el accionista le vienen atribuidos por ser titular de una acción (art. 48. 1 LSA), es decir, se adquiere la condición de socio por la adquisición de la acción, y la acción tiene que reflejar qué derechos son los adquiridos. Es necesario por tanto la representación de la acción en un título (o anotación en cuenta) que además, como dice el actual art. 6. 2 LSL, puede ser individual o múltiple, estará numerado correlativamente e indicará la clase a la que pertenece. Los Estatutos a su vez deben recoger el número de acciones de cada clase y los derechos que confiere cada clase (art. 9. g) LSA).

Por el contrario, la participación en una sociedad limitada laboral o no, no tienen el carácter de valor y no puede representarse por medio de título o anotación en cuenta (art. 5. 2 LSRL). Su transmisión se rige por las reglas de la cesión de créditos. La legitimación del socio no viene por ser titular de una participación sino por el documento público que acredita la condición de fundador (escritura pública de constitución) o de adquirente de una participación en el capital de la sociedad. Por ello, como exige el art. 26 LSRL, las transmisiones de participaciones tienen que constar en documento público. Los Estatutos deben recoger el número de participaciones en que se divide el capital, su valor nominal y su numeración correlativa, no tiene porqué reflejarse en las participaciones los derechos que se tienen por ser socio trabajador con contrato indefinido.

Podrían eliminarse las clases de participaciones en una sociedad laboral de responsabilidad limitada, pero no en una sociedad anónima laboral. Ello hace aconsejable mantener la distinción de clases laboral y general, aunque debería agilizarse la conversión de una clase en otra.

Si se quiere mantener la distinción sería necesario que en cumplimiento del párrafo 1º de este artículo 6, la conversión de una clase en otra fuera llevada a cabo por el órgano de administración de la sociedad cuando sea necesario, de manera que todos los títulos en poder de los socios no trabajadores fueran de la clase general, y de la clase laboral los correspondientes a los socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido.

Además, para el normal cumplimiento de estas adecuaciones a la ley es preciso que se agilice el procedimiento de conversión de los títulos, el cual podría llevarse a cabo por los administradores, bastando con presentar en el Registro Mercantil certificación del acuerdo adoptado.

Artículo 6. Clases de acciones y de participaciones.

1. Las acciones y participaciones de las sociedades laborales se dividirán en dos clases: las que sean propiedad de los trabajadores cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido y las restantes. La primera clase se denominará “clase laboral” y la segunda “clase general”. La sociedad laboral podrá ser titular de acciones o participaciones de ambas clases.

2. En el caso de “Sociedad Anónima Laboral”, las acciones estarán representadas necesariamente por medio de títulos, individuales o múltiples, numerados correlativamente, en los que, además de las menciones exigidas con carácter general, se indicará la clase a la que pertenezcan.

3.- La conversión de acciones y participaciones de clase general en laboral y viceversa, con el fin de adecuarse a lo establecido en el párrafo 1º se realizará por los administradores, sin necesidad de acuerdo de la Junta General. El cambio se realizará por acuerdo del órgano de administración y se inscribirá en el Registro Mercantil mediante certificación de dicho acuerdo.

Modificaciones al art. 7 “Derecho de adquisición preferente en caso de transmisión voluntaria “inter vivos”.-

El art. 7 regula la transmisión voluntaria inter vivos de acciones y participaciones de la clase laboral y general. En dicho artículo, a diferencia de su predecesor (arts. 7 y 8 Ley 15/86) somete a restricción tanto la transmisión de los títulos de la clase laboral como los de la clase general, y complica todavía más el procedimiento al reconocer expresamente a los trabajadores temporales un derecho preferente de adquisición, previo incluso, a la posibilidad de adquisición propia por la sociedad. El artículo merece una importante reforma por varios motivos.

En primer lugar, y en aras de favorecer su negociabilidad deberían limitarse las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones a las imprescindibles para favorecer la laboralidad de la sociedad. Con esta finalidad debería liberalizarse la transmisión de las acciones y participaciones de la clase general y la transmisión de las acciones y participaciones de la clase laboral entre trabajadores con contrato por tiempo indefinido.

Esta solución no impediría que una sociedad, si así lo cree oportuno, pueda restringir todavía más (que no impedir) la transmisibilidad de sus acciones o participaciones mediante la correspondiente limitación prevista estatutariamente.

Esta libre transmisibilidad sólo plantearía problemas a la laboralidad de la sociedad si favoreciera la concentración de poder a favor de un socio, superando con ello uno de los límites que debe cumplir la sociedad y que se contempla en el actual art. 5. 3º. La superación de estos límites pone a la sociedad en riesgo de perder la condición

de laboral por voluntad de un socio, sin ser una situación aceptada por el conjunto de los socios. Para evitar estas situaciones, sería conveniente que se notificase a la sociedad, con carácter previo a la transmisión, el número de títulos que pretenden transmitirse y la identidad del adquirente. Esta notificación sería a los solos efectos de poder impedir la transmisión si se pone en riesgo la calificación laboral de la sociedad por superación de los límites señalados.

El derecho de adquisición preferente que en la actualidad se reconoce a favor de trabajadores, socios o no, con contrato por tiempo indefinido, socios no trabajadores, trabajadores asalariados y sociedad, debería limitarse a favor de quienes pueden garantizar la laboralidad de la sociedad, esto es, los trabajadores con contrato por tiempo indefinido y la sociedad. Los demás colectivos podrían gozar de un derecho preferente si estatutariamente la sociedad en cuestión lo considera conveniente. Ello permitiría que unas sociedades pudieran reforzar su carácter cerrado dando preferencia a los ya socios, o favorecer la incorporación como socios de los trabajadores temporales.

Las limitaciones a la transmisión de acciones y participaciones de la clase laboral sólo pueden admitirse si se garantiza al socio la compra de todas las que ha comprometido en venta, no siendo necesario que la adquisición de la totalidad sea ofrecida por un solo socio.

En el caso de concurrir varios interesados a la adquisición de las acciones o participaciones ofrecidas, el legislador opta por distribuir las entre ellos por igual (párrafo 5º) a diferencia de la Ley 15/86 que optaba por la distribución en proporción inversa de su respectiva participación en el capital para los títulos laborales y a prorrata de su participación social para los títulos de la clase general (art. 8). Cualquiera de los anteriores criterios será válido en función de los intereses de la sociedad, por lo tanto, la norma debería ser dispositiva, optando por el criterio de igualdad pero permitiendo que sea la sociedad la que decida cual es el criterio que considera más adecuado a sus necesidades.

Para completar la regulación de la transmisión de acciones y participaciones de la sociedad laboral falta hacer mención al destino que deberá darse a las adquiridas por la sociedad. Estas adquisiciones que sólo pueden ser autorizadas por la junta general, tienen como objetivo favorecer la laboralidad de la sociedad, por lo que deberán enajenarse en un plazo máximo a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato

de trabajo por tiempo indefinido, y en su defecto deberán ser amortizadas mediante la reducción del capital como exige la legislación sobre sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

También se ha criticado por la doctrina, con razón, que los plazos previstos legalmente para el ejercicio del derecho de adquisición preferente son tan amplios que podrían desalentar cualquier opción de venta de las acciones o participaciones de la sociedad, se hace preciso por tanto, reducir al mínimo esos plazos.

Este artículo debería concluir con una medida que evitase la descalificación por una transmisión de acciones o participaciones entre trabajadores, entre titulares de partes de la clase general, o por cualquier otro motivo. Esta cláusula vendría a complementar la prevista en el art. 7.1 propuesto.

Por último, el art. 7, a pesar de su denominación no regula exclusivamente el derecho de adquisición preferente en caso de transmisión, sino que regula el régimen de transmisión voluntaria “inter vivos” de las acciones y participaciones de la sociedad; por tanto, por coherencia debería modificarse el título de este artículo para adecuarse a su contenido.

Artículo 7. Transmisión voluntaria “inter vivos” de las acciones y participaciones.-

1.- El titular de acciones o participaciones sociales de la clase general, salvo previsión estatutaria en contra, es libre para transmitir las a socios o terceros; y el titular de acciones o participaciones sociales de la clase laboral es libre para transmitir las a trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido, sean socios o no.

En ambos casos el transmitente deberá comunicar a la sociedad, por escrito y de modo que se asegure su recepción, el número de acciones o participaciones que se propone transmitir y la identidad del adquirente. La sociedad solo podrá oponerse si con dicha transmisión se superan los límites previstos en el artículo 1 de esta Ley.

2.- En los demás supuestos de transmisión de acciones y participaciones de la clase laboral, el transmitente comunicará además a la sociedad el precio y las condiciones de la transmisión.

El órgano de administración de la sociedad lo notificará en el plazo de 15 días desde la recepción de la comunicación, a los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido. Los trabajadores no socios podrán adquirirlas en el mes siguiente a la notificación. Transcurrido dicho

plazo, si no ofrecen adquirirlas en su totalidad, se ofrecerán las restantes a los trabajadores socios y en su defecto a la sociedad, que podrán adquirirlas en el plazo de 15 días.

3.- Cuando sean varias las personas que ejerciten el derecho de adquisición preferente, las acciones o participaciones se distribuirán entre todos ellos por igual, salvo que los estatutos establezcan otro criterio.

4.- La sociedad podrá adquirir sus propias acciones o participaciones, si así lo autoriza la Junta General, con el fin de ser enajenadas en el plazo máximo de tres años a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido, conforme se establece en los párrafos anteriores.

5.- En el caso de falta o insuficiencia del ejercicio del derecho de adquisición preferente a que se refiere el apartado 2º, el socio podrá transmitir libremente las acciones o participaciones de su titularidad, salvo que los estatutos hayan reconocido algún otro derecho preferente de adquisición.

6.- En todo caso, transcurridos tres meses a contar desde la comunicación del propósito de transmisión por el socio sin que la sociedad le ofrezca la adquisición de todas sus acciones o participaciones en venta, quedará libre aquél para transmitir las acciones o participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad. Si el socio no procediera a la transmisión de las mismas en el plazo de cuatro meses, deberá iniciar de nuevo los trámites regulados en la presente Ley.

7. La sociedad podrá oponerse a cualquier transmisión de las acciones o participaciones si con la misma se superan los límites previstos en el art. 1 de esta Ley.

Modificaciones al art. 8 “Valor razonable”.-

El precio de adquisición de las acciones y participaciones sociales es objeto de regulación por el legislador desde la Ley 15/86. En esta se establece que en caso de discrepancia el precio sería el 75% del valor real según la apreciación de un perito nombrado de común acuerdo por las partes o en su defecto por el juez (art. 9). La finalidad de tal regulación parece clara. Se quiere favorecer la adquisición por trabajadores de las acciones, evitando la especulación y tomando en consideración la existencia obligatoria de una reserva irrepartible que influye en la determinación del valor real de las acciones.

Con la aprobación de la vigente ley de 1997 ni se encuentra sentido a la existencia de una reserva irrepartible ni tampoco a que el socio transmitente recupere sólo parcialmente el valor real de su contribución patrimonial a la sociedad. Por ello el legislador modifica el régimen jurídico, distinguiendo según la transmisión proyectada

fuera de compraventa o no. En el primer caso concluye que el precio y las demás condiciones serán las convenidas y comunicadas al órgano de administración por el socio transmitente. Esta norma, ya no permite la negociación entre el transmitente y el adquirente propuesto desde la sociedad como la anterior ley, pero además acepta que pueda ser un precio especulativo. Solo en el caso de que la transmisión sea por otra causa se admite que el precio sea fijado de mutuo acuerdo y en su defecto, sea el valor real determinado por un auditor. Posteriormente, la Ley 44/2002 de 22 de noviembre modificó este precepto incorporando la referencia al valor razonable en sustitución del valor real, valor que será determinado por un auditor de cuentas distinto al auditor de la sociedad.

La norma, debería modificarse para dar más flexibilidad a los socios y permitirles facilitar el acceso de los trabajadores a la sociedad, cuyo coste económico es muchas veces la causa que impide este acceso. La norma podría modificarse recogiendo los mismos criterios de determinación del precio y de las condiciones de la transmisión presentes hoy en el art. 8 pero siempre que las partes o los estatutos de la sociedad no dispongan otra cosa.

Artículo 8. Valor razonable.

El precio de las acciones o participaciones, la forma de pago y demás condiciones de la operación serán, salvo pacto o previsión estatutaria en contra, las convenidas y comunicadas al órgano de administración por el socio transmitente.

Si la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes o el previsto estatutariamente, y en su defecto, el valor razonable de las mismas el día en que se hubiese comunicado al órgano de administración de la sociedad el propósito de transmitir. Se entenderá por valor razonable el que determine un auditor de cuentas distinto al auditor de la sociedad, designado a este efecto por los administradores.

Los gastos de auditor serán de cuenta de la sociedad. El valor razonable que se fije será válido para todas las enajenaciones que tengan lugar dentro de cada ejercicio anual. Si en las enajenaciones siguientes durante el mismo ejercicio anual, el transmitente o adquirente no aceptasen tal valor razonable se podrá practicar nueva valoración a su costa.

Modificaciones al art. 10 “Extinción de la relación laboral”.-

Este precepto contempla la situación de extinción de la relación laboral del socio trabajador exigiendo que este ofrezca sus acciones o participaciones a los demás socios y trabajadores conforme establece el art. 7 y si nadie ejercita su derecho de adquisición preferente, conservará la cualidad de socio pero sus títulos pasarán a ser de la clase general.

La norma se justifica en el afán de favorecer la laboralidad de la sociedad dando prioridad a los trabajadores, socios o no, en la adquisición de esos títulos, sin embargo, el legislador es poco preciso no imponiendo ningún plazo para ello, y remitiendo a la valoración de las acciones y participaciones conforme al valor real en lugar de al valor razonable, no admitiendo por el contrario que los socios hayan previsto la valoración o se pacte una determinada.

La propuesta de reforma que se hace al art. 10 viene a coincidir sustancialmente con la hecha por la comisión jurídica de Confesal y tiene como objetivo dar seguridad a las partes y flexibilizar el régimen de valoración de las acciones o participaciones a transmitir, en la misma línea de los artículos anteriores.

Por otra parte, este no es el único supuesto posible de transmisión forzosa de acciones o participaciones de la sociedad laboral. Por la vía del embargo o de la ejecución de una prenda constituida sobre las acciones o participaciones, es posible que acciones o participaciones de esta sociedad pasen a manos de terceros, sin respetar los derechos de adquisición preferente que contempla esta ley.

La Ley de sociedades de responsabilidad limitada, al configurar ésta como una sociedad cerrada, sí prevé en su art. 31 la posibilidad de que antes de que adquiera firmeza el remate o la adjudicación al acreedor, puedan los socios o la sociedad subrogarse en lugar del rematante o del acreedor, aceptando todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra de su importe.

Esta medida es aconsejable recogerla en la Ley de sociedades laborales, principalmente porque no la prevé la Ley de sociedades anónimas y porque así, el régimen que prevé la LSRL puede adaptarse mejor a las sociedades laborales si se estipula que la subrogación podrá ejercitarse por quienes tengan reconocido estatutariamente un derecho de adquisición preferente para la clase de acción o participación de que se trate.

La incorporación de esta regla en el artículo que comentamos obliga a modificar el título del mismo por una expresión más integradora como sería la de Transmisión forzosa de acciones o participaciones.

Artículo 10. Transmisión forzosa de acciones o participaciones.

1. En caso de extinción de la relación laboral del socio trabajador, éste habrá de ofrecer sus acciones o participaciones en el plazo máximo de tres meses desde la firmeza de la extinción de la relación laboral, conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 8. 2º, y si nadie ejercita su derecho de adquisición, conservará aquél la cualidad de socio de la clase general.

Habiendo quienes deseen adquirir tales acciones o participaciones sociales, si el socio que, extinguida su relación laboral y requerido notarialmente para ello no procede, en el plazo de un mes, a formalizar la venta, podrá ser ésta otorgada por el órgano de administración, consignando su valor a disposición de aquél bien judicialmente, en la Caja General de Depósitos o en el Banco de España.

2. Los estatutos sociales podrán establecer normas especiales para los casos de jubilación e incapacidad permanente del socio trabajador, así como para los supuestos de socios trabajadores en excedencia.

3. En el caso de embargo de las acciones o participaciones de la sociedad o de ejecución de la prenda constituida sobre las mismas, se estará a lo previsto en el artículo 31 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, con la particularidad de que las notificaciones se hagan también a los trabajadores no socios con contrato indefinido, y que el derecho de subrogación previsto pueda ejercitarse por quienes tengan conforme a los estatutos un derecho de adquisición preferente.

Modificaciones al art. 11 “Transmisión “mortis causa” de acciones o participaciones.-

El art. 11 vuelve a plantear un derecho de adquisición preferente, en caso de sucesión mortis causa, de las acciones o participaciones de la clase laboral, por lo que conviene modificar su regulación para adaptarla a los cambios propuestos en los supuestos anteriores, de forma que, prevalezca el valor pactado con los herederos o

legatarios, o el previsto estatutariamente, y en su defecto la adquisición se haga por el valor razonable, en lugar del valor real, como dice actualmente la norma.

En aras de flexibilizar la norma, se propone también que el pago del valor de estas acciones o participaciones adquiridas no sea necesariamente al contado, cuando las partes pacten un aplazamiento o éste se haya previsto estatutariamente.

Artículo 11. Transmisión «mortis causa» de acciones o participaciones.

1. La adquisición de alguna acción o participación social por sucesión hereditaria confiere al adquirente, ya sea heredero o legatario del fallecido, la condición de socio.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los estatutos sociales, en caso de muerte del socio trabajador, podrán reconocer un derecho de adquisición preferente sobre las acciones o participaciones de clase laboral, por el procedimiento previsto en el artículo 7 y por el valor que corresponda conforme al art. 8. 2º, que se pagará al contado, salvo acuerdo o previsión estatutaria en contra. El derecho de adquisición preferente deberá ejercitarse en el plazo máximo de tres meses, a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.
3. No podrá ejercitarse el derecho estatutario de adquisición preferente si el heredero o legatario fuera trabajador de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido.

Modificación al art. 12 “Órgano de administración”.

Este precepto reclama en interés de los titulares de acciones o participaciones de la clase general, que se les de participación en el órgano de administración a través de la elección de los miembros de éste por el sistema proporcional, tal y como se regula en el art. 137 LSA y el RD 821/1991, de 17 de mayo sobre nombramiento de miembros del Consejo de Administración por el Sistema Proporcional.

La norma merece un comentario crítico al imponer este sistema como obligatorio en el caso de que existan acciones o participaciones de la clase general.

Debe proponerse la supresión de la obligatoriedad de la medida. Las razones son varias. En primer lugar, no es comprensible que puedan existir acciones y participaciones de la clase general sin voto pero se exija su representación en el consejo de administración. El sistema de elección por el sistema proporcional es complejo y

costoso para las sociedades. Se impone aun en contra de la voluntad de los titulares de esta clase de acciones o participaciones. La supresión de la obligatoriedad de esta norma no impide que los socios de una sociedad anónima laboral puedan reclamar su aplicación aunque no lo prevean los estatutos, siempre que cumplan los requisitos y el procedimiento que prevé el RD 821/1991. En cambio, para que una sociedad laboral de responsabilidad limitada pudiera adoptar este sistema de representación debería preverse legalmente, conforme exige el art. 191 RRM²⁹.

Por las razones anteriormente destacadas, el artículo 12 debería modificarse, permitiendo que los estatutos previeran este sistema de representación en el nombramiento de los administradores.

Artículo 12. Órgano de administración.

Si la sociedad estuviera administrada por un Consejo de Administración, los titulares de acciones o participaciones de la clase general, podrán agrupar sus derechos de voto para nombrar a los miembros del Consejo de Administración, conforme establece el art. 137 de la Ley de Sociedades Anónimas y las normas que lo desarrollan.

Modificación al art. 13 “Impugnación de acuerdos sociales”.

Este precepto es prescindible. Desde luego, la primera parte del precepto es innecesaria, los acuerdos que adopte la Junta general son impugnables si se oponen a la ley, a los estatutos o lesionan en beneficio de uno o varios socios o de terceros, los intereses de la sociedad. Esta es una norma de aplicación general a las sociedades mercantiles (arts. 115 LSA y 56 LSRL), que no necesita reiteración en esta ley.

La segunda parte por el contrario, sí interesa conservar, establece un deber de colaboración de los jueces con el Registro de Sociedades Laborales, consistente en el deber de informar a éste de la existencia de una demanda cuya resolución pueda afectar a la composición del capital o el cambio del domicilio fuera del término municipal.

Esta segunda norma debería conservarse pero su ubicación sería más adecuada en el art. 4 que se propone dedicado al Registro administrativo de Sociedades Laborales, concretamente como apartado 6º, con anterioridad al deber de colaboración del Registro Mercantil.

²⁹ En este sentido se manifiesta Sáenz García de Albizu en op. cit. p. 184.

Modificación del art. 14 "Reserva especial".-

La existencia de la reserva especial, en el momento en que desapareció su carácter irrepartible, como vimos al inicio de esta exposición, dejó de tener sentido. No se justifica que las sociedades laborales deban constituir más reservas con el fin de hacer frente a las pérdidas que genere su actividad económica.

Es indudable que la creación e incremento de reservas es una medida que fortalece la solvencia de la empresa, su estabilidad y su continuidad, y por ello la sociedad laboral como las demás sociedades mercantiles está obligada a constituir una reserva legal a la que debe destinar el 10% de los beneficios del ejercicio, hasta que la reserva alcance el 20% del capital social (art. 214 LSA y 84 LSRL). La ampliación de estos porcentajes o la creación de nuevas reservas que ofrezcan más garantías es una medida de política empresarial conveniente; pero no debe imponerse por ley sino que deben ser los socios los que valoren su conveniencia y adopten la decisión oportuna al configurar sus estatutos sociales o a la hora de acordar el destino de los resultados del ejercicio.

Distinto sería el planteamiento si la reserva especial se destinase a facilitar el acceso de los trabajadores a la condición de socios, haciendo posible reducir el coste que para el trabajador supone adquirir esa condición. Este destino, que sí justifica la existencia de esta reserva especial, no tiene porqué ser exclusivo, y la reserva podría contribuir también a mejorar la autofinanciación de la sociedad, mediante su inversión en la explotación de la empresa, limitando de esta manera la tendencia de muchas sociedades laborales y de muchas pymes a distribuir entre sus socios la mayor parte de los rendimientos de la actividad, bien sea como sueldos o como dividendos.

Parece aceptable también la propuesta de la Comisión Jurídica de Confesal que reclama una reducción en la asignación periódica a la reserva especial, de forma que la dotación del 10 por 100 del beneficio líquido de cada ejercicio deje de ser obligatoria cuando el Fondo de Reserva Especial alcance el importe del capital social suscrito.

Artículo 13. Reserva especial. 1. Además de las reservas legales o estatutarias que procedan, las sociedades laborales están obligadas a constituir una Reserva Especial, que se dotará, al menos, con el 10 por 100 del beneficio líquido de cada ejercicio hasta que la reserva alcance el importe del capital social suscrito.

2. La Reserva Especial se destinará a facilitar el acceso de los trabajadores a la condición de socios de la sociedad, a inversiones en la explotación de la empresa, o a compensar pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin.

Modificaciones al art. 15 “Derecho de suscripción preferente”.-

Este precepto regula los supuestos de ampliación de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones. Su principal interés es reconocer el derecho de preferente suscripción o asunción por parte de los ya socios, y ceder los títulos restantes en favor de los trabajadores de la sociedad según la prelación prevista en el art. 7.

La primera modificación que exige dicho artículo es la de su título, pues el artículo no contempla solo el derecho de suscripción preferente de acciones sino también el derecho preferente de asunción de participaciones por los socios, por ello proponemos como denominación del precepto la de: “Derechos de preferencia en la ampliación de capital”.

El artículo comienza reconociendo que en toda ampliación de capital debe respetarse la proporcionalidad existente en el número de acciones o participaciones. Este principio general puede corregirse mediante la exclusión del derecho de preferencia, tal y como contempla el párrafo 4º de este artículo en relación con los arts. 159 LSA y 76 LSRL.

La norma podría ser más flexible si permitiera desde un principio que la ampliación no fuera proporcional cuando la ampliación tenga por único objetivo la adecuación del capital a los límites fijados en los artículos 1 y art. 5. 3º de la Ley. En este caso debería ser suficiente para adoptar el acuerdo de ampliación de capital la mayoría de votos presentes o representados en la junta.

Por otra parte, el apartado 3º del artículo que comentamos debería corregirse en su alusión a los trabajadores, sean o no socios. La alusión debe hacerse a los trabajadores con contrato por tiempo indefinido y no a todos los trabajadores, si como se propone,

sólo se reconoce a los primeros los derechos de preferencia en la adquisición de acciones o participaciones laborales.

Por la misma razón debería modificarse el apartado 4º cuando alude al “Plan de adquisición de acciones o participaciones por los trabajadores” debería decir por los trabajadores con contrato por tiempo indefinido.

Este precepto debería corregir además, la alusión que hace en la primera línea del apartado 4º al “derecho de suscripción preferente” en lugar de al derecho de preferencia, sea de suscripción de acciones o de asunción de participaciones.

Artículo 14. Derechos de preferencia en la ampliación de capital.

1. En toda ampliación de capital con emisión de nuevas acciones o con creación de nuevas participaciones sociales, deberá respetarse la proporción existente entre las pertenecientes a las distintas clases con que cuenta la sociedad, excepto cuando el aumento de capital tenga como objeto la acomodación a que se refiere el artículo 1. 3º. En este caso, el aumento de capital podrá adoptarse por acuerdo de la mayoría de votos presentes o representados en la Junta.

2. Los titulares de acciones o de participaciones pertenecientes a cada una de las clases, tienen derechos de preferencia para suscribir o asumir las nuevas acciones o participaciones sociales pertenecientes a la clase respectiva.

3. Salvo acuerdo de la Junta General que adopte el aumento del capital social, las acciones o participaciones de la clase laboral no suscritas o asumidas por los socios, se ofrecerán a los trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la forma prevista en el artículo 7.

4. La exclusión del derecho de preferencia se regirá por la ley respectiva, según el tipo social, pero cuando la exclusión afecte a las acciones o participaciones de la clase laboral la prima será fijada libremente por la Junta General siempre que la misma apruebe un Plan de adquisición de acciones o participaciones por los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido, y que las nuevas acciones o participaciones se destinen al cumplimiento del Plan e imponga la prohibición de enajenación en un plazo de cinco años

Modificaciones al art. 16 “Pérdida de la calificación”.-

En coherencia con las reformas propuestas anteriormente, la única causa de pérdida forzosa de la calificación como sociedad laboral debería ser la superación de los límites que impone la ley al control de la sociedad, y que vendrían establecidos en el

propuesto art. 1, esto es, que la mayor parte de los derechos de voto estuvieran en manos de quienes no son trabajadores con contrato por tiempo indefinido, y que algún socio tuviera más de la tercera parte de esos derechos o el 50% o más en el caso de entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, de capital riesgo, no lucrativas, o de economía social.

Procede por tanto suprimir como causa de pérdida de calificación la actualmente vigente consistente en la superación de los topes de plantilla externa de trabajadores con contrato indefinido, ya que el acceso a la condición de socio por estos no puede ser un deber sino un derecho, de manera que la falta de vocación societaria de los trabajadores indefinidos externos no puede llegar hasta el punto de generar despidos para evitar tales consecuencias sobre la propia existencia de la sociedad como tal, como ocurre en muchas ocasiones. En todo caso ha de ofrecerse a los trabajadores con contrato indefinido el derecho de suscripción de acciones o participaciones, pero sin que su negativa acarree efectos laborales ni societarios. En este sentido se propone en el artículo 13 (Derechos de preferencia en la ampliación de capital) que se prevea que salvo acuerdo de la Junta General que adopte el aumento del capital social, las acciones o participaciones no suscritas o asumidas por los socios de la clase respectiva se ofrecerán a los trabajadores **con contrato por tiempo indefinido**, en la forma prevista en el artículo 7 según el cual en el caso de que ningún trabajador con contrato por tiempo indefinido, o la sociedad, haya ejercido el derecho de adquisición preferente a que se refiere el apartado 2º, el socio podrá transmitir libremente las acciones o participaciones de su titularidad, salvo que los estatutos hayan reconocido algún otro derecho preferente de adquisición.

La dotación de una reserva especial, en la medida que potencia la solvencia de la sociedad, podría incentivarse como proponemos, pero la falta de dotación o dotación insuficiente de la misma, no justifica que sea causa de pérdida de la condición laboral de la sociedad.

Si se optase por la no supresión de limitar el número de trabajadores fijos no socios, esta medida debería incorporarse como causa de descalificación de la sociedad, antes que como elemento esencial de la sociedad.

La actual Ley de sociedades laborales no prevé que los socios de una sociedad laboral puedan voluntariamente, tal y como acordaron su calificación como laboral, acordar su descalificación. Sólo se prevé la descalificación como sanción ante el incumplimiento de ciertas condiciones legalmente previstas. Por ello entendemos que es necesario regular el supuesto para exigir las mayorías necesarias y reconocer el derecho de separación del socio disconforme.

Por último, y por razones de sistemática, lo dispuesto en el apartado 4º del artículo 16 pasa al correspondiente a los requisitos para disfrutar del régimen de beneficios tributarios.

Artículo 15. Pérdida de la calificación.

1. Será causa legal de pérdida de la calificación como “Sociedad Laboral”, la superación de los límites establecidos en el artículo 1 de esta Ley³⁰.
2. Verificada la existencia de causa legal de pérdida de la calificación, el Ministerio de Trabajo o el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma competente, y cumplidos, en su caso, los plazos previstos en esta Ley para que desaparezca, requerirá a la sociedad para que elimine la causa en plazo no superior a seis meses.
3. Transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior, si la sociedad no hubiera eliminado la causa legal de pérdida de la calificación, el Ministerio de Trabajo o el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma competente, dictará resolución acordando la descalificación de la sociedad como sociedad laboral y ordenando su baja en el Registro de Sociedades Laborales. Efectuado el correspondiente asiento, se remitirá certificación de la resolución y de la baja al Registro Mercantil correspondiente para la práctica de nota marginal en la hoja abierta a la sociedad.
4. La sociedad también perderá la calificación de laboral por acuerdo de la Junta General adoptado con los requisitos y las mayorías establecidas para la modificación de los estatutos. Los socios titulares de acciones o participaciones de la clase laboral, que no hubieran votado a favor del acuerdo tendrán derecho a separarse de la sociedad, conforme establece el artículo 95 y siguientes de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

³⁰ Opcionalmente podría añadirse a continuación: “También perderá esta calificación cuando se constate que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido superan las realizadas por los socios de la misma, salvo que se hayan negado explícitamente a ser socios o la situación haya sido autorizada temporalmente por la autoridad competente”.

Modificación del Capítulo II. “Régimen tributario”.

Se modifica la numeración de los artículos por razones sistemáticas, lógicas y de técnica jurídica. En efecto, se considera más adecuado enumerar en el primero de los artículos dedicados al régimen tributario los distintos requisitos necesarios para acceder al régimen, y posteriormente, exponer éste. Por lo tanto, los requisitos aparecerían en el art. 17, y el régimen fiscal, en el 18. En este último, además, se diferenciarían los relacionados con el ITP/AJD, que se mantienen básicamente, aunque con modificaciones, de los propuestos para el Impuesto sobre Sociedades, que pasan a incluirse en la ley, por razones de claridad y seguridad jurídica. Además, se añade un nuevo artículo, el 19, con el régimen de los trabajadores inversores en la sociedad, y de los promotores.

Veamos la modificaciones propuestas para los preceptos actualmente vigentes:

Modificación del art. 19 “Beneficios fiscales”

La propuesta supondría añadir un apartado al artículo 19 y cambiarle el título, para poder incluir los beneficios fiscales que se proponen en el Impuesto sobre Sociedades, e incluir la libertad de amortización. En el apartado 1 se enumerarían sólo los de ITPAJD, reservando el resto de apartados para los beneficios en el Impuesto sobre Sociedades.

La primera crítica que puede realizarse del art. 19 de la ley actual es que no constituye un régimen fiscal, lo que supone una oportunidad perdida para estimular eficazmente esta forma social y los objetivos que cumple³¹. La segunda, que técnicamente resulta deficiente, ya que encontramos cláusulas que superponen sus efectos, inducen a confusión, etc. La tercera, y quizá más importante, es que no

³¹ Ya señala que no constituye un régimen tributario DE LA PEÑA VELASCO,G. “Régimen tributario de las Sociedades Laborales”, en AAVV *Régimen jurídico de las Sociedades laborales (ley 4/1997), Tirant lo Blanch, 1997, pág. 176*; VALPUESTA GASTAMINZA,E./BARBERENA BELZUNCE,I. *Las sociedades laborales. Aspectos societarios, Laborales y fiscales*. Aranzadi.págs. 207 constata además, que “...dicha ley representa una oportunidad perdida en orden al establecimiento de un régimen fiscal para las sociedades laborales más acorde tanto con el fin que con él se pretende alcanzar (contribuir a la promoción y desarrollo de este tipo de sociedades, según proclama su Exposición de Motivos), como con los motivos que lo justifican (la finalidad social, además de económica, que la creación y existencia de estas sociedades lleva consigo, también en palabras de su Exposición de Motivos).”

consigue el objetivo que la Exposición de Motivos le supone: incentivar la “finalidad social, además de la económica, que su creación y existencia lleva consigo.”

Técnicamente, presenta las siguientes imperfecciones:

En el apartado A) del precepto, se establece la exención en la modalidad Operaciones Societarias del Impuesto, para la constitución, ampliación de capital y transformación de SAL ya existentes en SLL, así como en la adaptación de las SAL existentes a los preceptos de la ley. Dos cuestiones sobre el precepto:

En primer lugar, sería conveniente introducir en la exención la aportación de los socios para reponer pérdidas sociales, que tiene el mismo significado económico que la ampliación de capital³².

En segundo lugar, la transformación no constituye un hecho imponible de la modalidad Operaciones Societarias, ni tampoco de AJD, tras la STS³³ de 3 de noviembre de 1997³⁴, lo que seguramente constituye un desliz de la ley³⁵. Amén de que la adaptación de la sociedad a la nueva ley no sería transformación societaria, sino modificación de Estatutos que sí podrían someterse a esta última modalidad, donde no estaría exenta.

Por dicha razón, resulta asimismo inútil la bonificación del 99%, prevista en el apartado C) del artículo, en AJD de la transformación de SAL en SLL o viceversa. Sin embargo, la transformación de una sociedad no laboral en laboral podría estar sometida a AJD porque no es técnicamente transformación (art. 4.4. ley 4/97), sino modificación de estatutos. En cambio, resulta perfectamente lógico y adecuado beneficiar en AJD los préstamos destinados a inversiones en activos fijos necesarios para el desarrollo del objeto social.

Por último, en el caso de la bonificación del 99% en la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas para la adquisición de elementos de la empresa de la que procedan la mayoría de los trabajadores, cabe señalar que con toda probabilidad, el precepto sólo surtirá efecto respecto de los inmuebles. En efecto, en principio, la

³² En ese sentido, VALPUESTA GASTAMINZA,E./BARBERENA BELZUNCE,I. *Las sociedades laborales. Aspectos societarios, Laborales y fiscales*. Aranzadi, pág. 214.

³³ STS: Sentencia del Tribunal Supremo

³⁴ RJ 1997, 8252. Por razón de su incompatibilidad con la Directa 69/335CEE, como declaró también el TJCE en su Sentencia de 5 de marzo de 1998, Solred, as. C-347/96.

³⁵ DE LA HUCHA CELADOR ,F “Beneficios fiscales de las sociedades laborales”, en AAVV *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles, Tomo XV, Sociedades Laborales*, Civitas, 2000, pág. 337, considera posible que se trate de un desliz y un error técnico. En ese sentido, CALVO VERGEZ,J. en “Sociedades laborales: consideraciones tributarias”, en la *VVAA Fiscalidad de las Entidades de la Economía social*, Thomson civitas, 2005, pág. 382 nota 442.

adquisición de elementos empresariales está sujeta al IVA, y no al ITP/TPO, en cuyo caso resultará compatible con el AJD, para el que no se prevé exención ni bonificación.

Ahora bien, si la transmisión cumple los requisitos del art. 7.1 LIVA (básicamente, transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial), estará no sujeta a dicho impuesto, y tampoco a TPO, salvo por lo que respecta a los inmuebles. En cambio, si no cumple dichos requisitos, se someterá al IVA. En este caso, sólo podrían sujetarse al TPO, en su caso, los posibles inmuebles exentos de IVA por segunda transmisión o ulteriores, etc., salvo que se haya renunciado a la misma (arts. 20.1.20 a 20.1.22 LIVA). Por lo tanto, el efecto de la bonificación es muy limitado³⁶.

Por otra parte, no se entiende la razón de que se bonifique la compra de estos inmuebles y no la de cualesquiera otros necesarios para la puesta en marcha de la empresa. En efecto, si en un primer momento, como es sabido, la figura cumplió sobre todo un importante papel en la reestructuración de empresas en crisis, en la actualidad desarrolla especialmente una función en la creación de empresas muy específica: permite la concentración de capital de trabajadores autónomos, y facilita la sucesión de empresas pequeñas y de capital familiar. Es decir, se generan, especialmente desde que la reforma producida con la ley 4/1997 permitió las SLL, sociedades laborales no derivadas de empresas en crisis, sino como forma de crecimiento de empresas unipersonales³⁷.

Por lo tanto, se propone eximir la compra de los inmuebles necesarios en el primer momento de la puesta en funcionamiento de la sociedad, durante un período de dos años desde su constitución o calificación. Con la condición de mantener los mismos en el patrimonio de la sociedad durante un periodo de cuatro años desde su adquisición, como mecanismo para proteger el cumplimiento del fin social que genera el beneficio, y evitar el posible fraude. Mecanismo, por otra parte, muy utilizado en el resto del sistema tributario cuando se establecen beneficios fiscales ligados a la adquisición de activos. El período fijado – 4 años- se hace coincidir con el actual período de prescripción.

El texto, pues, quedaría como sigue:

“Art. 18. Beneficios fiscales de las sociedades laborales.

³⁶ Así lo pone de manifiesto CALVO VERGEZ, J. en “Sociedades laborales: consideraciones tributarias”, en la VVAA *Fiscalidad de las Entidades de la Economía social*, Thomson civitas, 2005, pág. 388.

³⁷ Véase sobre el tema PEREZ PEREZ “Las nuevas SAL, entre el fomento del empleo y el salvamento de las empresas en dificultad”, *Actualidad Financiera*, 1988, vol. I, pág. 850; ESCUELA DE ESTUDIOS COOPERATIVOS, “Situación y perspectivas de las sociedades laborales en España”, Sociedad Cooperativa, nº 9, octubre 2004, págs. 6 y ss.

Las sociedades laborales que cumplan los requisitos enumerados en el art. 20 disfrutarán de los siguientes beneficios fiscales:

1. Las siguientes operaciones estarán exentas en cualquiera de las modalidades del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, excepto del gravamen fijo de la modalidad Actos Jurídicos Documentados:
 - a) Constitución, fusión, ampliación de capital y aportación de los socios para reponer pérdidas de las sociedades laborales,
 - b) Modificación estatutaria o transformación para adquirir la condición de Sociedad Anónima Laboral o Sociedad Limitada Laboral, o para adaptar sus Estatutos a la presente ley,
 - c) Constitución de préstamos, incluso los representados por obligaciones y bonos, y los bonos convertibles en acciones para los trabajadores, cuyo importe se destine a la adquisición de activos fijos para la explotación empresarial de las sociedades laborales,
 - d) Adquisición de inmuebles durante los dos primeros años de funcionamiento de la sociedad laboral, desde su constitución o calificación. La exención se condiciona al mantenimiento de los mismos en el patrimonio de la sociedad durante un período de 4 años desde su adquisición.

Además, habría que incluir en el precepto los beneficios propuestos en el Impuesto sobre Sociedades. Actualmente, el único beneficio previsto en el IS es la libertad de amortización para los elementos de inmovilizado adquiridos durante los 5 primeros años desde su calificación, ubicado en el Decreto Legislativo 4/2004, regulador del impuesto sobre Sociedades.

Nosotros, en cambio, consideramos que puede hacerse un uso muy eficaz de los incentivos en este impuesto para mejorar los resultados de las sociedades laborales en términos de productividad y cohesión social, dejando a la acción voluntaria de estas Entidades el disfrute de beneficios fiscales, en la medida en que cumplan objetivos de interés general.

En primer lugar, como incentivo que podría enmarcarse en los relativos a la constitución y puesta en funcionamiento, propondríamos la exención de los pagos fraccionados durante los ejercicios iniciados durante los primeros dos años desde la constitución de la sociedad, estableciendo así un régimen similar al previsto para la Sociedad Limitada Nueva Empresa en la D.A.13ª de la ley 7/2003.

En segundo lugar, el régimen permanente o indefinido propuesto para estas sociedades gira, sobre todo, en torno al cumplimiento de sus objetivos, especialmente la autofinanciación social y la participación de los trabajadores en el capital de la

sociedad, coordinando ambos: se incentiva la autofinanciación, pero en clara relación con la actividad de la sociedad tendente a facilitar el acceso de los trabajadores al capital. Lo que se plasma, tanto en los requisitos para el disfrute, como en el mismo diseño de los incentivos.

Así, el requisito previsto en el proyectado art. 17.2 – la dotación del 10% de los beneficios al FRE- intenta asegurar que la sociedad ha realizado a su vez un esfuerzo de autofinanciación, amén de la financiación estatal que supone la existencia de beneficios fiscales en los ejercicios de disfrute. Ahora bien, gozar de estos beneficios implica dotar dicha reserva por su importe en los ejercicios en que se disfrute, con lo que se garantiza, por un lado, que la liquidez obtenida con los beneficios fiscales no se reparte en forma de dividendos, sino que se queda en la sociedad. Por otro lado, que permanezca en un fondo destinado, parcialmente, a facilitar el acceso de los trabajadores al capital social, con lo que en alguna medida, dicho beneficio consigue, no sólo facilitar la inversión, sino asimismo, dicha participación.

Los beneficios fiscales propuestos serían dos: la deducción por reinversión de beneficios y la libertad de amortización.

La deducción en la Base Imponible de las cantidades efectivamente invertidas en el ejercicio en activos fijos destinados a la actividad (no los de mera inversión) en un porcentaje que intenta reflejar la participación de los trabajadores en el capital social, que es un mecanismo similar a la dotación a la provisión por inversiones francesa de un porcentaje de las cantidades destinadas a participación de los trabajadores en los beneficios³⁸.

³⁸ La normativa francesa prevé los siguientes sistemas de participación en beneficios:

- 1) “Participation”: Se trata de una distribución diferida de participación en los resultados, obligatorio para empresas de más de 50 trabajadores, desde 1994 (antes era para mayores de 100 trabajadores), que fue implementado en 1967. La participación en los beneficios se fija de antemano y se abona a una reserva especial. Es un plan “broad-based”: debe cubrir a todos los trabajadores con más de 6 meses en la empresa. Tiene límites cuantitativos.
- 2) “Interessement”: es voluntario, y consiste en la participación de beneficios en metálico. Los beneficios fiscales se dan si la participación se congela en un fondo de ahorros de la empresa o se abona en un plan de ahorros de la empresa (plan d’épargne d’entreprise, PEE), donde se bloquea durante 5 años. Debe introducirse por convenio colectivo.
- 3) Sistemas de ahorro empresarial (PEE): Facilitan el acceso al accionariado de los asalariados y permite reforzar los fondos propios de las empresas. El Fondo puede recibir:
 - i. Contribuciones voluntarias de los trabajadores, normalmente de la participation o del interessement (hasta un 25% del salario bruto)
 - ii. Participación de las empresas, libre de impuestos y seguridad social (“abondement”)
 - iii. Acciones ofrecidas por la empresa a sus empleados con un 20% de descuento. Para estar libre de impuestos las acciones deben permanecer 5 años en el Fondo.

En efecto, entre las ventajas fiscales (art. 237 bis A del *Code General des Impôts*) que se prevén en relación con los sistemas de participación en beneficios de los trabajadores, está este mecanismo específicamente dirigido a la realización de inversiones. Las empresas pueden realizar una dotación a una provisión para inversiones de un porcentaje de la cantidad que la empresa abona de beneficios de forma voluntaria (aquellas que son adicionales a las obligatorias a la reserva especial de participación, o las que son puramente voluntarias, como el *interéssément*, o el *abondement*). Porcentaje que depende de cada caso, pero que oscila entre el 50%, en la mayoría de los casos, y el 100%, para las cooperativas³⁹. Debe tenerse en cuenta que la mayor parte de la participación en beneficios se utiliza para comprar acciones de la empresa, y sirve por tanto de soporte para el acceso al capital de los trabajadores. Esta provisión vuelve a ser ingreso de la BI si no es utilizada en 2 años para la adquisición o creación de inmovilizado.

En efecto, al igual que dicha provisión, la deducción propuesta constituye una medida que mejora fiscalmente el tratamiento de las inversiones en proporción a la dotación por la sociedad de fondos destinados a facilitar el acceso de los empleados al capital social. Ha debido modificarse su estructura, sin embargo, porque en aras de la simplicidad, y de establecer un régimen que no resulte excesivamente costoso en términos económicos y de gestión, no se impone a las sociedades laborales establecer un mecanismo similar a la Reserva especial de participación, o el plan de ahorro empresarial. Obsérvese que dicho régimen en Francia es únicamente obligatorio para las empresas de más de 50 trabajadores, montante muy alejado de la media que se maneja para las sociedades laborales españolas. En efecto, éstas han aumentado en número, pero disminuido en tamaño desde que pueden ser Sociedades de Responsabilidad

³⁹ En efecto, las aportaciones a la RSP realizadas adicionales a las obligatorias, y que resultan deducibles en la Base imponible, dan lugar a la posibilidad de dotar una provisión para inversiones igual al 50% del importe de dichas aportaciones. Lo mismo ocurre en relación con las aportaciones por el *acuerdo de intéressement*. La dotación de esta provisión se prevé también para otros supuestos: A) Las Sociedades anónimas de participación obrera pueden constituir libre de impuestos una provisión para inversiones de un importe del 50% de las sumas destinadas a la reserva especial de participación en el ejercicio y que han sido deducidas de la BI. El importe será del 75% cuando las empresas afecten a una reserva no repartible una suma igual al 25% de la reserva especial. En caso de disolución esta reserva sólo podrá ser repartida entre los poseedores de acciones de trabajo. B) En las Cooperativas obreras de producción: la dotación a la provisión por inversiones será del 100%.

Además, las empresas pueden dotar libre de impuestos a la provisión para inversiones el 25% de los pagos complementarios realizados al PEE (“*abondement*”) (art. L443-1-2 código trabajo). El porcentaje será del 50% para los pagos realizados en títulos que den acceso al capital de la empresa.

Limitada (la media, en 2004, era de unos 3,5 socios y 6 trabajadores⁴⁰). Pero su espíritu es el mismo y sus efectos económicos similares: temporalmente, es lo mismo dotar una provisión en el ejercicio en que se obtiene el beneficio, que deducir en la base imponible el importe de dicho beneficio. Igualmente, se condiciona a que la inversión se produzca en el plazo de dos años. Por otra parte, el porcentaje (dependiente del nivel de trabajadores que sean socios), y la dotación del importe a una reserva parcialmente afectada a la adquisición de participaciones por los trabajadores constituyen cláusulas de similar peso a la relación que en el régimen francés se hace del importe de la dotación al montante de las dotaciones a la Reserva Especial de Participación (REP).

Con este tratamiento se conseguiría mejorar la autofinanciación de la empresa a través de la reinversión de sus beneficios, pero asimismo condicionando este resultado al porcentaje en que sus trabajadores son, asimismo, socios de la empresa, constituyendo, desde nuestro punto de vista, un incentivo fortísimo para que la sociedad laboral esté interesada en facilitar el acceso de sus empleados al capital de la sociedad.

La libertad de amortización, por otra parte, aunque no constituye ahorro neto de impuesto, sino únicamente diferimiento del mismo, ha constituido uno de los mecanismos fiscales que más han incentivado la puesta en funcionamiento de las SL. Sin embargo, la limitación a los elementos adquiridos en los primeros 5 años la convierte en insuficiente: es un beneficio que, al permitir mayor liquidez los primeros años desde la inversión, hace ésta más segura y menos arriesgada, incentivándola.

Debe tenerse en cuenta, además, que ambos beneficios están condicionados a la dotación de su importe a la Reserva Especial. La idea es, desde luego, garantizar que el importe de los beneficios permanece, al menos durante el ejercicio en la empresa y se utiliza para inversiones; inversiones que, a su vez, dotarán de solidez una eventual y futura ampliación de capital que podría utilizarse para facilitar a los trabajadores el acceso al mismo, mejorando la disponibilidad de acciones y participaciones. En el caso de la libertad de amortización, esta condición adquiere una relevancia especial, puesto que la sociedad únicamente consigue, como hemos indicado, diferimiento de impuesto, pero las dotaciones realizadas al Fondo durante los ejercicios de aplicación del beneficio, son definitivas.

⁴⁰ Vid. "Situación y perspectivas de las sociedades laborales en España", *Sociedad cooperativa*, nº 9, octubre de 2004, pags. 8 y 9.

Propondríamos, pues, modificar el tenor del art. 11.2.a) del TR 4/2004, regulador del Impuesto sobre Sociedades, en el siguiente sentido:

“Art. 11. Correcciones de valor: amortizaciones.

...

2. Podrán amortizarse libremente:

- a. Los elementos de inmovilizado material e intangible de las sociedades anónimas laborales y de las sociedades limitadas laborales afectos a la realización de sus actividades, en los términos previstos en el art. 18.3 de su ley reguladora.

....”

Y añadir los apartados 2 y 3 al proyectado artículo 18:

“Art. 18. Beneficios fiscales de las sociedades laborales.

Las sociedades laborales que cumplan los requisitos enumerados en el art. 20 disfrutarán de los siguientes beneficios fiscales:

....

2. No tendrán la obligación de efectuar los pagos fraccionados a que se refiere el artículo 45 del Decreto Legislativo 4/2004, regulador del texto refundido del Impuesto sobre Sociedades, a cuenta de las liquidaciones correspondientes a los períodos impositivos iniciados en los dos primeros años desde su constitución o calificación.

3. En el impuesto sobre Sociedades, podrán disfrutar, además de los siguientes incentivos:

- a) Los beneficios reinvertidos en elementos de inmovilizado podrán deducirse de la Base Imponible en el ejercicio de su obtención, si se reinvierten en elementos de inmovilizado en un plazo no superior a dos años desde el final del ejercicio. El porcentaje de dicha deducción será el resultante de dividir la suma del número de horas- año de trabajo realizado en el ejercicio por los socios trabajadores, por el total de horas-año trabajadas por los socios trabajadores y los trabajadores indefinidos.

Un importe equivalente a dicha deducción deberá dotarse a la Reserva especial regulado en el art. 12 de esa ley, en el ejercicio en que se disfrute, o en los dos siguiente.

- b) Los elementos de inmovilizado material e intangible contemplados en el art. 11.4 del Texto refundido de la ley del Impuesto sobre Sociedades disfrutarán de libertad de amortización, siempre que se realice una dotación adicional a la Reserva especial prevista en el art. 12 por un importe equivalente al exceso del gasto considerado deducible sobre la amortización contable.

En relación con el tipo de gravamen, varias razones justifican su fijación en un 20% para los supuestos previstos en el proyectado art. 17.3:

En primer lugar, el tipo de gravamen de las PYME es de 25% en su primer tramo. Ahora bien, las SL además de un régimen societario que hace que la mayoría de su capital social (o al menos, sus derechos de voto) estén en manos de trabajadores, y que además tengan un plan de acceso de los trabajadores al capital social al que destinan al menos el 25% a la Reserva Especial, cumplen funciones sociales mucho más intensas que el resto de pequeñas empresas. Por lo tanto, un tipo del 20% parece justo y adecuado.

En segundo lugar, se trata de una estrategia incentivadora en la línea recomendada por la Comisión Europea en su Comunicación de 2002 (COM (2002) 0364 final), ya que el tipo de gravamen especial se une a un sistema de participación de los trabajadores que cumple los principios establecidos en dicha Comunicación. Planes para los que, según la Comisión, (apartado 5.1 Desarrollo de un entorno favorable para la participación financiera), "...será importante que los Estados miembros se esfuercen aún más por crear un entorno jurídico y fiscal favorable...".

A lo que se añade "...teniendo en cuenta las disposiciones del Tratado relativas a las ayudas de Estado y las políticas de la UE sobre competencia fiscal perniciosa. A este respecto, los principios generales de la participación financiera destacados anteriormente ofrecen orientación y sirven de directrices." Por lo tanto, la indicación de la Comunicación es muy valiosa porque sugiere con claridad que los planes que cumplan los principios indicados, como el que se propone, serán considerados "razonables", en el sentido de adecuados para cumplir los objetivos comunitarios, en una eventual evaluación como ayuda de Estado de los incentivos fiscales a él adheridos.

En relación con la necesaria proporcionalidad de la medida, deben tenerse en cuenta dos elementos:

El primero, que la dotación a la Reserva supondrá parcialmente una pérdida patrimonial definitiva, y en el resto será irrepartible en forma de dividendos. En este sentido, hay que señalar que si dicho tipo de gravamen supone una bajada de un 5%, sólo la mitad ya ha sido "donada" a los trabajadores (efectivamente, el 2,5% de los beneficios anuales se destinarán a dotar las partidas de dicho plan), y el doble (el 10%), dotado a la reserva, en los ejercicios en que deba realizarse dicha dotación. Con lo que con esta rebaja del tipo de gravamen el Estado contribuiría, a lo sumo, con un 2,5% del beneficio imponible. Pero además, el resto de la misma tampoco será repartible en forma de dividendo, disminuyendo el atractivo de la sociedad para los inversores de capital, dado que rebajará su nivel de rentabilidad inmediata, lo que implica un

handicap para la sociedad en relación con su competitividad que justifica una actuación del legislador para corregir la deficiencia del mercado.

El segundo, que a pesar de la irrepartibilidad inmediata del 75% del Fondo, y la pérdida definitiva por parte de los socios del 25%, su dotación no supondrá un gasto deducible; constituyendo únicamente un gasto cuando financie efectivamente la adquisición o suscripción de acciones por los trabajadores (proyectado art. 18.5), con lo que, en el ejercicio de su dotación, contribuirá a la formación de la Base imponible, resultado claramente penalizador de la forma social.

Precisamente, se ha optado por aplicar un tipo de gravamen especial, y no por calificar de deducibles las dotaciones al Fondo, en todo o en parte, para evitar la necesidad de establecer un régimen, necesariamente más rígido y dirigido al futuro, de requisitos para que las dotaciones fueran deducibles. La deducibilidad de las cantidades se intenta reservar para aquellas *efectivamente* destinadas a dicho fin (que pueden ser superiores al 25% del fondo), en el ejercicio en que pasan a formar parte del patrimonio del trabajador, de forma análoga a la regulación de la tributación de las aportaciones empresariales a los Fondos internos para pensiones (art. 19.5 TRLIS).

Sin embargo, la rebaja del tipo de gravamen permite beneficiar en alguna medida a las sociedades que opten por establecer dicho plan desde su inicio, siempre que el mismo tenga unas condiciones de estabilidad garantizadas por su establecimiento en Estatutos. Con lo que se incentiva el establecimiento de la Reserva y del plan de adquisición de acciones.

Propondríamos pues añadir un apartado 4 al proyectado artículo 18, del siguiente tenor:

“Art. 18. Beneficios fiscales de las sociedades laborales.

Las sociedades laborales que cumplan los requisitos enumerados en el art. 17 disfrutarán de los siguientes beneficios fiscales:

....

4. Para las sociedades laborales que cumplan los requisitos establecidos en el art. 17.3, el tipo de gravamen aplicable será del 20%.”

Por último, para incentivar la participación de los trabajadores en beneficios de la sociedad en forma de entrega de acciones o de ayudas para la adquisición de éstas, se hace necesario evitar los efectos secundarios derivados de los arts. 14 y 15 del TRLIS, en cuya virtud, las pérdidas derivadas de dichas entregas o ayudas pecuniarias no constituirían gasto deducible. Debiendo integrar la sociedad en su Base imponible,

además, en el caso de entrega de acciones, la diferencia entre el valor de entrega y el valor de mercado. Por ello, añadimos un apartado 5 al artículo 18, no sometiendo su aplicación a requisito alguno referente a la dotación de la Reserva especial, puesto que se trata de no penalizar las actividades tendentes a financiar la participación de los trabajadores fuera de un plan preestablecido, o para las sociedades que no han incorporado dicha Reserva especial en sus Estatutos.

“Art. 18. Beneficios fiscales de las sociedades laborales.

Las sociedades laborales que cumplan los requisitos enumerados en el art. 17 disfrutarán de los siguientes beneficios fiscales:

....

5. La entrega de acciones o participaciones de la sociedad, directamente o a través de opciones o cualquier otro instrumento, a los trabajadores indefinidos por parte de la sociedad gratuitamente o por precio inferior al de mercado, no se considerará donativo, siempre que se corresponda con una política retributiva de la sociedad enmarcada en un plan de adquisición de acciones o participaciones por los trabajadores, que abarque a todos los de dicha categoría y se respeten los límites de participación en el capital establecidos en el art. 1 de esta ley.

En los mismos términos, constituirán gasto deducible las cantidades aportadas por la sociedad para facilitar la adquisición de acciones o participaciones por dichos trabajadores.”

Modificación del art. 20 “Requisitos”

Como hemos indicado, nosotros pasaríamos el contenido de este artículo al número 17, abriendo el Capítulo de la ley correspondiente al tratamiento tributario. Ya en relación con su contenido, veamos por separado los requisitos que establece:

A) Tener la calificación de “Sociedad Laboral”

En efecto, para el disfrute de los beneficios fiscales, hace falta que se obtenga la calificación y que no se haya incurrido en alguna de las causas legales de pérdida de la misma, contempladas en el actual art. 16 de la ley 4/1997.

Estas causas, en la redacción actual, son:

1) Exceder los límites de los artículos 1 y 5.3:

El art. 1 establece un doble límite, en relación con la participación de los trabajadores en el capital:

- i. Que la mayoría del capital social sea propiedad de los trabajadores que presten en ella servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido,
- ii. El número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios, no podrá ser superior al 15 por 100 del total de horas-año trabajadas por los

socios trabajadores. Si la sociedad tuviera menos de veinticinco socios trabajadores, el referido porcentaje no podrá ser superior al veinticinco por ciento del total de horas-año trabajadas por los socios trabajadores. Para el cálculo de estos porcentajes no se tomarán en cuenta los trabajadores con contrato de duración determinada.

El art. 5.3 impone: “Ninguno de los socios podrá poseer acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social, salvo que se trate de sociedades laborales participadas por el Estado, las comunidades Autónomas o las sociedades públicas participadas por cualquiera de tales instituciones, en cuyo caso la participación de las entidades públicas podrá superar dicho límite, sin alcanzar el 50 por 100 del capital social. Igual porcentaje podrán ostentar las asociaciones u otras entidades sin ánimo de lucro.”

- 2) Falta de dotación, dotación insuficiente o aplicación indebida del Fondo Especial de Reserva.

Ahora bien, en la propuesta de reforma, dichos artículos se modifican, y se elimina el número de horas-año trabajadas por trabajadores contratados con contrato indefinido en relación con las trabajadas por socios. Por otra parte, la falta de dotación del Fondo Especial de reserva pierde su carácter de causa de pérdida de la calificación. Permanece por tanto, como única causa de pérdida la superación de los límites para el control de la sociedad, establecidos en el propuesto art. 1. Por lo tanto, se hace necesario realizar los correspondientes ajustes y adaptaciones en la norma fiscal, y deberemos hacer referencia al resto de requisitos que se exigían en la norma actualmente vigente.

En primer lugar, parece lógico exigir como requisito para el disfrute de cualquier beneficio fiscal dirigido a un tipo jurídico determinado – en este caso las sociedades laborales- que se disfrute legítimamente de tal condición. Por tanto, propondríamos que en el art. 17 se mantuviera como requisito la calificación de laboral de la sociedad.

Ahora bien, este requisito no se cumpliría nunca en el supuesto de constitución de la sociedad, ya que el hecho imponible de la modalidad de operaciones societarias se devenga con la Escritura de constitución (art. 93.1º del RITPAJD), y la aportación de ésta resulta necesaria para la solicitud de la calificación (art. 2.2. ley 4/1997). Por ello, resulta aconsejable prever que pueda cumplirse de forma sobrevenida, aplicando la exención provisionalmente y dejando un plazo para que pueda producirse el acto de calificación.

Debe tenerse en cuenta que con la actual redacción, los efectos de la pérdida de dicha calificación, en virtud de lo dispuesto en el actual y en el propuesto art. 16.4 de la ley, se manifiestan en lo siguiente: si la sociedad pierde la calificación durante los primeros 5 años de su vida, pierde sobrevenidamente el disfrute de los beneficios fiscales. Con lo que parece que deberá proceder a la devolución de los mismos.

En cambio, después de esos 5 primeros años, y en virtud del actual art. 20, basta con que en el ejercicio del hecho imponible obtenga la calificación (y cumpla el resto de requisitos) para disfrutar de los beneficios fiscales. Por otra parte, si la perdiera, sólo perdería los beneficios fiscales hacia el futuro⁴¹.

En línea de principio, parece lógico enfatizar el cumplimiento de los requisitos para ser calificada de Sociedad laboral en los primeros 5 años en relación con los beneficios fiscales, ya que los actualmente previstos vienen referidos, sobre todo, al inicio de la sociedad, e intentan incentivar especialmente la creación de la misma. Sin embargo, técnicamente la cláusula resulta deficiente en la medida en que puede crear cierta inseguridad jurídica, y seguramente, como veremos seguidamente, lo haría con el régimen fiscal que sugerimos. En particular, comparte el problema de todo el art. 20: la duda de si se aplica también a los beneficios fiscales no previstos en la ley 4/1997; esto es, la libertad de amortización prevista en el art. 11 del TRLIS. Incertidumbre especialmente inoportuna si tenemos en cuenta que precisamente el apartado 4 del art. 16 y el art. 11 de la ley del Impuesto sobre Sociedades comparten un mismo período temporal, con lo que parece apreciarse una identidad de período a proteger por la normativa fiscal.

Por ello, propondríamos una modificación en dos planos:

En primer lugar, modificar el actual apartado 4 del art. 16, para otorgar mayor protagonismo al régimen en el Capítulo destinado al régimen tributario, y desde la parte referida a las causas de pérdida de calificación, efectuar la oportuna remisión. En el proyecto, el precepto regulador de las mismas es el artículo 15 y dicha remisión se efectúa en su apartado 5.

“Art. 15. Pérdida de la calificación.

5. La descalificación antes de 5 años desde su constitución o transformación conllevará para la sociedad laboral la pérdida de los beneficios tributarios, con la regularización prevista en el artículo 71.1 de esta Ley.

....

En segundo lugar, modificar el título y el tenor del art. 20.A), que pasaría a ser el 19.1. y a tener el siguiente texto:

⁴¹ Vid. Sobre el tema, VALPUESTA GASTAMINZA,E./BARBERENA BELZUNCE,I. *Las sociedades laborales. Aspectos societarios, Laborales y fiscales*. Aranzadi.págs. 208 y ss .

“Art. 17. Requisitos para disfrutar de los beneficios tributarios. Para poder acogerse a los beneficios tributarios previstos en el art. 18, las sociedades laborales habrán de reunir los siguientes requisitos:

1. Tener la calificación de “Sociedad Laboral” en el momento de producción del hecho imponible. Este requisito podrá cumplirse con posterioridad, si en dicho momento se cumplen los requisitos necesarios para su obtención, y se solicita en un plazo no superior a 3 meses. Dicha calificación deberá mantenerse al menos durante los 5 primeros años desde la constitución o transformación para mantener los beneficios disfrutados durante dicho período.”

Respecto de las causas de pérdida del régimen fiscal descritas en el actual art. 16, en relación con el texto propuesto, consideramos que las modificaciones previstas en relación con la sustitución de la mayoría del capital por la mayoría de los derechos de voto, así como con la inclusión de las sociedades de capital riesgo en el accionariado de las sociedades laborales, resultan irrelevantes a los efectos de determinar la conveniencia de la aplicación del régimen fiscal. Se trata de cambios que favorecen profundamente al tipo social, pero que no desvirtúan su naturaleza en absoluto; quizá la enfatiza el hecho del gobierno social por los trabajadores, al determinar que la mayoría de los derechos de voto pertenezcan a los trabajadores.

Parecido análisis puede realizarse de la dotación al Fondo de Reserva especial. En principio, la dotación al Fondo especial de reserva del 10% de los beneficios, no tiene en la actualidad, ningún significado especial para el régimen fiscal, ya que queda subsumido en el requisito previsto en el apartado B) del artículo 20, que impone una dotación del 25%. Es más, cabe indicar que en la actualidad no hay tampoco contrapartida fiscal alguna para dicha dotación, a pesar de que supone un importante *handicap* para la empresa, en la medida en que reduce los beneficios repartibles a los socios, y por tanto, la rentabilidad de la misma, lo que incide negativamente en la atracción de capital. Por lo tanto, en línea de principio, y salvo lo que seguidamente se señalará, la eliminación de la necesidad de dotar el 10% de los beneficios al Fondo de Reserva obligatorio no debería constituir ningún obstáculo para mantener el nivel de incentivos fiscales actualmente existente, o incluso uno superior.

Una mención aparte merece la eliminación de otro de los límites que suponen en la actualidad la pérdida de la calificación: la del número de horas de trabajo asalariado en relación con la del trabajo realizado por los socios prevista en el art. 5.3 de la ley. En efecto, uno de los objetivos cumplidos por el tipo social – y merecedores de protección

fiscal - es, precisamente, el de la socialización de los medios de producción por los trabajadores. Y ello en dos frentes:

- a. Por un lado, el tipo social establece la necesidad de que la mayoría del capital social, o al menos su control, esté en manos de trabajadores de la empresa .
- b. Por otro lado, el tipo social es especialmente proclive a conseguir además, que la mayoría de los trabajadores posean participaciones en el capital social de la empresa y se beneficien, por tanto, de los rendimientos que genera su trabajo.

Si bien el primero de los objetivos se consagra en la configuración jurídica de la sociedad, el segundo intenta conseguirse con dos aspectos del régimen jurídico de la sociedad laboral: por un lado, otorgando a los trabajadores derechos de adquisición preferente de acciones de la sociedad; de otro, estableciendo el mencionado límite para uso de mano de obra asalariada con carácter indefinido.

Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto, dicha limitación ha resultado una cláusula penalizadora de la contratación indefinida por estas sociedades, resultando contraria a la misma política de pleno empleo de calidad que inspira la creación de la figura de las sociedades laborales. No soluciona los auténticos obstáculos para el acceso al capital por los trabajadores: la financiación y la existencia de acciones disponibles.

Desde nuestro punto de vista, el objetivo se conseguiría más eficazmente incentivando fiscalmente la adquisición de acciones por los trabajadores, intentando eliminar ambas barreras:

En primer lugar, la liquidez de los trabajadores puede verse muy mejorada si además de beneficiarla fiscalmente con un 15% de su inversión, se le permite conseguir este resultado con una cuenta de ahorro. Pero también se consigue este objetivo si se estimula a la sociedad a realizar contribuciones a la inversión realizada por el trabajador, como se hace con el régimen fiscal propuesto para la sociedad.

En segundo lugar, en relación con la disponibilidad de acciones, consideramos que estimular fiscalmente la realización de ampliaciones de capital dirigidas específicamente a los trabajadores, y financiadas parcialmente por la sociedad, podría erosionar este obstáculo. Para ello resulta más útil, en nuestra opinión, el régimen propuesto dirigido a estimular las dotaciones a la Reserva especial, y su afectación parcial a dicho fin.

A) Destinar al Fondo especial de Reserva, en el ejercicio en que se produzca el hecho imponible, el 25 por 100 de los beneficios líquidos.

El establecimiento del requisito de la dotación del 25% de los beneficios al Fondo Especial resulta tanto deficiente técnicamente, como ineficaz en los objetivos que parece perseguir: proteger la forma social fomentando su autofinanciación.

En primer lugar, ha planteado dudas sobre su ámbito de aplicación. En efecto, al igual que en el caso de la calificación de la Sociedad Laboral, y dado que se ubica en el art. 20 de la ley 4/1997, se podría pensar que sólo se aplicaría a los beneficios fiscales previstos en dicha norma, y no a la libertad de amortización prevista en el art. 11 TRLIS⁴². Pero si en el caso anterior el requisito parecía desprenderse de la misma dicción del texto citado, que lo refiere a las “sociedad laborales”, no ocurre lo mismo con este requisito, lo que hace que la duda se plantee con más intensidad.

Sin embargo, su referencia al ejercicio en que se realiza el “hecho imponible” parece indicar lo contrario, que se aplicaría sobre todo a los impuestos periódicos, es decir, al IS. Un inconveniente añadido del precepto⁴³ consiste en la dificultad de comprobación del requisito ante el devengo de algún impuesto instantáneo, ya que por definición, el ejercicio económico en que se produzca el HI⁴⁴ no habrá terminado y no podrá comprobarse la dotación.

De hecho, el requisito sólo serviría, en su caso, para los siguientes beneficios fiscales de los ahora previstos:

De un lado, a la libertad de amortización en el IS. El requisito funcionaría así como una garantía de que la facilitación de la autofinanciación que supone dicha libertad de amortización se utiliza efectivamente para ese fin, y no para reparto de dividendos entre los socios. Sin duda esto era así cuando se redactó la ley, pero tras la reforma de la ley 43/1995, la interpretación más probable es que a este beneficio no se le aplique este requisito.

⁴² Así lo ha planteado DE LA HUCHA CELADOR, F. “Beneficios fiscales de las sociedades laborales”, en *VVAA Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, Tomo XV, Sociedades Laborales*, Civitas, 2000, pág. 349; y así lo considera CALVO VERGEZ, J. en “Sociedades laborales: consideraciones tributarias”, en la *VVAA Fiscalidad de las Entidades de la Economía social*, Thomson Civitas, 2005, pág. 313.

⁴³ Que señala CALVO VERGEZ, J. en op.cit., pág. 315.

⁴⁴ HI: hecho imponible

De otro lado, para la bonificación en AJD por la escrituración de préstamos cuyos fondos se destinen a la compra de activos fijos necesarios para el desarrollo del objeto social, y la exención en OS⁴⁵ por las ampliaciones de capital.

En efecto, no parece posible que el requisito pueda aplicarse al resto de beneficios fiscales, puesto que están ligados, bien a la propia constitución de la sociedad (exención en el OS), donde no ha habido ejercicio social, ni por tanto, beneficios que dotar; bien a su primer ejercicio social y normalmente antes de la finalización de éste; así, la adquisición de los elementos patrimoniales de la empresa de origen, en el caso de la SL resultante de una empresa en crisis; adquisición que resultará necesaria, normalmente, para el propio inicio de la actividad.

De la articulación técnica del precepto también puede deducirse, en nuestra opinión, su ineficacia para cumplir los objetivos propuestos.

La finalidad del legislador cuando estableció este requisito parece ligarse al aseguramiento de que el “crédito fiscal” otorgado mediante la libertad de amortización o la bonificación del AJD en los préstamos, se reinvierte en la propia sociedad y se corresponde con un esfuerzo de los socios para asegurar la solvencia de ésta⁴⁶. Ahora, bien, sin dudar de la bondad de la intención, e incluso de la conveniencia de ésta, el instrumento empleado no parece el más adecuado para conseguir este propósito.

En efecto, en primer lugar, si no se aplica a la libertad de amortización, la SL sólo deberá dotar dicha Reserva con el 25% de sus beneficios durante los períodos en que se plantee pedir un préstamo para la compra de inmovilizado, o ampliar capital. Teniendo en cuenta que dicha Reserva no está afectada y que no es irrepartible de forma indefinida, no parece que esté cumpliendo su misión de una forma demasiado eficaz.

En segundo lugar, una dotación del 25% de los beneficios, después de la dotación a Fondos obligatorios, puede constituir una carga demasiado onerosa para la sociedad (y así lo ha puesto de manifiesto la doctrina⁴⁷), especialmente si sólo tiene como contrapartida los beneficios que hemos observado. Y resulta desincentivadora en cuanto reduce fuertemente el beneficio para el socio, que en la práctica ve aplicar a la

⁴⁵ OS: impuesto sobre operaciones societarias

⁴⁶ Así lo ponen de manifiesto GOMEZ CALERO, J. *Las sociedades laborales*. Comares, Granada, 1999, pág. 150; VALPUESTA/BARBERENA, *Las sociedades laborales*, op.cit.págs.210 y ss.

⁴⁷ Además de DE LA HUCHA CELADOR, en la obra anteriormente citada, también considera excesiva una dotación del 25% y propone igualarlo con el 10% de la normativa mercantil, CALVO VÉRGEZ, J. en “Sociedades laborales: consideraciones tributarias”, en *VVAA Fiscalidad de las Entidades de Economía social*, Thomson/civitas, 2006, págs. 310 y ss.

sociedad un tipo de gravamen del 60%. Además, como ha señalado ALONSO RODRIGO⁴⁸, el exigir una dotación tan alta, puede llevar a potenciar a las SL con mejores resultados, que pueden permitirse reservar una cuarta parte de sus beneficios, perjudicando a aquéllas que tienen márgenes más ajustados.

En tercer lugar, el requisito es inadecuado asimismo por la falta de relación con el elemento fundamental de la incentivación de la sociedad laboral: la función social que ésta posee como creadora de empleo de calidad y de participación de los trabajadores en la empresa⁴⁹. Objetivo que no resulta más cercano con el incremento del porcentaje de dotación a una reserva financiera.

Por otra parte, la dotación a la Reserva especial prevista en la propuesta, sí podría resultar relevante a efectos fiscales:

En efecto, en primer lugar, dicha dotación sirve para garantizar que la liquidez proporcionada por los beneficios fiscales no se destina a dividendo, sino que se reinvierte en la propia sociedad, facilitando su autofinanciación. Debe tenerse en cuenta que precisamente facilitar la autofinanciación es uno de los objetivos, tanto del régimen de beneficios fiscales, como de la propia obligatoriedad del Fondo. Es cierto que en estas sociedades existe más riesgo de descapitalización, precisamente por el hecho de que los socios son, en su mayoría, trabajadores de la empresa; pero no resulta proporcionada una dotación del 25% de los beneficios durante toda la vida de la sociedad; es más adecuada la dotación de un 10% hasta que se alcance la cifra del capital social.

En segundo lugar, en cuanto que Reserva total o parcialmente afectada a la facilitación del acceso de los trabajadores al capital, supone, por un lado, una pérdida patrimonial para los socios; por otro, un sistema de participación financiera de los trabajadores que debe ser incentivado. Por ello, puede constituirse válidamente en requisito para incentivos fiscales al funcionamiento de la sociedad que estén estructurados de acuerdo con los mismos objetivos. Ya que por un lado, implica una carga para la sociedad; por otro, tiende a la consecución de objetivos de política social. Por lo tanto, este requisito se adiciona para el disfrute de los beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sociedades. Se sustituye pues la dotación del 25% por el cumplimiento de lo dispuesto en el proyectado art. 12: una dotación del 10% de los beneficios hasta alcanzar la cifra del capital social.

⁴⁸ En *Fiscalidad...*, op.cit., pág.225.

⁴⁹ En el mismo sentido, ALONSO RODRIGO,E. *Fiscalidad...*, op.cit. pág. 225.

Así, la propuesta sería, para el apartado B) del art. 20, la siguiente:

“Art. 17. Requisitos para disfrutar de los beneficios fiscales.

...

2. Para los beneficios previstos en el apartado 3 del art. 18, será necesario, además, haber constituido la Reserva especial regulada en el art. 12 y haber realizado las dotaciones allí previstas.

Además, se añade, como indicábamos, **otro requisito** ~~un tercer grupo de requisitos~~ para disfrutar del tipo de gravamen del 20%, relacionados con la afectación de una parte de la Reserva Especial a la finalidad de facilitar el acceso de los trabajadores al capital social. En efecto, se exige que la sociedad tenga un plan de adquisición de acciones o participaciones por los trabajadores, y que se destine como ayuda para dicha adquisición, al menos, el 25% de la Reserva, nutrida, no sólo por el 10% de los beneficios, sino asimismo por el importe de los beneficios fiscales antes descritos. Ello significa que la sociedad destinaría a participación de los trabajadores en los beneficios, en forma de participación diferida en el capital, al menos, el 2,5% de sus beneficios. Y que dicho importe constituiría en su día un porcentaje equivalente al 25% del capital social originario. Cantidad que los socios entregan gratuitamente a los trabajadores indefinidos.

Desde nuestro punto de vista, ello debe ser incentivado, especialmente porque las instituciones comunitarias aconsejan reiteradamente estimular fiscalmente este tipo de sistemas, y en especial en las PYME y en las empresas de la Economía social.

En este sentido, resulta otra vez especialmente relevante la Comunicación de la Comisión relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores, emitida en julio de 2002⁵⁰. En ella, la Comisión toma nota de las ventajas de la participación financiera de los trabajadores, puesta de manifiesto por la experiencia estadounidense⁵¹ y señalada en varios estudios llevados a cabo para la Comisión, preparatorios del propio proceso de consulta⁵². Es más, lo considera un factor de la consecución de los objetivos de Lisboa, aumentando la rentabilidad de las empresas y la

⁵⁰ COM (2002) 0364 final

⁵¹ Sobre la utilización de los sistemas ESOP en Estados Unidos, Gran Bretaña y Japón (ver MERCADER UGUINA, J. *Modernas tendencias en la ordenación salarial*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pág. 215-218.)

⁵² VAN DEN BUCKLE (2000) “Una perspectiva empresarial de la participación financiera en la UE: ventajas y obstáculos”; FUNDACION EUROPEA PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA Y DE TRABAJO (2001a) *Employee share-ownership and profit-sharing in the EU*, (2001b) *Employee share ownership and profit-sharing in the EU*.

motivación y calidad del trabajo, y señala con qué otras iniciativas comunitarias establece sinergias:

En general, mejora la productividad, la cohesión social y las normas sociales, con lo que enlaza con las políticas de empleo⁵³. En ese marco, facilita y mejora la responsabilidad social de las empresas⁵⁴. Pero también desarrolla los mercados de capitales y el capital-riesgo⁵⁵. Asimismo, incide en la modernización en la organización del trabajo, lo que contribuye a mejorar la competitividad⁵⁶. Pero sobre todo se inserta en la Estrategia europea de Empleo y Directrices para el Empleo, y ello en dos de sus pilares⁵⁷: Adaptabilidad, porque favorece la adaptación de las empresas y los trabajadores a los cambios económicos; y Espíritu de empresa: ya que estimula la financiación de las empresas y el espíritu empresarial de los trabajadores.

Ahora bien, la aportación más importante de la Comunicación consiste en que sienta los principios generales que deberán informar el futuro desarrollo de las técnicas de participación financiera, principios basados en el consenso de las partes implicadas y consultadas⁵⁸. En esa línea, debe tenerse en cuenta que el sistema cumpliría con los principios enumerados en la Comunicación de la Comisión de 2002: Es voluntario para la empresa ya que constituye un requisito para el acceso a un régimen fiscal

⁵³ Así lo pone de manifiesto la Comunicación de la Comisión de junio de 2001 “Un marco para invertir en la calidad” (COM (2001) 313).

⁵⁴ Libro Verde de la Comisión “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas” (COM (2001) 366).

⁵⁵ Así se reconoce en la Comunicación de la Comisión “El capital de riesgo: clave de la creación de empleo en la Unión europea” (SEC (1998) 552)

⁵⁶ Libro Verde “Cooperación para una nueva organización del trabajo” (COM (97) 128

⁵⁷ En el Consejo Europeo de Luxemburgo (noviembre 1997) se gestó la “Estrategia coordinada para el Empleo”. Se establecen por primera vez las directrices sobre políticas de empleo basadas en 4 pilares: **1)** fomento del espíritu empresarial: Facilitar la creación de empresas y de empleo: “Hay que fomentar el espíritu de empresa: hay que animar y ayudar a las personas que crean nuevas empresas o que van a contratar personal. Ello exige reformar el régimen fiscal, reducir los trámites burocráticos y formar al empresariado, sobre todo en la pequeña empresa. Deben adoptarse políticas que impulsen el empleo del sector de los servicios y de las organizaciones de la “economía social”; **2)** desarrollo de la empleabilidad de los trabajadores; **3)** desarrollo de la adaptabilidad de las empresas a los cambios producidos en el mercado de trabajo y a las nuevas tecnologías: Concebir nuevos métodos de trabajo más flexibles que concilien la seguridad y la flexibilidad laborales: “Las empresas competitivas precisan métodos modernos y flexibles para hacer frente a la evolución de la economía y, al mismo tiempo, ofrecer seguridad a sus trabajadores. Las reformas y los acuerdos entre los interlocutores sociales deben abrir paso a nuevas formas de empleo y a métodos innovadores de organización del trabajo. Es preciso facilitar y abaratar las inversiones empresariales en formación del personal.” Se inserta en la política de innovación, en el concepto de “innovación organizativa y en el modelo de empresa”, Comunicación de la Comisión “Política de la innovación: actualizar el enfoque de la Unión en el contexto de la estrategia de Lisboa”, (COM (2003) 112 final), de 11 marzo 2003; **4)** reforzamiento de las políticas de igualdad de oportunidades.

⁵⁸ Estos 8 principios son claramente explicados en el trabajo de la Fundación europea para la mejora de la calidad de vida y las condiciones laborales, McCATNEY, J. “Financial participation in the EU: indicators for benchmarking”, *Oficina de publicaciones de la Comunidad Europea*, Luxemburgo, 2004.

determinado. También para los trabajadores, que pueden adquirir acciones o no, a su voluntad. Está abierto a todos los trabajadores indefinidos, a tiempo completo o parcial y de todas las categorías. La condición de indefinido no resulta discriminatoria, ya que existe una razón fundamentadora: en efecto, dado que no se trata únicamente de un sistema “retributivo” sino de un acceso real a la propiedad de la empresa y a la gestión de la misma, el carácter indefinido del contrato asegura que resulte rentable para trabajador y sociedad la inversión.

Además, como indicábamos, tanto la Comisión como el Consejo y el Parlamento europeo, con base en numerosos informes que señalaban las específicas dificultades de las PYME para implantar sistemas de participación financiera de los trabajadores- en especial aquellos que consisten en participación en el capital – insisten en recomendar especialmente la erosión de estas dificultades a través, entre otros mecanismos, de incentivos fiscales específicos.

Efectivamente, ya en la Recomendación del Consejo el 27 de julio de 1992⁵⁹, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital) , entre las recomendaciones que el Consejo realizaba a los estados miembros (EEMM), se encontraba la de que consideraran “...la posibilidad de conceder estímulos tales como incentivos fiscales u otras ventajas financieras, para fomentar la introducción de determinadas fórmulas de participación;...”. Asimismo, en el punto 10 del Anexo de la Recomendación se hacía eco de las dificultades de las PYME para adoptar estos planes, recomendando que se evitaran las fórmulas legales complejas⁶⁰. En esta misma línea se pronuncia posteriormente la Comisión, en su Comunicación de 2002, así como el Consejo Económico Social Europeo (CESE) y el Parlamento europeo⁶¹.

⁵⁹ 92/443/CEE

⁶⁰ ANEXO. 10 Dimensión de las empresas: a) Las pequeñas y medianas empresas deberían disponer de posibilidades suficientes para poder aplicar fórmulas de participación financiera; en particular, es preciso garantizar que no haya demasiadas cargas administrativas y que los requisitos financieros mínimos, si son necesarios, no sean demasiado elevados;..., c) La dimensión de las empresas puede condicionar también la elección de la fórmula más adecuada. 11. Complejidad: deberán evitarse las fórmulas de participación complejas.”

⁶¹ La Comunicación también se hace eco de los problemas específicos de las pequeñas y medianas empresas, abordando en su apartado 5.3 la problemática de las PYMES. Indica así, que los inconvenientes de la mayoría de sistemas estribarían en que “...a menudo el coste y complejidad administrativa del desarrollo de estos sistemas resultará excesivo para las pequeñas empresas. Teniendo en cuenta el limitado número de trabajadores de las PYME, los costes (fijos) de este procedimiento también pueden parecer desproporcionados respecto a sus posibles beneficios.” Tanto el CESE, en Dictamen sobre la Comunicación, de 26 de febrero de 2003, como el Parlamento Europeo, consideran adecuadas las iniciativas adoptadas por la Comisión, y apoyan los principios esbozados por ésta.

Y este es el objetivo de esta concreta propuesta. Su diseño intenta incentivar, por un lado, que la sociedad destine una parte de sus beneficios a ayudar a sus trabajadores a adquirir acciones o participaciones. Este objetivo podrá conseguirse tanto mediante ampliaciones de capital, como con contribuciones realizadas por la sociedad de una parte del precio de adquisición de las acciones o participaciones abonado por el trabajador. En este sentido, se articula con la posibilidad de autocartera prevista en el proyectado artículo 7.4.

Por otra parte, se considera adecuado que dicha ayuda se corresponda con un esfuerzo, al menos, equivalente, por parte del trabajador. Esfuerzo que, por otra parte, es incentivado fiscalmente.

El apartado se articularía así:

“Art. 17. Requisitos para disfrutar de los beneficios fiscales.

3. Adicionalmente, para la aplicación del tipo de gravamen previsto en el apartado 4 del art. 18, la sociedad deberá acordar, en sus Estatutos, que el 25% de dicho fondo, una vez alcanzada dicha cifra deberá destinarse a facilitar el acceso de los trabajadores que así lo deseen al capital social, de acuerdo con un Plan de adquisición de acciones o participaciones por los trabajadores. ~~Este objetivo podrá conseguirse tanto mediante ampliaciones de capital, como con contribuciones realizadas por la sociedad de una parte del precio de adquisición de las acciones o participaciones abonado por el trabajador.~~

En todo caso, la aportación de la sociedad no debe superar el 50% de la inversión total realizada por el trabajador para la adquisición de dichas acciones o participaciones.”

Se añade un nuevo artículo 19 “Beneficios fiscales de los trabajadores y socios inversores”

Se prevé asimismo incentivar la inversión realizada por promotores y trabajadores en la adquisición de acciones y participaciones de la sociedad, beneficiando directamente dicha inversión. Estos beneficios se coordinan con los ofrecidos a la sociedad laboral, y su idea-fuerza es facilitar el acceso de los trabajadores al capital social, así como fomentar la financiación de la sociedad por sus empleados,

Asimismo, señalan la necesidad de tener en cuenta las especificidades de las PYME, recomendando el Parlamento a los EEMM que fomenten modelos de participación factibles en éstas.

favoreciendo asimismo el ahorro empresarial y la formación de patrimonio por los trabajadores. Así pues se favorecen las distintas formas de inversión del trabajador en la sociedad laboral que supongan, inmediatamente o de forma diferida, el acceso al capital social.

En esta línea, se propone establecer las siguientes cláusulas:

En primer lugar, el no cómputo como retribución en especie de la adquisición de acciones o participaciones de la sociedad laboral otorgadas por ésta, o títulos por los que pueda accederse al capital de forma gratuita o por precio inferior al de mercado.

Aunque dicho régimen está previsto, como hemos visto, con carácter general, en el art. 46 del TRLIRPF, consideramos conveniente trasladarlo a la ley 4/1997, en la medida en que no parece adecuado que se apliquen a las sociedades laborales los requisitos y límites allí previstos, sino los específicos de las sociedades laborales. Así, los requisitos serían: que se insertara en un sistema general de retribución, y que no se vulneraran los límites a los porcentajes de participación marcado en la normativa reguladora específica de estas sociedades. Asimismo, y para mantener la neutralidad, se establece el mismo límite previsto en general en dicho precepto: 12.000 euros en cada ejercicio.

Con estos mismos requisitos, también se establece la exención de las cantidades percibidas de la sociedad para la adquisición de los mismos títulos. Esta previsión resulta lógica para mantener un régimen coherente y neutral en la forma en que la sociedad facilita el acceso a los trabajadores al capital social, y es además necesaria si se quiere incentivar que la sociedad pueda financiar, no sólo la suscripción de capital por los trabajadores mediante ampliación, sino la adquisición de acciones o participaciones a otros socios, favoreciendo así la transmisión de la empresa.

A pesar de lo lógico de la previsión, esta exención de la renta obtenida en forma líquida constituiría una novedad de nuestro ordenamiento, que sólo prevé la no calificación de retribución en especie para la entrega de acciones. No constituye, sin embargo, una novedad en los países de nuestro entorno; muy al contrario, constituye un tratamiento muy común.

Así, en Gran Bretaña, el sistema SAYE (save as you earn) es un plan de ahorro para la compra de opciones, con una *prima* abonada por la empresa, y con un período de retención. El dinero retenido está libre de impuestos. La acción se adquiere con un descuento de hasta el 20%. No se pagan impuestos por el trabajador ni por la prima abonada, ni por la recepción de la opción, ni por su ejercicio. En el esquema

SIP⁶², basado en la entrega de acciones, las mismas son adquiridas por un Fondo externo, financiado con aportaciones de los trabajadores, y contribuciones de la empresa, asimismo libres de impuestos. También en Irlanda, en el APSS (approved profit sharing scheme), que es un plan de participación en beneficios que se dirige a todos los empleados, tiene que haber una contribución de la empresa. Los empleados tienen la opción de coger la participación en efectivo (sujeta a impuesto y a retenciones) o en acciones de la sociedad, en cuyo caso no está sometida a impuestos.

En Francia, las aportaciones realizadas a la reserva especial de participación (RSP) previstas en el *Code du Travail* son gasto deducible para la empresa, y también están exentas para el empleado, si se bloquean durante 5 años. Si sólo está retenido por la empresa durante 3 años, puede deducirse la mitad. Lo mismo ocurre con las cantidades abonadas a los trabajadores por el *interéssement*, con las mismas condiciones.

En segundo lugar, la deducción de un 15% en la cuota del IRPF por las cantidades invertidas para la adquisición o suscripción de acciones o participaciones por los trabajadores de la sociedad, o por los promotores de la misma. Entre estas cantidades no se incluirían, lógicamente, ni las derivadas del desempleo en su modalidad de pago único que hayan resultado exentas, ni las eventuales contribuciones que pueda haber hecho la sociedad laboral a la adquisición o suscripción y que no serán consideradas retribución en especie en la base imponible del trabajador.

La mayoría de los sistemas europeos de incentivación de la participación del trabajador en el capital social establecen beneficios fiscales para la inversión realizada por el trabajador. Ahora bien, normalmente estos beneficios consisten en la exención de IRPF y seguridad social de las cantidades aportadas por éste, como hemos indicado.

⁶² SIP (entrega de acciones broad-based). Tiene que estar abierto a todos los trabajadores con más de un período no superior a 18 meses. Funciona con un Fondo externo, residente en UK, que se nutre de (separada o conjuntamente):

- Hasta 3.000 libras de acciones gratuitas abonadas por la empresa, libres de impuestos y de seguridad social (tanto para el trabajador como para la empresa) .
- Hasta 1.500 libras del salario antes de impuestos del trabajador, que será usado para comprar acciones “de trabajo”, y que no se someterá a impuestos ni seguridad social.
- El empresario puede dar también hasta 2 acciones gratuitas por cada acción “de trabajo”.

El trabajador, por tanto, puede adquirir acciones de 3 formas: compra directa de acciones “de trabajo”, recepción de acciones gratuitas, o acciones “correspondientes” por cada una que compren. Una vez el trabajador ha adquirido las acciones, hasta 1.500 libras por empleado al año de dividendos pueden ser reinvertidas en comprar más acciones, estando libre de impuestos. Estas son conocidas como “acciones de dividendo”. Hay un período de retención de entre 3 y 5 años desde que se adjudican las acciones.

La empresa, puede deducir de su BI: a) Los costes de organizar y mantener el plan; b) El salario bruto colocado por los trabajadores en el Fondo para comprar acciones “de trabajo”; c) El valor de mercado de las acciones gratuitas abonadas al Fondo; d) Un importe equivalente a los pagos hechos por la empresa al Fondo para que éste compre acciones de la empresa.

¿Por qué, sin embargo, hemos optado por un régimen de deducción del 15%, que puede resultar menos favorecedor, dependiendo del tipo de gravamen aplicable al trabajador? Claramente, por su sencillez. Los sistemas que exoneran de renta al trabajador por la inversión en acciones de la empresa en realidad lo hacen a las aportaciones de éste a un fondo en el que el dinero se bloquea durante un tiempo, gestionado por la empresa o por terceros, y que sirve asimismo de financiación de la sociedad durante el tiempo de retención. La cantidad aportada se detrae del salario del trabajador por la propia empresa, a modo de “retención a cuenta” voluntaria y consentida.

En Gran Bretaña, en el esquema SIP, el trabajador, puede adquirir acciones de 3 formas: compra directa de acciones “de trabajo” mediante aportaciones de su salario antes de impuestos y de seguridad social, recepción de acciones gratuitas, o acciones “correspondientes” por cada una que compren. Una vez el trabajador ha adquirido las acciones, hasta 1.500 libras por empleado al año de dividendos pueden ser reinvertidas en comprar más acciones, estando libres de impuestos. Estas son conocidas como “acciones de dividendo”.

En Irlanda se establece un sistema parecido: al APSS (approved profit sharing scheme), se le puede añadir el “Salary foregone”, que son contribuciones del trabajador al Fondo hasta el límite de la aportación del empresario, libres de impuestos.

En Francia, las contribuciones de los trabajadores normalmente derivan de su participación en los beneficios (aunque pueden ser adicionales) y su exención se condiciona a su bloqueo en un Fondo de ahorro de la empresa. Constituye así un sistema de ahorro empresarial (PEE), que facilita el acceso al accionariado de los asalariados y permite reforzar los fondos propios de las empresas. El Fondo de ahorro puede recibir: a) Contribuciones voluntarias de los trabajadores, normalmente de la participation o del interressement (hasta un 25% del salario bruto) ; b) Participación de las empresas, libre de impuestos y seguridad social (“abondement”); c) Acciones ofrecidas por la empresa a sus empleados con un 20% de descuento. Para estar libre de impuestos las acciones deben permanecer 5 años en el Fondo.

El sistema tiene claras ventajas, pero dos claros inconvenientes: su complicación y su coste. En efecto, los sistemas muy complejos y perfectos de participación – como los sistemas basados en fondos externos a la empresa, etc.- resultan muy caros de establecer, y aunque se incentiven fiscalmente, los costes normalmente superarán las ventajas fiscales⁶³. Los distintos informes sobre la participación financiera de los trabajadores han concluido en que el tamaño de la empresa es importante para cualquier

⁶³ Así lo pone de manifiesto POUTSMA,E. “Recent developments in financial participation within the European Union”,op.cit. , pág. 9.

sistema de participación, pero más intensamente para los de participación en el capital que para aquellos que suponen únicamente participación en los beneficios en forma de dinero efectivo, precisamente por dichos costes.

En efecto, la constitución de dicho Fondo o Reserva requiere de control externo en orden a garantizar lo que, a todos los efectos, constituye un préstamo de los trabajadores. Esta es una de las razones, como hemos visto, que han obstaculizado el uso de planes de participación en el capital en el caso de las PYME. Si tenemos en cuenta que las sociedades laborales, en su mayoría, constituyen pequeñas o microempresas, parece razonable establecer sistemas lo más sencillos y baratos posible. Tampoco es un sistema totalmente original: también en Alemania, el legislador incentiva las cantidades invertidas por los trabajadores de rentas bajas en acciones de sus empresas, con una deducción en la cuota del impuesto que oscila entre el 15-20%.

Por otra parte, para incentivar el ahorro de los trabajadores transformable en participación en el capital, se puede utilizar el instrumento de la cuenta-ahorro empresa, ya utilizado para la Sociedad Limitada Nueva Empresa, e introducida por el Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica. Las cantidades allí depositadas darían lugar a la misma deducción, siempre que tras el transcurso de un tiempo razonable, se invirtieran, bien en participación en el capital social, bien en títulos transformables en capital, como bonos convertibles, u opciones sobre acciones. Se trataría, por otra parte, de un sistema similar al esquema implantado en Irlanda a partir de 2001 (“Saving scheme”), que beneficia fiscalmente las cantidades depositadas en Entidades de crédito destinadas a la compra de acciones de la sociedad empleadora, otorgando una deducción en la cuota del impuesto del 25% de las cantidades depositadas. Constituye asimismo una alternativa a los sistemas de ahorro empresarial operantes en UK, Irlanda o Francia.

Se propone así un régimen similar a la cuenta-ahorro empresa de la Sociedad Limitada Nueva empresa. Desde nuestro punto de vista, si resulta justificada, por la política de estímulo a la creación de empresas, su aplicación a dicha Sociedad, con más motivo a la Sociedad laboral, que además, por su idiosincrasia, cumple objetivos importantes de productividad y cohesión social.

Por otra parte, se introducen ciertas diferencias en el régimen concreto:

En primer lugar, se aplica la deducción no sólo a las cantidades depositadas en la cuenta-ahorro, sino a las efectivamente satisfechas (no ahorradas para el futuro) en los

finde de dicha cuenta: la adquisición de títulos habilitantes para acceder al capital social. Desde nuestro punto de vista, el régimen actual de la cuenta-ahorro empresa de la SLNE desincentiva la inversión efectiva, y estimula el diferimiento de dicha inversión empresarial.

En segundo lugar, la cuenta-ahorro tiene un plazo superior: 5 años. Ello es, no sólo por unificar plazos en la medida de lo posible, sino sobre todo para facilitar la posibilidad de que existan títulos disponibles que permitan acceder al capital social, cuestión que no depende del trabajador. Por ello mismo, se hace equivalente a la adquisición o suscripción de acciones o participaciones cualquier otro título que suponga una futura adquisición. Dependerá en gran parte de la política de la sociedad concreta poder acceder a este medio de financiación por parte de los trabajadores, incentivado fiscalmente.

En tercer lugar, no se establecen los requisitos previstos para la actividad de la SLNE en los primeros años, dado que la calificación de laboral de la sociedad ya garantiza suficientemente, en nuestra opinión, su realidad y su no utilización como mera forma de conseguir la deducción. Calificación que, además, debe mantenerse durante 5 años.

En lo demás (límites de base de la deducción, porcentaje, etc) se ha intentado mantener la misma regulación en aras de la simplicidad y la neutralidad.

Propondríamos un nuevo artículo, el 19, que recogiera los beneficios fiscales a los trabajadores y socios inversores en la sociedad. Este sería del siguiente tenor:

“Art.19. Beneficios fiscales de los trabajadores y socios inversores.

1. No se considerará retribución en especie la entrega a trabajadores con contrato indefinido de acciones o participaciones de la sociedad, o de otros títulos que supongan acceso futuro al capital social, de forma gratuita o por precio inferior al de mercado, siempre que cumplan los requisitos enumerados en el art. 17.3 de esta ley y no excedan de 12.000 euros en un mismo ejercicio.
2. En los mismos términos del apartado anterior, tampoco estarán sujetos al Impuesto sobre la Renta del trabajador las cantidades abonadas por la Sociedad Laboral para contribuir a la adquisición de los títulos mencionados en dicho apartado.
3. Deducción por inversiones en el capital de la sociedad.
 - a) Las cantidades efectivamente satisfechas durante el ejercicio por el trabajador indefinido de una sociedad laboral para la adquisición o suscripción de participaciones en el capital de ésta, o títulos que supongan acceso futuro a dicha participación, darán lugar a una

deducción en la cuota del 15% de su importe. Para la base de esta deducción, no se tendrán en cuenta las cantidades aportadas por la propia sociedad.

- b) La misma deducción del apartado anterior se aplicará al promotor de una sociedad laboral por las cantidades satisfechas para su constitución. No se incluirán en la base de la deducción las cantidades exentas por constituir prestaciones por desempleo en pago único, ni las subvenciones recibidas.

En ambos casos, las acciones o participaciones en el capital deberán mantenerse en el patrimonio del inversor durante un plazo mínimo de 5 años.

4. Deducción por cuenta ahorro-empresa.

Los contribuyentes enumerados en el apartado anterior podrán aplicar la deducción a las cantidades depositadas en entidades de crédito, separadas de cualquier otro tipo de imposición, destinadas a la constitución de la sociedad, o a la adquisición de acciones o participaciones, de otros títulos que supongan acceso futuro al capital social.

1º La deducción se condiciona al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) La base máxima de esta deducción será de 12.000 euros anuales, constituida por las cantidades depositadas en cada ejercicio,
- b) Cada contribuyente sólo podrá mantener una cuenta-ahorro empresa,
- c) Las cuentas ahorro-empresa deberán identificarse en los mismos términos que los establecidos para las cuentas ahorro-vivienda.

2º Se perderá el derecho a la deducción:

- a) Cuando el contribuyente disponga de cantidades depositadas en la cuenta ahorro-empresa para fines diferentes de los previstos en esta ley. En caso de disposición parcial, se entenderá que las cantidades dispuestas son las primeras depositadas.
- b) En el caso de constitución, cuando la sociedad laboral perdiera su calificación de tal antes de 5 años desde su inscripción en el Registro mercantil.
- c) Cuando se transmitan los títulos en un plazo inferior al mínimo establecido en el apartado anterior.
- d) Cuando transcurran 5 años sin que se empleen los fondos para los fines previstos.

5. Pérdida del derecho a la deducción.

En el caso de pérdida sobrevenida del derecho a la deducción regulada en los dos apartados anteriores, por incumplimiento de los requisitos, el contribuyente estará obligado a sumar a la cuota líquida estatal y a la cuota líquida autonómica o complementaria devengadas en el ejercicio en que se hayan incumplido los requisitos las cantidades indebidamente deducidas, más los intereses de demora a que se refiere el artículo 26.6 de la Ley 58/2003, General Tributaria.”

Modificación del artículo 21 Encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social.

Se establece el encuadramiento pleno en el régimen de trabajadores por cuenta ajena de la Seguridad Social para todos los trabajadores socios, sean administradores o no, y en tal caso perciban o no retribuciones por el cargo. Así pues, todos los trabajadores socios, aun cuando formen parte del órgano de administración (situación deseable a incentivar), no deben incurrir en un tratamiento discriminatorio desfavorable por ser socios que asumen responsabilidades adicionales a las puramente laborales, respecto del resto. En consecuencia, pierde fuerza el planteamiento de mantener la figura del “asimilado al régimen general”.

Los socios trabajadores de las sociedades laborales, cualquiera que sea su participación en el capital social dentro del límite establecido en el artículo 5 de la presente Ley, y aún cuando formen parte del órgano de administración social, sean o no retribuidos por tal cargo, tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el Régimen General o Especial de la Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad, y quedarán comprendidos en la protección por desempleo, cuando esta contingencia estuviera prevista en dicho Régimen, y en la otorgada por el Fondo de Garantía Salarial.

REDACCIÓN ACTUAL

Artículo 21. Encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social.

1.- Los socios trabajadores de las sociedades laborales, cualquiera que sea su participación en el capital social dentro del límite establecido en el artículo 5 de la presente Ley, y aún cuando formen parte del órgano de administración social, tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el Régimen General o Especial de la Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad, y quedarán comprendidos en la protección por desempleo, cuando esta contingencia estuviera prevista en dicho Régimen, y en la otorgada por el Fondo de Garantía Salarial.

2.- Dichos socios trabajadores se asimilan a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, con exclusión de la protección por desempleo y de la otorgada por el Fondo de Garantía Salarial, en los siguientes supuestos:

a) Cuando por su condición de administradores sociales, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad siendo retribuidos por el desempeño de este cargo,

estén o no vinculados, simultáneamente, a la misma mediante relación laboral común o especial.

b) Cuando, por su condición de administradores sociales, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad y, simultáneamente, estén vinculadas a la misma mediante relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

3.- No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, los socios trabajadores estarán incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, con los que convivan alcance, al menos, el cincuenta por ciento, salvo que acredite que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares

NUEVA REDACCIÓN

ART.20. Encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social

Los socios trabajadores de las sociedades laborales, aun cuando formen parte del órgano de administración social, tengan o no competencias directivas, y perciban o no retribución por el ejercicio de las mismas, disfrutarán de todos los beneficios de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena que corresponda en función de su actividad, así como de la protección del Fondo de Garantía Salarial.

E. MODIFICACIÓN DEL ART. 7 TRLIRPF (texto refundido de la ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas)

Por último, se propone la reforma del art. 7 LIRPF, eliminando el límite para la exención de la capitalización del desempleo en su modalidad de pago único, cuando se invierte en una sociedad laboral. No parece lógico establecer límites fiscales a la inversión, cuando la política de fomento de creación de PYMES establece la clara necesidad de estimular fiscalmente la financiación de éstas, especialmente en los momentos iniciales.

En general, se encuadrarían en la política favorable a la creación y mantenimiento de las PYMEs⁶⁴ las medidas destinadas a incentivar su constitución y puesta en funcionamiento, que hemos descrito, aplicables en los primeros ejercicios fiscales de la sociedad.

Pero en el caso, además, de la constitución de sociedades laborales por destrucción de la empresa de origen de los socios, la exención de la capitalización de la prestación de desempleo se insertaría también en la protección de los trabajadores en las reestructuraciones empresariales, dentro de la política de salvamento de empresas. La Comunicación de la Comisión “Reestructuraciones y empleo- anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión europea⁶⁵” establece la inscripción de esta política en la estrategia de crecimiento y empleo, siendo uno de los elementos de esta política la aplicación de las Directrices sobre ayudas de estado en reestructuraciones. Asimismo, considera que en dicha política se debe prestar especial atención a las PYMES, manteniendo la cohesión social. Por ello, la Comisión es muy favorable a las medidas que garantizan la situación de los trabajadores en las reestructuraciones.

Por otra parte, el límite actual resulta, en términos absolutos, francamente bajo. En efecto, como es sabido, la exención, aun parcial, de esta prestación, ha constituido uno de los motivos por los que las sociedades laborales han resultado bastante independientes de la financiación pública para su constitución. Como señala el Libro Blanco de la Economía Social⁶⁶, ésta es una sociedad, dentro de la Economía social, donde no se recurre mucho a la financiación pública. En el momento de su constitución, la mayor parte de la inversión inicial proviene de las aportaciones de los socios (75,3%), y dentro de éstas, el 28,3% de la prestación por desempleo. Este ha constituido, seguramente, uno de los mecanismos más incentivadores de la creación de sociedades

⁶⁴ Véase, en este sentido, el Libro Verde “El espíritu empresarial en Europa”, COM(2003) 27, de 21 enero 2003, Publicaciones de la DG Empresa, Bruselas, 21 de enero 2003.

⁶⁵ (COM (2005) 120 final). En el Dictamen del CESE sobre la Comunicación (apartado 4.2.7) se indica que “En el caso de la política sobre competencia se plantea la cuestión de si los instrumentos existentes serán suficientes. Existen cada vez más factores de competitividad que la política de competencia no examina y que son fundamentales; como, por ejemplo, la imposición de las empresas.

En lo relativo a las ayudas estatales, todavía queda mucho camino por recorrer antes de que se anuncie una reforma encaminada a reorientar dichas ayudas a los ámbitos que más contribuyen al crecimiento y el empleo. En este contexto, el Comité destaca que será preciso prestar mayor atención a la relación existente entre las ayudas estatales, las reestructuraciones y las deslocalizaciones de la producción. Es preciso que las normativas en materia de ayudas estatales sigan siendo no discriminatorias y que se continúe fomentando la cohesión social.”

⁶⁶ págs. 75, 567 y 568,

laborales⁶⁷. Además, la exención en el IRPF de estas cantidades promueve la posibilidad de aumentar la inversión en el momento de inicio de la empresa.

Desde nuestro punto de vista, en la medida en que constituye una inversión productiva y dirigida al autoempleo, y no un gasto destinado a la satisfacción de necesidades o aficiones personales, el establecimiento de un límite no tiene sentido por razones de progresividad.

Por otra parte, debe recordarse que la mayoría de regímenes europeos establecen la exención en el IRPF de las cantidades invertidas en el ejercicio para la adquisición de acciones de la empresa empleadora. Si bien es cierto que en muchos casos se establecen límites, no lo es menos que en gran parte, dichos límites tienen la finalidad, por un lado, de garantizar la propia situación del trabajador, evitando esquemas impulsados por la sociedad con el fin de asegurarse una financiación excesiva por parte del trabajador; por otro, no incentivar adquisiciones de acciones, que por su importe, significan inversiones patrimoniales que sólo pueden permitirse las rentas más altas.

Ahora bien, el caso aquí es diferente, puesto que, para empezar, la cantidad no se corresponde con la renta habitual del sujeto, ni con su nivel de ingresos, constituyendo una prestación extraordinaria cuya medida no depende únicamente del salario *ganado hasta entonces*, sino asimismo, del tiempo que ha durado la relación laboral. Y para acabar, su destino no es una inversión patrimonial que asegure una renta adicional, sino el propio autoempleo que constituye, con toda probabilidad, su fuente de ingresos principal y de la que dependerá su propia subsistencia, al menos de forma independiente, en la mayoría de los supuestos.

“Art. 7. Rentas exentas.

Estarán exentas las siguientes rentas:

....

n) Las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se perciban en la modalidad de pago único establecida en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, siempre que las cantidades percibidas se destinen a las finalidades y en los casos previstos en la citada norma.

La exención prevista en el párrafo primero estará condicionada al mantenimiento de la acción o participación durante el plazo de cinco años, en el supuesto de que el contribuyente se hubiera integrado en sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado, o al mantenimiento, durante idéntico plazo, de la actividad, en el caso del trabajador autónomo.”

⁶⁷ También la ESCUELA DE ESTUDIOS COOPERATIVOS, “Situación y perspectivas de las sociedades laborales en España”, Sociedad Cooperativa, nº 9, octubre 2004, págs. 6 y ss. enumera entre sus propuestas: “Sensibilizar a la Administración Pública estatal y a los agentes sociales de la importancia de mantener la capitalización del desempleo en su modalidad de pago único.”

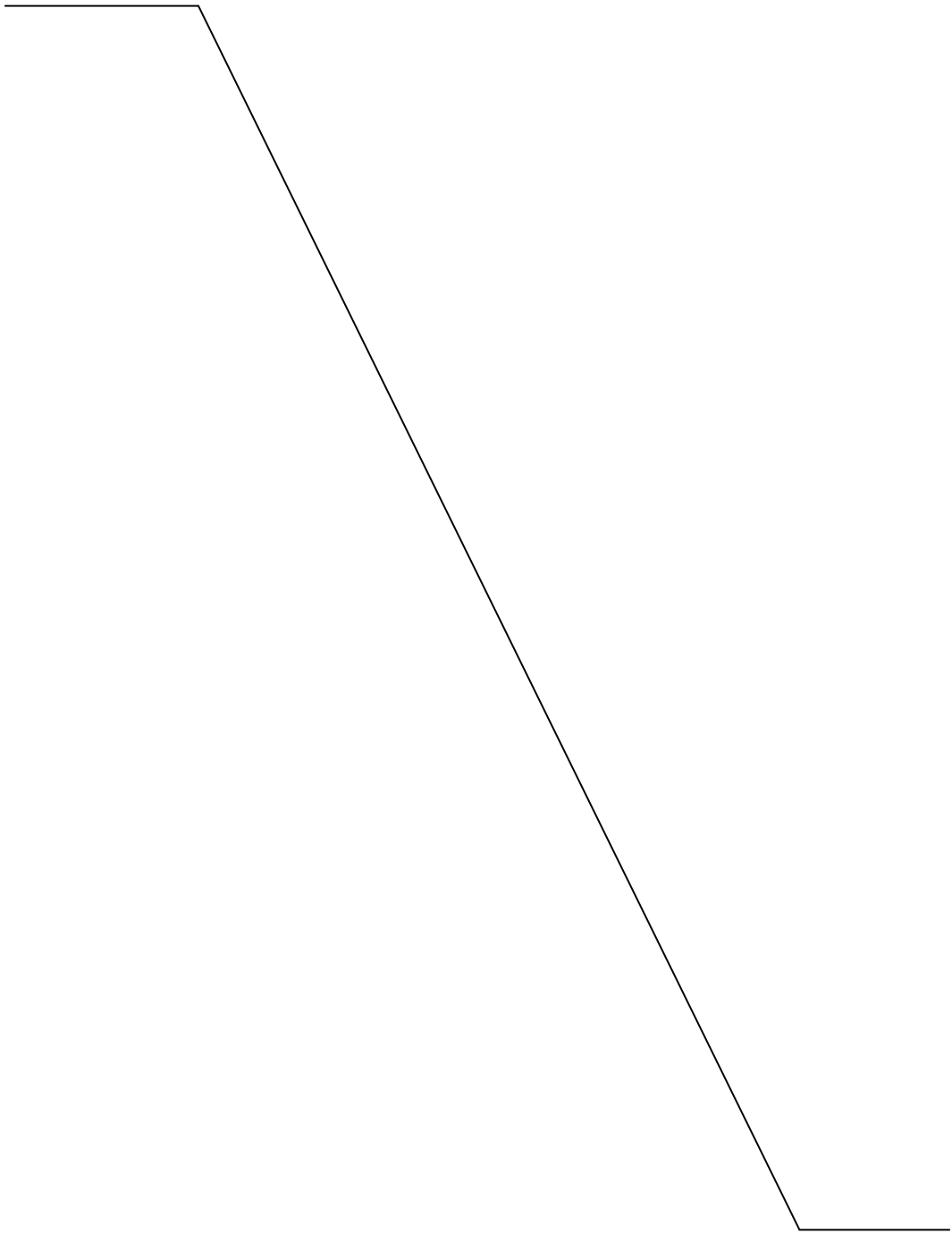
F. MODIFICACIÓN DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 4/2004, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Art. 11. Correcciones de valor: amortizaciones.

...

2. Podrán amortizarse libremente:

- a. Los elementos de inmovilizado material e inmaterial de las sociedades anónimas laborales y de las sociedades limitadas laborales afectos a la realización de sus actividades, ~~adquiridos durante los cinco primeros años a partir de la fecha de su calificación como tales~~ **en los términos previstos en el art. 18.3 de su ley reguladora.**



**REGULACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LACOOPERATIVA
PROPUESTA**

Financiado al amparo de lo previsto en la orden TIN/1305/2008, de 6 de mayo (Subvenciones para el Fomento de la Investigación Social FIPROS)



A. PRESUPUESTOS

Los presupuestos en los que se basa esta propuesta son:

1º Entendemos la cooperativa conforme al concepto, definido por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI); basada en los valores de la autoayuda, la auto responsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad y la solidaridad; y regidas por los principios cooperativos como pautas mediante las cuales, las cooperativas ponen en práctica sus valores.

2º También entendemos que los principios cooperativos son pautas para evaluar el comportamiento y tomar decisiones, no son mandamientos, y por tanto –como dice la ACI- son flexibles, y aplicables con diferentes grados de detalle según el tipo de cooperativa y la situación. Pero todos los principios deben estar presentes en una cooperativa, no son independientes uno de otro, cuando uno se pasa por alto todos se resienten. Por ello, a la hora de evaluar a las cooperativas debe tenerse en cuenta cómo se adhieren en su conjunto a los diversos principios. Además, precisamente, sobre el tema que es objeto de nuestro estudio inciden prácticamente todos los principios.

3º El régimen jurídico de la cooperativa debe integrarse en el ordenamiento jurídico español de manera coordinada con la regulación de las sociedades y asociaciones, respetando la legislación civil y mercantil, y la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA).

4º El régimen jurídico propuesto tiene en cuenta la tradición cooperativa española, las instituciones heredadas; y la normativa cooperativa de los países de la Unión Europea (UE), principalmente la de los países de nuestro entorno más próximo y de mayor influencia (Francia, Italia, Portugal, etc.). También tiene en cuenta las Resoluciones, Comunicaciones e Informes de la UE que son de interés para las cooperativas. La cooperativa debe actualizar y mejorar su régimen jurídico, pero debe seguir siendo una institución fácilmente reconocible por los propios cooperativistas y por la sociedad española. Esta es la principal garantía de su aceptación.

5º El régimen propuesto está pensado para ser aplicado por todas las cooperativas, cualquiera que sea su clase, constituye por tanto un marco general que permite adaptarse a las características de diversos modelos de cooperativas.

6º Con esta propuesta proponemos conseguir un régimen jurídico que conjugue: la máxima autonomía para la cooperativa, sin limitaciones que no estén suficientemente justificadas y dentro del respeto a la naturaleza cooperativa; con las mayores ventajas para los socios, garantías suficientes para los terceros y a ser posible, mejoras para la comunidad en la que se asienta la cooperativa.

7º Por último, uno de los principales objetivos de esta propuesta es reforzar la solvencia de la cooperativa, mediante el empleo de técnicas jurídicas que contribuyan a la generación de nuevos recursos, pero sobre todo, a la conservación de su patrimonio, ofreciendo garantías a terceros; materia ésta que pese a su importancia, ha sido descuidada por el legislador.

B. LA COOPERATIVA. CONCEPTO Y NATURALEZA

1. La regulación de las sociedades cooperativas debe ser coherente con su concepto y naturaleza. Por ello partimos del concepto de cooperativa dado por la ACI y que ha venido siendo refrendado por las instituciones internacionales¹, las de la Unión Europea² y por el legislador español³.

¹ Informe del Secretario General de Naciones Unidas 2001/68, de 14 de mayo de 2001; Resolución 56/114 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 19 de diciembre de 2001 o la Recomendación sobre la Promoción de las Cooperativas de la Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra 2002), en todas estas se declara que “Los Estados Miembros deberían adoptar una legislación y una reglamentación específica en materia de cooperativas inspirada en los valores y principios cooperativos enunciados en el párrafo 3 (reproduce los valores y principios enunciados por la ACI), y revisar esa legislación y reglamentación cuando proceda”.

² En particular, la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones de 23 de febrero de 2004, sobre la Promoción de las Sociedades Cooperativas en Europa. En ella se afirma igualmente que “la nueva legislación nacional sobre cooperativas debe basarse en la definición, los valores y los principios cooperativos”.

³ Baste recordar el art. 1 de la Ley 27/1999 de Cooperativas que al definir la cooperativa hace referencia a los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional.

2. La cooperativa según la ACI es una asociación de **personas que se unen para satisfacer sus necesidades y aspiraciones en común**, mediante una empresa de propiedad conjunta y gestión democrática.

Las cooperativas son ante todo entidades de autoayuda⁴ y ayuda mutua⁵, los socios se unen para conjuntamente satisfacer sus necesidades y aspiraciones, y por ello, las cooperativas comparten las características propias de las entidades mutualistas.

No debe olvidarse que los primeros estatutos conocidos de una cooperativa, la *Rochdale Society of Equitable Pioneers*, o Sociedad de los justos pioneros de Rochdale, tomaron como referencia los estatutos de una sociedad de socorros mutuos de Manchester, la “Sociedad de Socorros para Casos de Enfermedades y de Sepelios”⁶, con la diferencia de que la necesidad a satisfacer no era el seguro y la previsión social sino, el consumo, el trabajo y la vivienda de sus socios.

La propia Declaración sobre la Identidad Cooperativa de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI), reconoce como valores en los que se basa la cooperativa el de la autoayuda y la solidaridad, y más adelante indica que “la solidaridad es la misma causa y consecuencia de la autoayuda y la ayuda mutua, dos de los conceptos fundamentales en el centro de la filosofía cooperativa. Es esta filosofía la que diferencia las cooperativas de otras formas de organización económica”.

La cooperativa pertenece por tanto, en el catálogo tipológico de sociedades a la categoría de las **sociedades mutualistas o sociedades de base mutualista**, compartiendo con ellas la naturaleza mutualista y carente de ánimo de lucro, y la mayoría de los llamados principios cooperativos, como son la adhesión voluntaria y abierta, la gestión democrática, la participación económica de los socios en la actividad, la distribución de resultados (excedentes, retornos) en proporción a la actividad desarrollada, o la constitución de fondos irrepartibles (al menos durante la vida de la entidad)⁷. La cooperativa pertenece por ello a la

⁴ La autoayuda o *self-help* se define como “propio” o “por uno mismo”.

⁵ La ayuda mutua o *mutual help* se define como ayuda recíproca.

⁶ Según cuenta HOLYOAKE, Jorge Jacobo, en Historia de los Pioneros de Rochdale, texto publicado en 1893 y reeditado por Colección Universitas. Zaragoza (2ª ed), 1975 p. 19

⁷ Véase por todos, la tesis doctoral de María Luisa LLOBREGAT “El principio mutualista y su incidencia sobre el régimen jurídico-económico de las sociedades cooperativas” (1989) dirigida por Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, y publicada por la editorial Bosch en 1990 bajo el título de *Mutualidad y empresas cooperativas*.

misma familia que las mutualidades de previsión social, las mutuas de seguros, las mutuas de caución o las sociedades de garantía recíproca⁸.

Desde el punto de vista más amplio de la economía social, la doctrina que analiza los elementos comunes de estas entidades, viene diferenciando en su seno entre organizaciones de interés general (donde los beneficiarios de la actividad empresarial son diferentes del grupo de personas que lo controlan) y organizaciones de interés mutualista (donde los beneficiarios de la actividad son el mismo grupo de personas que la dirigen)⁹. En el mismo sentido, Beveridge denomina a las primeras entidades altruistas y a las segundas entidades mutualistas¹⁰. Serían según estas categorías entidades altruistas o de interés general las fundaciones y asociaciones, y entidades mutualistas las cooperativas, mutuas y mutualidades.

3. Precisamente, **por ser la cooperativa una entidad mutualista quedó excluida su regulación del Código de comercio**, texto que debía recopilar la regulación de las sociedades mercantiles.

El art. 116 del C. de c. define la sociedad mercantil como asociación de personas que “se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro”, y excluye expresamente a las cooperativas de tal calificación en su art. 124 al establecer que, “Las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios a la vejez, y de cualquiera otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija”.

Las razones dadas por el legislador en aquel momento para justificar esa exclusión fueron que a las asociaciones mutuas no se les reconoce como sociedades mercantiles porque “falta en ellas el espíritu de especulación, que es incompatible con la naturaleza de estas Sociedades”, “ni a las cooperativas, porque obedecen ante todo a la tendencia manifiesta en las poblaciones fabriles de nuestro país... de asociarse los obreros con el único objeto de mejorar la condición de cada uno, facilitándoles los medios de trabajar, de dar

⁸ VERGEZ, Mercedes, al analizar las sociedades de base mutualista incluye en la categoría también a las sociedades laborales, de las que dice que aunque carecen de una base mutualista, realizan también una función de promoción social (“Las Sociedades de Base Mutualista” en *Lecciones de Derecho Mercantil*. (Dir. Aurelio MENENDEZ), Thomson Cívitas 2003 p. 459.

⁹ GUI, Benedetto, “Los papeles beneficiarios y dominantes en las organizaciones: el caso de las no lucrativas”. Cuadernos de Trabajo nº 10 Ciriec-España.

¹⁰ BEVERIDGE *A report on methods of social advance*, Londres. George Allen und Unwin Lt. 322, 1948.

salida a sus productos o de obtener con baratura los artículos necesarios para su subsistencia”. “Y como no es el afán de lucro el que impulsa, lo que se ha dado en llamar movimiento cooperativo, no pueden tampoco reputarse como mercantiles estas sociedades, mientras no resulte claramente de sus estatutos o del ejercicio habitual de algunos actos de comercio que merecen aquella denominación” (Exposición de motivos del Código de comercio).

En consecuencia, las cooperativas se considerarán mercantiles cuando realicen “actos de comercio extraños a la mutualidad”, esto es, cuando realicen operaciones calificadas por nuestra legislación como “actos de comercio” (contratos mercantiles). Es difícil concretar qué debe interpretarse por “contrato mercantil” a la vista de la legislación. Un análisis de los contratos que nuestro ordenamiento califica como mercantiles puede llevar a la conclusión de que todos ellos tienen como nota común la finalidad de lucro¹¹, unas veces porque así se establece expresamente en la ley¹², y otras porque se presume al venir caracterizados por la presencia de un comerciante o una sociedad mercantil¹³, que por definición, se constituye para obtener lucro (art. 116 C. de c.).

4. Las cooperativas en la legislación española no son sociedades mercantiles ni civiles.

Como acabamos de ver, las cooperativas no son sociedades mercantiles, porque el Código de comercio las excluye expresamente mientras no realicen actos extraños a la mutualidad (art. 124 C. de c). Pero también podemos decir que no son sociedades mercantiles porque no cumplen los requisitos exigidos por la ley para serlo.

El art. 116 del C. de c. define la sociedad mercantil como asociación de personas que “se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro”. Y los socios de una cooperativa se obligan a poner en fondo común un capital pero no lo hacen para obtener un lucro de él. En primer lugar porque si no lo acuerdan los socios, no existe un derecho a la remuneración del capital, y en segundo lugar porque esa remuneración, cuando se acuerda, tiene que ser necesariamente limitada en su cuantía, marcando la ley el límite máximo. Como dice el principio cooperativo de

¹¹ En este sentido se manifiesta VICENT CHULIÁ tras analizar la legislación mercantil, y citando doctrina de países de nuestra área de cultura latina, como GASTALDI o FERRER CORREIA (Introducción al Derecho Mercantil, 21ª ed. Tirant lo Blanch, 2008 p. 890).

¹² El contrato de compraventa es mercantil cuando se adquieren cosas muebles para ser revendidas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, “con ánimo de lucrarse en la reventa” (art. 325 C. de c.).

¹³ El contrato de depósito es mercantil, entre otros casos, si el depositario es comerciante (art. 303 C. de c.)

participación económica, “Usualmente, los socios reciben una compensación, si la hay, limitada sobre el capital entregado como condición para ser socio”.

Además, si bien las reservas también constituyen un fondo común, no aportado por los socios sino generado con los resultados de la actividad económica de la cooperativa, estas reservas- como dice la Declaración de la ACI- “una parte por lo menos serían irrepartibles”, ... “En muchas jurisdicciones este capital “colectivo” no se distribuye entre los socios si la cooperativa deja de existir; en su lugar, se distribuye entre empresas comunitarias u otras cooperativas asociadas”, o como dice la Comisión Europea: los Estados deben garantizar que, “a la hora de liquidar o transformar una cooperativa, sus activos se distribuyan según el principio cooperativo de “distribución desinteresada”, es decir, entre otras cooperativas en que los socios puedan participar o entre organizaciones de cooperativas con objetivos similares o de interés general”¹⁴

Los socios de una cooperativa se asocian para satisfacer conjuntamente sus necesidades y para ello se obligan a participar en la actividad que desarrolle la cooperativa, actividad que es principalmente económica, y donde el socio participa como consumidor o proveedor de bienes y servicios. En el desarrollo de esta actividad, denominada actividad cooperativizada, los socios aportan bienes (cosecha), servicios (trabajo), dinero (aportaciones para la adquisición de productos o vivienda), etc. Estos bienes y servicios que conforman lo que la doctrina denomina masa de gestión económica, no se integran en un fondo común, porque son propiedad de los socios y son gestionados por la cooperativa de forma tal que cada socio percibirá o satisfará la contraprestación que corresponda a su participación y será responsable de la misma.

Tampoco son sociedades civiles, porque estas, comparten la misma naturaleza que las sociedades mercantiles, diferenciándose solo en el tipo de actividad desarrollada o en la forma adoptada. Así, el art. 1665 del Código civil define la sociedad civil como asociación de personas que “se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”

5- Existe en nuestra doctrina una vieja y recurrente discusión sobre si las cooperativas **deberían o no ser calificadas como sociedades mercantiles**. La discusión tiene su origen en la falta de consenso que existe entre los mercantilistas principalmente sobre determinados conceptos carentes de

¹⁴ Comunicación de la Comisión sobre Fomento de las Cooperativas en Europa, de 23 de febrero de 2004 (punto 3.2.5).

regulación o sobre la interpretación que debe hacerse de aquellos que sí tienen una formulación legal.

Nuestro derecho desde antiguo definía el comerciante y las compañías mercantiles e industriales (sociedades mercantiles), pero no la empresa o el empresario. Sin embargo, poco a poco, principalmente tras la Ley 19/1989 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE, el término empresa y empresario fue incorporándose en la legislación de derecho privado.

Esta ley modificó el Código de comercio en materia de contabilidad y sustituyó el término comerciante por el término “empresario”, sin llegar a definir éste.

Con posterioridad a esta importante reforma, algunas leyes sí recogen un concepto de empresario o de empresa (como sujeto de derecho). Así, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 1/2007 (art. 4) define el empresario a los efectos de esta norma como toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada. En términos muy similares se pronuncia la Ley de Lucha contra la Morosidad 3/2004 (art. 2) para definir lo que es “empresa”, o la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, para definir qué debe entenderse por “profesional” (art. 2).

En cualquier caso, el concepto de empresa o de empresario presente en nuestra legislación es un concepto amplio, en el que caben empresas agrarias, empresas cooperativas o empresas públicas.

Sin embargo la doctrina mercantilista no siempre acepta los conceptos legales y prefiere crear sus propios conceptos de lo que debería ser un empresario, una empresa o una sociedad mercantil, y esos son los que utiliza.

Así, por ejemplo, para Uría¹⁵, el empresario puede ser individual y social, y los empresarios sociales constituyen sociedades mercantiles para intervenir en el mercado, de forma que “las únicas personas jurídicas a las que cabe asignar la condición de empresario son las sociedades mercantiles”, aunque reconoce que determinados entes con personalidad, en referencia a las cajas de ahorro, también realizan actividades similares a la sociedades mercantiles y esto “puede y debe llevar a una paulatina ampliación de la figura del empresario social”.

Uría limita el concepto de empresario social a las sociedades mercantiles, aunque admite que algunas personas jurídicas como las cajas de ahorro podrían llegar a tener cabida en dicho concepto, tras una “paulatina

¹⁵ Derecho Mercantil, 28ª ed. 2001 p. 44.

ampliación”, no sabemos si del concepto legal de empresario social (que no existe) o del concepto doctrinal.

Sánchez Calero¹⁶ por su parte, define al empresario como la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los elementos precisos para la producción de bienes o servicios para el mercado. Para este autor las notas características del empresario serían:

- a) Realizar una actividad de organización de elementos personales y materiales como medio para la producción de bienes y servicios.
- b) La actividad realizada debe ser profesional, es decir, constante o habitual, y ejercerse públicamente, o lo que es lo mismo, “el empresario debe producir bienes y servicios para el mercado, esto es, para terceros”. En cambio, pese a reconocer que para muchos autores la profesionalidad exige ánimo de lucro¹⁷, el autor entiende que no es imprescindible que así sea y por consiguiente, “el ánimo de lucro no debe considerarse como una nota conceptual al empresario”. Sánchez Calero pone como ejemplo de empresa sin ánimo de lucro a la cooperativa y a la empresa pública¹⁸.
- c) Actuación en nombre propio.

El concepto de empresario empleado por este autor es un concepto amplio que permitiría comprender realidades distintas que en nuestra sociedad pueden considerarse como empresarios. Sin embargo, este autor, cuando destaca las consecuencias de ser calificado como empresario, aplica al “empresario” el estatuto jurídico que el código de comercio reserva al “comerciante” y a las “sociedades mercantiles”: inscripción en el Registro mercantil, calificación como

¹⁶ Instituciones de Derecho Mercantil Vol I. 24ª ed. Mc Graw Hill, Madrid 2002, 53.

¹⁷ Así por ejemplo, la tesis defendida por K. Wieland, A. Scäffle y R. Liefmann (comentada por BROSETA en Manual de Derecho Mercantil I Tecnos p. 137) identifica empresa como “el empleo de factores económicos para la consecución de una ganancia patrimonial indeterminada”.

¹⁸ SÁNCHEZ CALERO. Op. cit. p. 56- 57. También alega que las sociedades mercantiles pueden calificarse como empresarios aunque hayan abandonado el ánimo de lucro, y cita el art. 3 de las leyes de SA y SRL. Pero el sentido de estas normas es muy diverso. Según estos artículos, la SA y SRL son mercantiles por la forma, cualquiera que sea el objeto al que se dediquen, es decir, cualquiera que sea la actividad que desarrollen, no cualquiera que sean sus fines (lucrativos o no). Este precepto establece una excepción al principio sentado por el art. 1670 del Código civil según el cual, las sociedades son civiles por el objeto al que se consagren, y podrán revestir todas las formas que reconoce el Código de comercio.

mercantil de los contratos en los que intervengan, etc¹⁹. En definitiva, Sánchez Calero acaba identificando empresario con comerciante o sociedad mercantil.

Por otra parte, Angel Rojo ²⁰ ofrece un concepto amplio de empresario como “persona física o jurídica que, por sí o por medio de representantes ejercita en nombre propio una actividad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad”.

Entre los caracteres de este concepto, destaca también la irrelevancia del ánimo lucrativo para la calificación como empresa. Así afirma: “De lo contrario, algunas sociedades de capital, las sociedades de base mutualista –que no persiguen la obtención de ganancias repartibles, sino un ahorro o una ventaja patrimonial- y, en fin, algunas empresas públicas no serían empresarios en sentido técnico-jurídico”.

Como consecuencias de la calificación de una persona jurídica como empresario, este autor señala el sometimiento del mismo a las obligaciones que el Código de comercio marca para las sociedades mercantiles, como por ejemplo, el deber de inscripción del propio empresario en el Registro Mercantil²¹.

Más adelante dice este autor, que las sociedades de base mutualista y las sociedades de garantía recíproca son sociedades mercantiles, lo que fundamenta en el art. 4 LSGR²². Dice en particular: “Estas sociedades son mercantiles aunque el objeto al que se dediquen no sea mercantil y, por consiguiente, tienen la condición legal de empresario, es decir, están sometidas a las obligaciones propias de cualquier empresario”. Esta condición –añade- la adquieren desde el momento mismo de la inscripción en el Registro Mercantil (art. 47). Rojo no fundamenta porqué califica como sociedad mercantil a la cooperativa, y además, la SGR se inscribe en el Registro Mercantil, pero la cooperativa no es inscribe (salvo las empresas financieras) porque nuestro derecho no le reconoce como sociedad mercantil ni permite su inscripción en este registro.

Este autor, como los anteriores, identifica empresario con empresario mercantil, cuando en realidad existen otros tipos de empresarios tanto públicos como

¹⁹ SÁNCHEZ CALERO. Op. cit. p. 54

²⁰ ROJO, A. en “El empresario”. Lecciones de Derecho Mercantil. Dir. Aurelio Menéndez. Thomson Civiltas, 2003 p. 43.

²¹ ROJO. Op. cit. p. 45.

²² El art. 4 citado dice que “La sociedad de garantía recíproca tendrá siempre carácter mercantil y se registrará por la presente ley y las disposiciones que la desarrollen”.

privados (todos los actores de la economía social), y acaban confundiendo empresa con sociedad mercantil. Así, sería sociedad mercantil todo empresario, pasando por alto el concepto legal de sociedad mercantil y el concepto de empresa amplio que suele utilizar la ley y la mayor parte de los economistas.

Por ello Rojo define las entidades de base mutualista como sociedades mercantiles, sin mayor justificación que el art. 4 de la LSGR. El art. 4 de la LSGR de 1994 califica esta sociedad de base mutualista como sociedad mercantil, pero esta calificación no puede hacerse extensible a otras sociedades de base mutualista.

Por último, Mercedez Vergez ²³, al tratar de las sociedades de base mutualista y en particular de la cooperativa, se refiere a los principios cooperativos como principios fundamentales que caracterizan a la sociedad cooperativa, y añade: “Mas estas características no excluyen su calificación como sociedades mercantiles. Así lo prevé el artículo 124 del Código de comercio para las cooperativas que desarrollen actividades con terceros; pero además, y con carácter general, cabe señalar que de acuerdo con su propia regulación la sociedad cooperativa realiza una actividad de empresa integrada en las reglas del mercado y en sus esquemas de rentabilidad y competitividad, sometida al estatuto del empresario mercantil a través de las normas que establecen y regulan su deber de contabilidad y su sumisión –como tradicionalmente se había venido estableciendo para el empresario- a los procedimientos de suspensión de pagos y quiebra”.

En este caso, vuelve a confundirse empresa con empresario mercantil, y a identificarse la cooperativa con la sociedad mercantil, ahora, porque lo dice el art. 124 del Código de comercio. Recordemos que el art. 124 no dice que las cooperativas sean sociedades mercantiles, sino que “sólo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad”. Tampoco nos dice que realizar actos de comercio extraños a la mutualidad sea lo mismo que “desarrollar actividades con terceros”. Las asociaciones desarrollan actividades con terceros, incluso con ánimo de obtener beneficios en esas actividades, y eso no las convierte en sociedades mercantiles. Nosotros venimos manteniendo que actos extraños a la mutualidad es realizar operaciones lucrativas (actos de comercio) con terceros con ánimo de distribuirse los beneficios entre los socios, que es lo que caracteriza a las sociedades mercantiles.

²³ VERGEZ, M., en “Las sociedades de base mutualista”. Lecciones de Derecho Mercantil. Dir. Aurelio Menéndez. Thomson Civiltas, 2003 p. 460.

También añade esta autora que, como la cooperativa realiza una actividad de empresa, está sometida al estatuto del empresario mercantil.

El **estatuto del comerciante o empresario mercantil** comprende principalmente:

1º El deber de inscribirse en el Registro Mercantil. Así, el art. 16 del C. de c. establece que, el Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de: los “empresarios individuales” y las “sociedades mercantiles” y otras entidades como: “entidades de crédito y de seguros”, “sociedades de garantía recíproca²⁴”, “instituciones de inversión colectiva y los fondos de pensiones”, las “agrupaciones de interés económico”²⁵, y “Cualesquiera personas, naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la Ley”.

El RRM desarrollando este precepto, regula en su Título III la inscripción de los “empresarios” y sus actos:

- i.- la inscripción de los empresarios individuales;
- ii.- de las sociedades mercantiles (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad colectiva y comanditaria);
- iii.- de las sociedades especiales (SGR, Cooperativas de crédito y seguros, mutuas y MPS, sociedades de inversión mobiliaria e inmobiliaria y AIE),
- iv.- y otras entidades (cajas de ahorro, fondos de inversión, fondos de pensiones o sociedades extranjeras).

Como puede verse, ni el Código de comercio ni el Reglamento del Registro Mercantil consideran a las cooperativas como sociedades mercantiles, ni es posible su inscripción en este Registro, excepción

²⁴ Pese a que la LSGR califica éstas como sociedades mercantiles, el Código no la incluye entre las sociedades mercantiles, aunque sí admite su inscripción en el Registro Mercantil.

²⁵ La AIE es también una entidad de base mutualista, que por su procedencia francesa, utiliza con propiedad el término agrupación y no sociedad, porque como dicen los Considerandos del Reglamento CEE nº 2137 de 25 de julio de 1985 relativo a la AEIE “la agrupación se distingue de una sociedad principalmente por su objetivo, que es únicamente el de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros para permitirles mejorar sus propios resultados”, es decir, no es sociedad porque su fin es exclusivamente mutualista, por ello se denomina “agrupación”. Sin embargo, el legislador español al incorporar a nuestro ordenamiento la AIE con la ley 12/1991, si bien mantiene su finalidad mutualista y su carencia de ánimo de lucro: “La Agrupación de Interés Económico no tiene ánimo de lucro para sí misma” (art. 2), decide calificarla como mercantil (art. 1). No obstante esta calificación, como en el caso de la SGR, para el Código de comercio no las considera sociedades mercantiles, aunque sí se inscribirán en el Registro Mercantil.

hecha de las cooperativas específicamente indicadas, que por razón de su condición de entidades de crédito o de seguros, deben inscribirse en él.

2º El deber de llevar la contabilidad. Este deber se recogía en el Código de comercio como “De los libros de contabilidad de los comerciantes” (art. 33) y limitaba su aplicación a los comerciantes individuales y a las sociedades mercantiles (anónima, limitada, colectiva y comanditaria). El PGC es una norma de desarrollo del Código de comercio y de igual ámbito de aplicación. No obstante, la legislación cooperativa a partir de los años 80 empezó a llamar a la aplicación de estas normas a favor de las cooperativas. Así por ejemplo, el art. 82.2 LGC 1987: “Las partidas del Balance se valorarán con arreglo a los principios generalmente aceptados en Contabilidad”, o con anterioridad la LCCV 1985, cuyo art. 56.3 establecía: “La contabilidad de la cooperativa se regirá por los principios de veracidad ..., y por las normas establecidas en el Código de Comercio y se ajustará a los criterios y esquemas del Plan General de Contabilidad, con las adaptaciones reglamentarias que correspondan a la actividad de la Cooperativa y las exigidas por la naturaleza de ésta”.

Con la reforma en 1989 del Código de comercio y la referencia a la contabilidad de los “empresarios”, podía entenderse que el legislador quería extender esta obligación más allá de los comerciantes individuales y las sociedades mercantiles, aunque es cierto que sus normas están pensadas para las sociedades mercantiles (sociedad anónima, limitada, colectiva y comanditaria) y sólo a ellas se refiere en su articulado.

3º Los comerciantes y las sociedades mercantiles estaban sometidos, antes de la aprobación de la Ley Concursal nº 22 de 2003, a procedimientos concursales especiales. La quiebra se aplicaba a los comerciantes individuales (art. 874 y ss) y a las sociedades mercantiles (art. 923 y ss). Y la suspensión de pagos, regulada por la Ley de 1922, igualmente, al comerciante y a la sociedad mercantil (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad colectiva y sociedad comanditaria).

Al margen de estos casos, el procedimiento concursal que procedía aplicar a los deudores que no podían hacer frente al pago de sus deudas era el concurso de acreedores y la quita y espera, regulados por el Código civil, procedimientos poco apropiados para empresarios y que no ofrecían al deudor las ventajas de la quiebra y suspensión de pagos²⁶.

²⁶ Ya en 1964 SANCHEZ CALERO, F y OLIVENCIA RUIZ, M. reivindicaban para la cooperativa la aplicación de los procedimientos propios de los empresarios mercantiles, en “Relaciones del régimen jurídico de las sociedades mercantiles y de

Por ello, desde antiguo, ya la legislación cooperativa llamaba a la aplicación a las cooperativas de estos procedimientos (art. 46.6 Ley 1974 o art. 115 LGC 1987). De no existir esta remisión expresa, a las cooperativas no les habría sido de aplicación estos procedimientos, porque la ley los reservaba a las sociedades mercantiles (anónima, limitada, colectiva y comanditaria) y a los comerciantes²⁷.

Las anteriores referencias a la doctrina ponen de manifiesto, como diría el profesor Vicent Chuliá, la ausencia de rigor de nuestra doctrina en la formulación de los conceptos, como son los de “derecho mercantil”, “empresario”, “sociedad” o “sociedad mercantil”; ya que prescindían de los textos legales y los sustituyen por construcciones propias. De esta forma, van transformando el Derecho mercantil que en su opinión “debe ser” por el Derecho mercantil que “es”, y así, tales construcciones, además, gracias a la cerrazón de las Escuelas y la falta de sentido crítico en el estudio del Derecho, han sido repetidas con reiteración hasta convertirse en dogmas; es decir, en verdades indiscutibles y gratuitas²⁸. En el mismo sentido se manifiesta entre otros Diez Picazo, denunciando cómo la doctrina mercantilista frecuentemente sustituye el Derecho mercantil “que es” por el que, según los autores “debería ser”²⁹.

las sociedades cooperativas”, en *El Cooperativismo en la coyuntura española actual*. Anales de Moral Social y Económica. Centro de Estudios de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, Madrid, 1964 p. 174.

²⁷ Hasta 1974 no se aplicó a la cooperativa la quiebra y suspensión de pagos, como pone de manifiesto la doctrina del momento (Polo, Garrigues, De Benito, Mampel y Rigau) y la jurisprudencia, en particular (STS 8 julio 1926). Véase por todos TORRES DE CRUELLES, J. La suspensión de pagos, Ed. Bosch, Barcelona 1957, p. 150-152. Más recientemente, el TS en sentencia de 24 de febrero de 1990 (RA. 22) se plantea cual es el procedimiento concursal aplicable a una cooperativa valenciana, ya que la Ley 11/1985 por la que se regía establecía en su art. 67.1 que “A la cooperativa se aplicará la legislación concursal estatal”. El Tribunal consideró aplicable a la cooperativa la suspensión de pagos y la quiebra porque “puede calificarse a las Sociedades Cooperativas como empresarios sociales, tengan o no un fin lucrativo, alcanzándoles, ciertamente, muchas disposiciones mercantiles, que han de ser respetadas por el legislador autonómico, según mandato constitucional”. En contra de la naturaleza mercantil de la cooperativa puede citarse una amplia jurisprudencia: STS 4 noviembre 1985 RA. 5661; 25 marzo 1991, RA. 3097 y de 1 febrero 1992, RA. 862.

²⁸ VICENT CHULIÁ, F. “Doctrina, ciencia de la legislación e institucionalización del Derecho Mercantil en la última década”, en Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, Tomo III. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995 p. 4090.

²⁹ DIEZ PICAZO. Prefacio a la 4ª ed. de Fundamentos del Derecho Privado Civil Patrimonial. Madrid. Civitas, 1993.

Si bien reconocemos el poco rigor empleado al identificar empresa con sociedad mercantil o cooperativa con sociedad mercantil, sí pensamos que igual que el legislador en su momento calificó como “sociedad mercantil” la sociedad de garantía recíproca o como “mercantil” la agrupación de interés económico, aun siendo éstas entidades de base mutualista como la cooperativa, también podría hacerlo con la cooperativa.

Pero entonces, la cuestión que nos debemos plantear es qué ganaríamos y qué consecuencias tendría.

Seguramente no cambiarían mucho las cosas, quizás se admitiese la inscripción en el Registro Mercantil de todas las cooperativas como en el caso de la SGR y AIE; seguramente el legislador seguiría diferenciando como hasta ahora entre sociedades mercantiles y sociedades cooperativas al regular temas como la transformación de sociedades cooperativas en sociedades mercantiles y viceversa³⁰; y al regula las sociedades de capital seguiría limitando su ámbito a las sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones. Tampoco creemos que si se aprobase finalmente el Código de las Sociedades Mercantiles se incluyera entre las mismas las cooperativas³¹, ni que se aplique

³⁰ La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, puede hacer pensar que considera como sociedad mercantil a la cooperativa, porque hace una expresa referencia a la misma (art. 2.2º, 4 o 7) aunque sea para remitir su regulación a lo previsto en la normativa cooperativa que le sea aplicable. Sin embargo, el contenido de la ley no deja lugar a dudas al diferenciar claramente supuestos como la transformación de sociedad cooperativa en sociedad mercantil o de sociedad mercantil en sociedad cooperativa. La razón –en mi opinión - de esta referencia a la cooperativa en un contexto relativo a las sociedades mercantiles, se advierte en la exposición de motivos de la ley, donde se utiliza indistintamente los términos de sociedad y sociedad mercantil, y así se afirma que “Aunque el régimen jurídico de estas operaciones societarias tiene como modelo subyacente el de las sociedades de capital, se trata de una normativa general mercantil sobre modificaciones estructurales de sociedades y, en cuanto ley general mercantil, aplicable a cualquier sociedad de esta naturaleza, con independencia de la forma o del tipo social, ...”. Podría pensarse que la ley pretende abarcar en su regulación todo supuesto de modificación estructural de sociedades, en sentido amplio, bajo la cobertura de la competencia estatal sobre legislación mercantil.

³¹ La propuesta de Código de Sociedades Mercantiles (Propuesta aprobada por la Comisión General de Codificación el 16 de mayo de 2002, y elaborada por Fernando Sánchez Calero, Alberto Bercovitz y Angel Rojo) define las sociedades mercantiles como aquellas “que tengan por objeto la producción o el intercambio de bienes o de servicios para el mercado” y las que, cualquiera que sea su objeto, adopten la forma de sociedad colectiva, comanditaria, anónima o limitada, y aquellas a las que la ley le atribuye tal carácter (art. 1). La nueva definición de sociedad mercantil que propone es mucho más amplia que la anterior (art. 116 C. de c.), no remite a la exigencia de crear un fondo común ni al ánimo lucrativo, basta realizar una actividad de producción o intermediación en el mercado. Este concepto podría llevar a la calificación de sociedad mercantil a las sociedades civiles, e incluso, asociaciones y sociedades cooperativas. Pero el contenido de la ley es mucho más reducido y concibe como sociedades

a éstas la normativa sobre fusiones transfronterizas que adapta la Directiva 2005/56³²

Pero quizás entonces ganarían más fuerza tesis como la de M^a José Morillas que fundamentándose principalmente en la opinión de Uría y Sánchez Calero, llega a la conclusión de que la cooperativa es una sociedad mercantil y por tanto, “también habrá que ser coherente con esta calificación, llevándola a sus últimas consecuencias, sometiendo a revisión las competencias de los Registros de Cooperativas en detrimento del Registro Mercantil, el tratamiento fiscal y las medidas de fomento que se ponen en práctica respecto de estas sociedades, simplemente por la forma que adoptan. Y, sobre todo concluyendo el carácter mercantil de su legislación reguladora, y la competencia estatal en punto a los aspectos de Derecho privado”³³.

No creemos que reclamar la calificación de sociedad mercantil para la cooperativa sea tan relevante como la necesidad de que el modelo de empresa al que llamamos cooperativa, pueda seguir identificándose como tal, conforme a los criterios que internacionalmente se toman como referencia, esto es, conforme a la Declaración de la ACI sobre la Identidad Cooperativa.

mercantiles las tradicionales, con marginales excepciones excluidas de la ley, y que justifica en la exposición de motivos.

³² La Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas de sociedades de capital, introduce cierta confusión sobre el concepto de sociedad de capital, pues identifica como tal a “cualquier sociedad con capital social que goce de personalidad jurídica, que posea un patrimonio separado que responda por sí solo de las deudas de la sociedad y (esté) sujeta por su legislación nacional a condiciones de garantías tales como las previstas por la Directiva 68/151/CEE para proteger los intereses de socios y terceros” (art. 2.1). El concepto de “sociedades de capital” es tan amplio que puede abarcar a cooperativas, asociaciones y a otras muchas formas jurídicas, pero la propia Directiva reconoce que “Los Estados miembros podrán decidir que la presente Directiva no sea aplicable a las fusiones transfronterizas en las que participe una sociedad cooperativa incluso cuando ésta se vea cubierta por la definición de “sociedad de capital” que figura en el artículo 2, apartado I” (art. 3.2).

A pesar de la amplitud de la Directiva, la Ley 3/2009 al incorporarla a sus arts. 54 a 67 limita su aplicación. Así, el art. 54.2 dice: “Las sociedades de capital sujetas a la legislación española que pueden participar en fusiones transfronterizas son las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada. Más tarde, la Disposición Final 7^o de esta Ley, habilita al Gobierno para que en el plazo de doce meses proceda a refundir en un único texto, y bajo el título “Ley de Sociedades de Capital”, las leyes reguladoras de las sociedades de capital. Esta ley, como en la exposición de motivos se aclara, se limitará a refundir las normas reguladoras de las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, y comanditarias por acciones.

³³ MORILLAS, M^a José. Curso de Cooperativas. 2^a ed. Tecnos. 2002 pp. 78 y 81.

No obstante lo anterior, sí debemos denunciar la poca consideración de que son objeto las cooperativas por parte del legislador español, a pesar de su importancia en nuestra sociedad, tanto cuantitativa como cualitativamente. Esta crítica puede hacerse extensible a toda empresa que no sea la convencional empresa capitalista.

Pensamos que la situación es debida en parte a que se ha tomado **la sociedad anónima como modelo de empresa** y se ha confeccionado el marco regulatorio de la empresa a la medida de la sociedad anónima, desatendiendo la existencia de otras formas jurídicas de empresa, como la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad civil, la sociedad colectiva, la asociación, la fundación-empresa, la mutualidad, la agrupación de interés económico, la sociedad agraria de transformación, la sociedad de garantía recíproca o la cooperativa. Como consecuencia, las normas sobre competencia, sobre fiscalidad, contabilidad, etc, están pensadas para la sociedad anónima, modelo de empresa por antonomasia, y por ello son inaplicables o ajustan mal a otros modelos de empresa, lo que exige su adaptación a las pymes, a las asociaciones, a las cooperativas, etc.

En definitiva, falta en nuestra legislación una adecuada regulación de la empresa, del estatuto del empresario, que sea común para todos, con independencia de los fines particulares que cada uno busque con la realización de su actividad económica, o de la forma jurídica que adopte.

Esta falta de adecuación de la legislación a la realidad empresarial no se ha dado sólo en España, también se observa en la legislación de la UE.

La **CEE** consideró desde sus inicios que la pluralidad de leyes regulatorias de los agentes económicos en Europa representaba un obstáculo para la realización del mercado común por lo que había que proceder a la armonización del derecho de sociedades, pero el propósito se limitó a las sociedades anónimas (salvo ciertas excepciones).

Más tarde, y abandonada la idea de armonizar la “legislación societaria” (mejor, sería decir la legislación de sociedades anónimas), y reconduciendo los esfuerzos regulatorios hacia la constitución de un estatuto de sociedad europea, “la sociedad europea” se concibió exclusivamente como una sociedad anónima³⁴.

Como reacción ante esta situación, y ante la evidencia de que la mayoría de las empresas en la Unión Europea no son sociedades anónimas, el legislador

³⁴ La “*Societas Europaea*” o sociedad europea, ha sido traducida al castellano como sociedad anónima europea, en atención a que su forma jurídica ha de ser necesariamente la de sociedad anónima, pero abreviadamente debe designarse como “SE”. Véase el art. 1.1 del Reglamento (CE) Nº 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)

comunitario ha reconsiderado la oportunidad de crear otros estatutos de sociedades también europeas, como la sociedad cooperativa europea, la fundación europea o la sociedad privada europea (equivalente a nuestra sociedad de responsabilidad limitada).

Ante esta situación de desprotección y de desatención de las cooperativas, las opciones que se plantean pueden ser, reclamar la calificación de sociedad mercantil para las cooperativas como parte de la doctrina española defiende, o exigir al legislador que contemple la diversidad de formas de empresa, que las regule adecuadamente, y no las discrimine en atención a la forma elegida.

Esta segunda opción es por la que desde 2001 ha apostado la ONU³⁵ y más recientemente están demandando algunas instituciones europeas como el Parlamento³⁶ o el Comité Económico y Social Europeo. Este último, en un Dictamen de 1 de octubre de 2009 que lleva por título “Distintos tipos de empresa”, describe la diversidad de formas de empresa existentes en la Unión Europea, y defiende su salvaguarda y fomento como claves para alcanzar el mercado único y mantener el modelo social europeo. Por ello, pide que el marco regulatorio de las empresas promueva la diversidad y pluralidad de formas de empresa, lo que constituye –dice- uno de los principales activos de la UE.

Es una pena que nuestro legislador no haya optado por una regulación conjunta del Derecho de los empresarios que abarque a todas las formas jurídicas mediante las que puede desarrollarse una actividad empresarial, o al menos haga extensibles algunas materias del Derecho de las sociedades mercantiles a todas las empresas, siempre que, al regular sus disposiciones se tengan en cuenta sus particularidades, como podría ser en materias como constitución y registro de empresas o sociedades, contabilidad y cuentas

³⁵ En relación con las cooperativas, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su 88ª sesión plenaria, el 19 de diciembre de 2001 (A/RES/56/114) insta a todos los Estados a asegurar un entorno propicio en que las cooperativas puedan participar en igualdad de condiciones con otras formas de empresas.

Precisamente, esta Resolución es uno de los fundamentos en que justifica el Consejo de la UE la necesidad de aprobar un Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea que facilite a las cooperativas el desarrollo de actividades transfronterizas (Considerandos del Reglamento (CE) 1435/2003, de 22 de junio, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.

³⁶ El Parlamento, en su Informe sobre la Economía Social (298/2250(INI) de 26 de enero de 2009), define las empresas de la economía social como una forma de emprender distinta a la de las empresas de capitales. Recuerda que el Tratado constitutivo de la CE reconoce la pluralidad de formas empresariales y pide a la Comisión que promueva la Economía Social como un “enfoque diferente de la empresa”, cuyo motor principal no es la rentabilidad financiera sino los beneficios para toda la sociedad.

anuales, modificaciones estructurales, unión de sociedades y grupos de sociedades, etc.

6. Así que, de momento, y mientras no cambie la normativa española, **las cooperativas no son sociedades civiles, ni mercantiles, ni asociaciones en sentido estricto, son una forma específica de organización empresarial de base mutualista.**

Esto no excluye que en otros países donde los conceptos de asociación o de sociedad difieren del nuestro, las cooperativas puedan considerarse asociaciones o sociedades, incluso sociedades mercantiles. Así por ejemplo, las cooperativas en Holanda son asociaciones³⁷; en Portugal no son ni asociaciones ni sociedades, son un *tertium genus*³⁸, en Italia la cooperativa se denomina sociedad, pero la propia ley la caracteriza por fines diferentes a las sociedades y las regula en capítulo diferente al de las sociedades³⁹; en Francia, las cooperativas pueden calificarse como sociedades, porque el concepto de sociedad se amplió en 1978 para abarcar, además del ánimo de repartir beneficios, el de obtener ventajas económicas para los socios (art. 1832 C. c.). Pero la ley sigue diferenciando a las sociedades cooperativas de las sociedades civiles y de las mercantiles⁴⁰. En Alemania, por el contrario, la cooperativa se describe como comerciante -*Kaufleute*⁴¹. Por ello, la doctrina

³⁷ Art. 53 Código Civil Holandés (Libro II Personas jurídicas, Título 3. Cooperativas y Sociedades de Garantía mixta).

³⁸ La Ley 51/1996 que aprueba el Código Cooperativo Portugués, define la cooperativa (art. 2) como persona colectiva autónoma, de libre constitución, de capital y composición variable, que , a través de la cooperación y la ayuda mutua de sus miembros, con obediencia a los principios cooperativos, buscan, sin fines lucrativos, la satisfacción de las necesidades y aspiraciones económicas, sociales o culturales de aquellos". Como dice Rui NAMORADO, las cooperativas en Portugal no son asociaciones dada su naturaleza empresarial, ni son sociedades mercantiles por su ausencia de ánimo de lucro (*Introdução ao Direito Cooperativo*, Ed. Almedina, 2000 p. 308 a 327).

³⁹ En Italia, la sociedad se define como contrato por el que dos o más personas aportan bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica con el fin de dividirse los beneficios (art. 2247 C.c); y la sociedad cooperativa, como dice el art. 2511 son "sociedades de capital variable y fin mutualista". Las sociedades se regulan en el Título V del Libro V del Código civil, y dentro de ellas la sociedad simple, la sociedad en nombre colectivo, comanditaria, la sociedad por acciones y la sociedad de responsabilidad limitada; mientras que las sociedades cooperativas junto con las mutuas se regulan en el Título VI del Libro V.

⁴⁰ El Código Rural define las cooperativas agrícolas como "una categoría especial de sociedades, distintas de las sociedades civiles y de las sociedades mercantiles" (art. L.521-1),

⁴¹ Art. 17 Ley de cooperativas de 1889. El concepto de comerciante, se define en el Código de comercio alemán como "aquel que explota una empresa" (§1 ap. 1), y se define empresa como "cualquier explotación mercantil, salvo aquella que, por razón de

califica la cooperativa de sociedad mercantil por su forma jurídica y aunque no desarrolle actividades mercantiles⁴². Por su estructura la cooperativa se asemeja en Derecho alemán a la asociación, pero se distingue de ésta en que “El fin social de la cooperativa ha de consistir en el fomento del lucro o de los intereses económicos de sus socios por medio de una actividad empresarial común”. Esta finalidad, en opinión de Großfeld⁴³ constituye el criterio fundamental para distinguir la cooperativa de otras asociaciones, y a su vez prohíbe “que se utilice esta figura como organización para obtener y maximizar ganancias”; aunque, la doctrina reconoce que desde que el § 8, nº 5 de la Ley de cooperativas permite los negocios con terceros “la cooperativa se acerca a las empresas mercantiles”.

7. No obstante lo dicho hasta el momento, que la cooperativa no sea por naturaleza una sociedad mercantil no significa que una cooperativa en particular no pueda ser considerada una sociedad mercantil cuando cumple los requisitos exigidos por la ley para ser calificada como tal.

Según la legislación vigente, **una cooperativa sería mercantil**: si sus socios ponen en fondo común bienes para obtener beneficios repartibles (art. 116 C. de c), o si se dedica a actos de comercio extraños a la mutualidad (art. 124 C. de c).

Estas normas admiten la existencia de sociedades cooperativas mercantiles y sociedades cooperativas no mercantiles.

En ambos casos, para seguir hablando de cooperativas, deben darse las características propias de las cooperativas: mutualidad (al menos preferentemente), democracia en la gestión, adhesión voluntaria y abierta, etc.

8. **Una sociedad cooperativa sería mercantil** si además de desarrollar la actividad cooperativizada⁴⁴ por cuenta de sus socios como actividad principal,

su clase o de sus dimensiones, no requiera un establecimiento organizado con criterios mercantiles” (§1 ap. 2). La ley no define que son “criterios mercantiles”, pero tampoco afecta ello a la cooperativa, porque como decimos, en Alemania la cooperativa es comerciante por la forma, no por su actividad, y por tanto no importa como pueda calificarse ésta, aunque es cierto que la doctrina reconoce que cuando la cooperativa realiza operaciones con terceros su funcionamiento se aproxima al de las empresas mercantiles.

⁴² Friedrich KÜBLER en Derecho de Sociedades. 5ª ed. Fundación Cultural del Notariado, 2001 p. 80.

⁴³ GROSSFELD, Genossenschaft und Eigentum, 1975 p. 21

⁴⁴ El concepto de actividad cooperativizada ha generado cierta confusión sobre su sentido al haber proliferado en algunas leyes expresiones como actividad cooperativizada con socios y actividad cooperativizada con terceros, lo que reconduce a identificar este término con el de objeto social de la cooperativa. En nuestra opinión,

realizara otro tipo de actividades económicas por cuenta propia, son su patrimonio (fondo común) y con ánimo de lucro o de distribuir los beneficios entre sus socios.

El concepto **de ánimo de lucro** utilizado, merece ser aclarado, ya que su uso por la legislación no siempre se identifica en el mismo sentido.

El art. 116 del C de c, como hemos visto, identifica la sociedad mercantil como asociación de personas que ponen bienes en un fondo común con ánimo de lucro. El art. 1665 del C. C por su parte, identifica la sociedad civil como aquella en la que sus socios ponen en común bienes para repartirse las ganancias.

En ambos casos, se crea un fondo común que se destinará a desarrollar actividades económicas con el fin de obtener beneficios que posteriormente, bien al cierre del ejercicio o a la liquidación de la sociedad, puedan distribuirse entre los socios. Uno de los elementos configuradores de las sociedades civiles y mercantiles, y por tanto, indisponibles por los socios incluso estatutariamente, es precisamente el derecho al reparto de los beneficios⁴⁵.

Las leyes que regulan las entidades mutualistas, así como la legislación cooperativa tradicional hacen referencia a la ausencia de ánimo de lucro en la actuación de estas entidades para indicar que, el objetivo perseguido por la entidad, en sus operaciones con los socios, no es obtener beneficios económicos como consecuencia de esa intermediación (lucro objetivo), sino ofrecerle al socio la máxima utilidad, en calidad o precio.

Podríamos decir que la cooperativa o mutualidad, renuncia a los beneficios que obtendría en esa intermediación cualquier sociedad lucrativa como son las sociedades mercantiles o civiles, a favor del socio, de un mejor precio por su aportación de bienes o servicios, o de un ahorro por su consumo. Por ello se dice que los socios agrupados en cooperativa se ahorran el beneficio de la intermediación, como explícitamente dice el art. 1 de la ley francesa 47/1775, de 10 de septiembre, que contiene el Estatuto General de la Cooperación “Las cooperativas son sociedades cuya finalidad prioritaria consiste en: 1º Reducir, en beneficio de sus miembros y mediante el esfuerzo común de éstos, el precio de coste y, en su caso, el precio de venta de determinados productos o

la actividad cooperativa es –como claramente expone la LCCV en su art. 2- la constituida por el conjunto de las prestaciones y servicios que, sin mediar ánimo de lucro, realiza la cooperativa con sus socios, en cumplimiento del fin de la cooperativa, esto es, para satisfacer las necesidades de sus socios. Una clara exposición de esta controversia puede verse en VARGAS VASSEROT pp. 63 a 69, quien concluye igualmente reivindicando el sentido estricto de la expresión “actividad cooperativa o cooperativizada” identificable como la actividad propia de la cooperativa realizada con los socios en el ámbito interno.

⁴⁵ Sobre el ánimo de lucro como principio configurador de las sociedades véase VICENT CHULIA, F. en Introducción al Derecho Mercantil p. 292; y las SSTs de 7 de abril de 1989 (R. 2996) y 4 de julio de 1988 (R. 5555).

servicios, asumiendo la función de los contratistas o intermediarios cuya remuneración gravaría los costes”.

Como consecuencia de esta característica de las sociedades mutualistas, si de la actividad interna con los socios, se deriva un resultado positivo, se denomina “excedente” y no “beneficio”, y su destino propio es ser “retornado” al socio, salvo que estos, reunidos en asamblea general, decidan otro destino.

La falta de comprensión del concepto “ánimo de lucro” en el ámbito cooperativo, ha llevado a que la expresión haya sido progresivamente suprimida de las legislaciones cooperativas, aunque el contenido de la ley sigue reflejando esa ausencia de ánimo lucrativo al preverse el retorno de los excedentes a los socios que los han generado y en la medida en la que los han generado con su trabajo o esfuerzo⁴⁶.

La discusión sobre el concepto de ánimo de lucro en la cooperativa no es exclusiva de los últimos años, el Reglamento para la aplicación de la Ley de Cooperativas de 2 de enero de 1942, aprobado por Decreto de 11 de noviembre de 1943, tras declarar en su art. 1 que la sociedad cooperativa es la reunión de personas que se obligan a aunar sus esfuerzos, con capital variable y sin ánimo de lucro, al objeto de lograr fines comunes de orden económico-social, explica que “El lucro al que se refiere el artículo 1º de la misma es el calificado de mercantil, o sea, el que supone un beneficio exclusivo para la intermediación”.

Por supuesto, que la actividad cooperativizada (o interna entre cooperativa y socios) no tienda a la obtención de un lucro, es perfectamente compatible con la obligación que recae sobre la cooperativa de satisfacer en las mejores condiciones de calidad y precio las necesidades que sus socios le han encomendado.

Como dice la Declaración de la ACI sobre la identidad cooperativa, en relación con el servicio que la cooperativa debe prestar a sus socios: “las cooperativas están organizadas por los socios para su beneficio individual y mutuo”, que “Las necesidades de los socios pueden ser singulares y limitadas, pueden ser diversas, pueden ser sociales y culturales así como puramente económicas, pero, sean lo que sean, son la razón central por la que existe la cooperativa”, y por último que “Cada cooperativa ... debe luchar, por tanto, por servir a sus socios eficaz y eficientemente”.

La cooperativa debe satisfacer al socio la utilidad o ventaja cooperativa a través de la calidad del servicio prestado y del precio cobrado o ahorro proporcionado (cooperativas de consumidores), o del precio abonado (cooperativas de

⁴⁶ Por contraste, la legislación cooperativa en los últimos años, hace extensible erróneamente, el tratamiento que debe darse a los excedentes y pérdidas derivadas de la actividad desarrollada con los socios, al reparto de los beneficios y pérdidas derivados de su actuación mercantil.

proveedores de bienes o servicios) como anticipo (o valoración previa), más los excedentes distribuidos en concepto de retornos.

Volviendo al supuesto planteado, decíamos que una sociedad cooperativa sería mercantil si además de desarrollar la actividad cooperativizada por cuenta de sus socios como actividad principal, realizara otro tipo de actividades económicas por cuenta propia, con patrimonio propio (fondo común) y con ánimo de lucro o de distribuir los beneficios entre sus socios.

Sería mercantil la cooperativa que con habitualidad, destinase parte de su patrimonio a cualquier actividad económica no desarrollada con el fin de satisfacer en las mejores condiciones de calidad y precio las necesidades de sus socios, sino con el fin de obtener una rentabilidad económica distribuible en algún momento entre sus socios. Si el fin de esa actividad no es distribuir las ganancias y por tanto, los beneficios obtenidos no se distribuyen entre los socios, no puede decirse que esa actividad es mercantil.

Igual consecuencia podría obtenerse si quien explota ese fondo común de la cooperativa con ánimo de lucro es una tercera persona. Por ejemplo, una sociedad mercantil (unipersonal o no) constituida o participada por la cooperativa para realizar una actividad mercantil, y cuyos beneficios pueden distribuirse entre los socios.

Que los beneficios obtenidos de actividades especulativas se distribuyan según criterios cooperativos, esto es, en proporción a la participación del socio en la actividad cooperativizada, y no en proporción al capital social, no transforma aquella en una actividad propia de las cooperativas, ni sus resultados en resultados cooperativos distribuibles entre los socios.

Distinto sería el caso, cuando la cooperativa, con el fin de satisfacer las necesidades de sus socios en las mejores condiciones de calidad y precio, desarrolla cualquier actividad económica, por sí o por otro, con el fin de revalorizar la masa de gestión económica aportada por los socios. Por ejemplo, cuando la cooperativa transforma la producción aportada por sus socios o destinada a éstos, o revaloriza los fondos aportados por los socios para la adquisición de los bienes necesitados (ej: aportaciones para la construcción o adquisición de vivienda en una cooperativa de viviendas).

9. Según la legislación vigente, también sería mercantil, la sociedad cooperativa que se dedica a actos extraños a la mutualidad.

Según el art. 124 del C. de c., las cooperativas se considerarán mercantiles y quedarán sujetas a las disposiciones de este código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad. Esto es, cuando realicen actividades de intermediación con no socios con ánimo de obtener beneficios repartibles.

No parece suficiente para calificar una cooperativa como mercantil que realice actos con terceros, ni siquiera que esa actividad se realice con ánimo de lucro, porque la sociedad mercantil, como vimos anteriormente exige la concurrencia de dos requisitos: creación de un fondo común y finalidad lucrativa.

Sí sería mercantil la cooperativa que con habitualidad desarrolla actividades de intermediación, con no socios, asumiendo directamente las consecuencias de esa actividad, y con ánimo de distribuir los resultados entre los socios (lucro subjetivo).

Por último, podríamos decir que una sociedad cooperativa no sería mercantil:

1º Si desarrolla su actividad económica principalmente con sus socios, con ánimo de satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales o culturales.

2º Si en esa actividad económica desarrollada con los socios, participan habitualmente personas que no son socios, pero los resultados que de la misma se obtengan, no son repartibles entre los socios, ni siquiera a la liquidación de la cooperativa.

3º Si la cooperativa desarrolla otro tipo de actividades no destinadas a revalorizar la masa de gestión económica, actividades que en una cooperativa no pueden ser de mayor importancia que la actividad cooperativizada, y los resultados que de la misma se obtengan, no son repartibles entre los socios

10. Pero, aunque podamos llegar a describir cuando una cooperativa podría considerarse sociedad mercantil según nuestra legislación, **sólo cuando el legislador así lo establezca, podremos hablar de cooperativas mercantiles**; y sólo cuando el legislador estatal lo señale, podrá aplicarse a las cooperativas el estatuto propio de las sociedades mercantiles.

11. La exclusión de la cooperativa del concepto de sociedad civil y sociedad mercantil va a tener importante transcendencia en nuestro país, a la hora de determinar el poder público competente para su regulación. Como es sabido, al no estar expresamente prevista en la Constitución la competencia para regular las cooperativas, y no integrarse ésta en la legislación civil ni mercantil, en aplicación del art. 149.3 CE, las Comunidades Autónomas han ido asumiendo en sus Estatutos de Autonomía dicha competencia, y como consecuencia tenemos en la actualidad una ley estatal y 13 leyes autonómicas de cooperativas.

12. Por otra parte y por la misma razón, podemos decir que **las sociedades cooperativas de funcionamiento mercantil o cooperativas mercantiles, sólo deberían ser reguladas por el legislador estatal.**

En 1978 fecha en la que se aprueba la Constitución Española, todas las cooperativas constituidas conforme a la Ley de Cooperativas 52/1974, de 19 de diciembre, son sociedades cooperativas no mercantiles.

Así, se define la cooperativa como sociedad que realiza en régimen de empresa en común, cualquier actividad económico-social lícita para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros y al servicio de éstos y de la comunidad (art. 1).

En esos momentos, estas cooperativas no pueden realizar “operaciones extraordinarias con terceros” salvo autorización del Ministerio de Trabajo; y en el caso de que se realicen, deben destinarse sus resultados al Fondo de Educación y Obras Sociales (art. 17. Tres). Este Fondo es irrepartible entre los socios (art. 17 Seis), incluso, en caso de liquidación (art. 20.Dos). El Reglamento de la ley, aprobado por RD. 2710/1978, de 16 de noviembre, desarrolló en su art. 10 la posibilidad de solicitar autorización para realizar operaciones con terceros o público en general, las condiciones a que se sometería esta autorización y el destino de los resultados al fondo irrepartible de educación y obras sociales.

Siendo en 1978 las cooperativas, por exigencia legal, sociedades no mercantiles, excluidas del ámbito de aplicación de la legislación mercantil, no extraña que su regulación pudiera ser asumida por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía.

13.- La primera excepción vino con la Ley vasca 1/1982 de cooperativas, y en relación exclusivamente con las cooperativas de consumo, a las que se les reconoce la posibilidad de suministrar a no socios, cuando lo prevean los Estatutos, pero en lugar de destinar esos resultados al FEOS, como decía la legislación precedente, o a otros fondos irrepartibles, permite no diferenciar resultados y repartirlos parcialmente. Como decía el art. 57.2 de la Ley 1/1982, estaban las cooperativas obligadas a destinar como mínimo el 40% de sus excedentes netos al Fondo de Reserva Obligatorio, siendo esta irrepartible entre los socios (art. 27.2), incluso en caso de liquidación de la cooperativa (art. 53 in fine). Pero la doble novedad que ofrece esta ley es que permite realizar operaciones con terceros no socios sin limitaciones en su cuantía y permite la distribución de parte de esos resultados entre los socios. Este régimen permitía la existencia de cooperativas de consumo vascas formadas por cuatro socios personas físicas (art. 10), y un número ilimitado de clientes, a condición de que el 40% de los beneficios se destinasen a un fondo irrepartible.

Más acertada fue en nuestra opinión la solución dada por la legislación catalana y valenciana, que tras contemplar la posibilidad de que las cooperativas de consumidores pudieran vender a personas no socias, exigía separar los resultados para destinar estos últimos íntegramente a los fondos colectivos irrepartibles (art. 74 LCat 4/1983) o imponía la no separación de resultados y su destino íntegro a patrimonio irrepartible, excepto para dar participación a los socios de trabajo (arts. 73.3 y 58.6 LCCV 11/1985).

14. El primer gran paso en la ampliación de las posibilidades de operar con terceros no socios se da con la LGC 3/1987, de 2 de abril. Su exposición de motivos destaca esa posibilidad como la principal innovación del capítulo primero, y lo justifica, siguiendo los argumentos empleados por el legislador vasco de 1982 en su exposición de motivos, en la ruptura del principio mutualista o principio de exclusividad y en que además, no es un principio proclamado por la Alianza Cooperativa Internacional.

Sin embargo, -dice a continuación- “No obstante, la innovación que se introduce (...) queda enmarcada por normas orientadas a mantener la tradición legislativa española de una exigente congruencia con los principios cooperativos” y así, “para evitar que dichas actividades puedan significar un lucro para los socios” se establece la separación de los resultados y su destino al Fondo de reserva obligatorio, que es irrepartible.

La contradicción es evidente, si no es un principio cooperativo no se entiende por qué la congruencia con los principios cooperativos exige limitar y condicionar esas operaciones. Lo que debería decir es que siguiendo con el tradicional modelo español de sociedad cooperativa, y su naturaleza no mercantil, si realizan operaciones con terceros no deben ser fuente de lucro para los socios.

En efecto, no existe un principio mutualista, la mutualidad no es una pauta de actuación para las cooperativas, es su misma esencia (autoayuda y ayuda mutua entre los socios) y por ello se recoge en la definición (se unen para satisfacer sus necesidades en común mediante una empresa conjunta); pero además, no deben olvidarse otros valores en los que están basadas las cooperativas, como el de la equidad, según el cual los socios “deberían ser tratados equitativamente en cuanto a la forma de recompensar su participación en la cooperativa...”. La equidad es tan importante para las cooperativas- dice la Declaración de la ACI- “porque es la forma en la que intentan **distribuir ganancias o riqueza en base a la contribución y no a la especulación**”. La distribución entre los socios de los beneficios obtenidos en operaciones especulativas no es compatible con la equidad exigible a una cooperativa.

La LGC 3/1987 admitió las operaciones con terceros no socios de forma general y sin necesidad de autorización o concurrencia de causas

extraordinarias, pero limitando su cuantía, exigiendo la separación de resultados, e imponiendo el destino de los mismos al irrepartible Fondo de reserva obligatorio (art. 5).

15. A partir de esta ley, todas las demás legislaciones vinieron admitiendo la posibilidad de realizar operaciones con terceros no socios, limitadas en su cuantía, y sometidas a las mismas condiciones marcadas por el legislador estatal, a excepción de la legislación vasca y navarra.

La **ley vasca 4/1993** a diferencia de su predecesora, no exige como regla general que los estatutos prevean la posibilidad de operar con terceros no socios, con lo que pasa a ser decisión de sus gestores, si no se ha prohibido estatutariamente. Por otra parte, limita el porcentaje máximo que cada cooperativa puede realizar con terceros no socios (a excepción de las cooperativas de consumidores que pueden funcionar con 5 socios y un número ilimitado de clientes⁴⁷), y permite que esos porcentajes puedan incrementarse si se autorizan en supuestos excepcionales por la administración autonómica.

Por otra parte, al igual que su predecesora, la Ley 4/1993 no exige diferenciar resultados y permite la distribución entre los socios del 70% de los beneficios obtenidos.

Como reconoce la propia ley, en la determinación de los resultados de la cooperativa vasca se aplicarán las normas y criterios establecidos para las sociedades mercantiles (art. 66.1), porque en efecto, va a funcionar como ésta; y aunque se limite en algunas cooperativas las operaciones con terceros, en la práctica, al no diferenciar que operaciones son con socios y cuales con terceros, tampoco puede comprobarse si se cumplen o no los límites marcados por la ley.

La **ley navarra 13/1989** recogió desde el primer momento la posibilidad de operar con terceros no socios de forma general e ilimitada⁴⁸ para todas las cooperativas, si así constaba en los Estatutos sociales. A su vez, no contemplaba la separación de dichos resultados y permitía la distribución del 50% de los beneficios entre los socios (art. 10).

⁴⁷ Es cierto que el art. 5 de la ley establece que la cooperativa puede realizar actividades con terceros siempre que tengan carácter accesorio o subordinado respecto a la operativa con los socios, pero dice a continuación, que se entiende cumplido ese requisito siempre que la cooperativa respete los supuestos o límites determinados legalmente para esa actividad con terceros. De todos modos, si la cooperativa no distingue contablemente las operaciones de unos u otros, difícilmente va a poder determinarse qué porcentaje representa cada una, sobre todo en cooperativas de consumidores con amplio número de socios.

⁴⁸ Como excepción, limita al 10% el porcentaje de operaciones que la cooperativa de trabajo asociado podía realizar con terceros no socios (art. 63).

La posterior **Ley foral 12/1996** mantiene esta posibilidad en similares términos en su art. 10, pero con una peculiar mención a la cooperativa de trabajo asociado, de la que dice que “su finalidad es precisamente la realización de actividades con terceros”⁴⁹. El legislador confunde claramente la actividad externa que puede realizar la cooperativa con cualquier persona y que no se diferencia de la actividad que realiza con el mercado cualquier otra empresa, con la actividad interna o cooperativa, que debe realizarse, al menos principalmente, con los propios socios, y es precisamente, a los no socios que participan en la misma actividad que los socios a los que la legislación y la doctrina viene calificando como “terceros no socios”, y a cuya actividad el legislador viene denominando “operaciones con terceros”, como hace la propia ley navarra en su art. 10. En una cooperativa de trabajo asociado los terceros son los trabajadores no socios que tiene la cooperativa. Al margen de esta anécdota, las cooperativas de trabajo asociado tienen limitado el porcentaje de operaciones que pueden realizar con terceros no socios (art. 64.3), pero los beneficios obtenidos pueden distribuirse entre los socios.

Los anteriores textos legales definen un modelo de empresa mercantil, por que realiza actividades mercantiles, incluso de forma mayoritaria, y distribuye (total o parcialmente) los beneficios obtenidos, lo que casa mal no sólo con la naturaleza cooperativa, sino también con la reserva a favor del Estado de la legislación mercantil. Pero además, al no diferenciar resultados, no permite que haya transparencia en su gestión ni que los resultados se distribuyan equitativamente entre los socios en función de su contribución. Otra consecuencia indeseable que se deriva del modelo definido, es la posibilidad de que los socios resulten responsables de las pérdidas de la cooperativa, porque, aunque se afirma en la ley que los socios no responden por las deudas sociales, en realidad, la propia ley les hace responsables personalmente de las pérdidas contraídas por la cooperativa, cualquiera que sea su procedencia.

16. Con la aprobación de la vigente ley estatal de cooperativas 27/1999 se da un nuevo paso hacia la mercantilización de la sociedad cooperativa.

A pesar de que su exposición de motivos afirma que se mantienen los supuestos y condiciones en que puede operarse con terceros no socios, salvo que, se amplían las posibilidades, lo cierto es, que se introduce una importantísima innovación no advertida en la exposición de motivos, porque se permite la distribución del 50% de los beneficios obtenidos con esas operaciones.

Las condiciones para que pueda operarse con terceros no socios son:

⁴⁹ Mención que todavía conserva en el art. 10.2 de la última Ley Foral de Cooperativas 14/2006 de 11 de diciembre.

- a.- Que se haya previsto estatutariamente (art. 4)
- b.- Que se respeten los límites fijados por la ley. La ley determina qué cooperativas pueden operar con terceros y en qué porcentaje. Así las cooperativas de trabajo asociado o las cooperativas agrarias pueden realizar ese tipo de operaciones dentro de los límites que marcan los arts. 80.7 y 93.4 respectivamente; mientras que las cooperativas de consumidores pueden realizar estas operaciones ilimitadamente. Como vimos en el caso de la ley vasca, también la ley estatal permite constituir una cooperativa de consumidores con tres socios y un número ilimitado de clientes (art.88).
- c.- Que se separen contablemente estos resultados extracooperativos (art. 57.3) aunque, si los estatutos lo prevén, podrá optarse por no separar esos resultados (art. 57.4).
- d.- Que se destine el 50% de esos resultados extracooperativos al Fondo de reserva obligatoria, que sigue siendo irrepartible (art. 55.1) pero el 50% restante puede distribuirse entre los socios (art. 58).

El legislador deja sin resolver qué pasa si se opta por no distinguir contablemente los resultados, ¿serán repartibles entre los socios salvo una aplicación por concretar al FRO?, como la ley vasca; o ¿serán irrepartibles dichos resultados? (como vimos en la ley valenciana o catalana).

17. A partir de este momento, y siguiendo los pasos de la ley estatal, algunas Comunidades Autónomas han ido permitiendo que puedan distribuirse entre los socios todos o parte de los beneficios extracooperativos o, que no se distingan resultados y que puedan distribuirse entre los socios.

a) Diversas Comunidades Autónomas recogen la misma posibilidad contemplada en la Ley 27/1999, es decir, que puedan realizarse operaciones con terceros no socios, separando esos resultados extracooperativos, y permitiendo la distribución de todos o parte de ellos entre los socios. Este es el caso de Aragón (art. 57.4), Castilla-La Mancha (art. 68.3), Castilla-León (art. 74.2) o La Rioja (72.1 b) que como la Ley estatal, permiten la distribución del 50% de dichos resultados. También siguen este modelo Cataluña (art. 66.2), Murcia (art. 80.2), o Navarra⁵⁰ (art. 51.2 b) con las excepciones que veremos a continuación.

b) Navarra (art. 10), Cataluña (art. 64.2 c) y Murcia (art. 78.2 d), dan un tratamiento particular a las cooperativas de trabajo asociado y califican los resultados de las operaciones realizadas con terceros no socios como

⁵⁰ Navarra admite que los resultados extracooperativos pueden distribuirse entre los socios en un 75%, si el FRO alcanza un importe igual o superior al 300% del capital social.

resultados cooperativos y por tanto admiten su distribución entre los socios en los mismos términos que pueden distribuir los excedentes cooperativos.

c) Andalucía (art. 92) ordena separar los resultados y destina la totalidad de los resultados extracooperativos al FRO (80%) y al FFPC (20%), pero al final, también permite su distribución porque el FRO es parcialmente repartible entre los socios si los estatutos lo prevén (art. 95.2). Murcia (art. 80.2), es la Comunidad Autónoma que permite la máxima distribución de los resultados obtenidos de operaciones con terceros no socios y operaciones extraordinarias, porque, además de considerarlos como resultados cooperativos en las CTA; en los demás casos, permite la distribución del 50% de los mismos, debiendo destinar el 50% restante al FRO, pero este fondo también es parcialmente repartible entre los socios, en un 50% si los estatutos lo prevén (art. 75.1).

d) Algunas legislaciones cooperativas, al igual que la Ley estatal y la vasca, admiten que no se distingan resultados si se prevé estatutariamente, este es el caso de Aragón, Murcia o Castilla y León.

Murcia, al igual que la ley estatal, admite esta posibilidad pero no resuelve qué destino debe darse a esos resultados (art. 79.4). Aragón por el contrario, sí se pronuncia, estableciendo que el conjunto de los resultados se destinen en un 30% al FRO y en un 10% al FEP (art. 57.4), siendo además estos fondos irrepartibles (art. 59). Por último, Castilla –León permite no distinguir estos resultados, si se prevé estatutariamente, (art. 73.3), pero no resuelve qué destino debe darse a esos resultados, excepto en el caso de las cooperativas de trabajo, de explotación comunitaria de la tierra y/o de ganado, y de enseñanza que al parecer no podrán separarse⁵¹, y que no queda claro si pueden distribuirse o no entre los socios⁵².

18. Como **conclusión**, puede afirmarse:

Que las legislaciones cooperativas actuales no contemplan un solo modelo de cooperativa como ha sido tradicional en nuestro país, sino por lo menos dos: cooperativas mercantiles y cooperativas no mercantiles.

⁵¹ Dice el art. 73.3 que Figurarán en contabilidad separada, salvo que los Estatutos establezcan lo contrario, los siguientes resultados: a) Los extracooperativos derivados de las operaciones por la actividad cooperativizada realizada con terceros no socios, excepto en las cooperativas de trabajo, de explotación comunitaria de la tierra y/o del ganado y de enseñanza.

⁵² Dice el art. 74. 1 2º párrafo que En el caso de cooperativas de cooperativas de trabajo, de explotación comunitaria de la tierra y/o del ganado y de enseñanza, se deberá destinar, al menos, el 10 por ciento al Fondo de Reserva Obligatorio y el 5% al Fondo de Educación y Promoción. El resto “podrá” destinarse bien a cualquiera de estos dos fondos o a un tercero de carácter voluntario destinado a dotar sistemas de prestaciones sociales para los socios y trabajadores de la cooperativa.

Que la legislación vasca de cooperativas desde un inicio apostó por un modelo mercantil de cooperativa y que la extensión de éste al resto de Comunidades fue propiciado por su incorporación a la Ley estatal 27/1999, claramente inspirada en la Ley vasca 4/1993.

Que la regulación de cooperativas mercantiles por parte de las Comunidades Autónomas supone una clara infracción a la competencia exclusiva que la Constitución reserva al Estado en materia de legislación mercantil, y que es un hecho consentido hasta el momento por los poderes públicos, aunque criticado por la doctrina.

C.- LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA COOPERATIVA.

El objetivo principal de este trabajo es por tanto ofrecer y justificar una propuesta de regulación del régimen económico para la cooperativa, inspirada en los presupuestos inicialmente indicados, y coherente con el concepto y naturaleza de la cooperativa.

Los límites que nos planteamos en esta tarea son por una parte, respetar el concepto, los valores y principios cooperativos formulados por la ACI y por otro, respetar el marco normativo español, con particular referencia a la Constitución Española, los Estatutos de Autonomía y la legislación mercantil y civil.

El tema objeto de nuestro análisis debe centrarse en el régimen económico de la cooperativa. Este régimen suele contenerse principalmente en el capítulo que las legislaciones vienen a titular "Régimen económico", pero también afecta a otras disposiciones externas como las relativas a las operaciones con terceros, a las secciones, a las clases de socios, y clases de cooperativas, a las modificaciones estructurales o a la liquidación de la cooperativa, por ello nuestra propuesta alcanza a preceptos que no siempre se integran en dicho capítulo específico.

La regulación del régimen económico de la cooperativa comprende por lo general dos bloques, uno relativo a la estructura patrimonial o fondos propios de la cooperativa, donde se regula el capital social y las reservas, y otro bloque que se centra en la actividad económica, en la determinación y en la distribución de los resultados del ejercicio.

Lo primero que se echa en falta es que una ley de cooperativas no regule expresamente la actividad cooperativa que, en definitiva es lo más peculiar de su régimen económico y donde reside su principal diferencia con otras entidades no mutualistas.

Por tanto en nuestra propuesta comenzaremos tratando la actividad económica de la cooperativa, y en particular la actividad cooperativizada, su contenido y

valoración, y las actividades extracooperativas. A continuación veremos qué proceso debería seguirse para determinar y aplicar los resultados del ejercicio económico. En una segunda parte, nos ocuparemos del capital social de la cooperativa, de sus funciones, de los presupuestos a tener en cuenta al abordar su regulación, y de las reservas, su función, su conformación y su posible destino; para concluir haciendo referencia a la responsabilidad de la cooperativa y de los socios frente a terceros.

D.- LA ACTIVIDAD COOPERATIVA COMO ELEMENTO CLAVE DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA COOPERATIVA.

La actividad cooperativa o cooperativizada es el elemento clave del régimen económico de la cooperativa. Gracias a ella, la cooperativa puede satisfacer las necesidades de sus socios. Además, los socios deben participar activamente en ella, bien como proveedores o consumidores de dicha actividad. Por otra parte, la medida de participación del socio en dicha actividad es la que determina su participación en los resultados del ejercicio, e incluso, su participación en las decisiones de la cooperativa cuando se admite el voto plural.

Así, podemos decir que la actividad cooperativizada es a la cooperativa como el capital social a la sociedad anónima, es el criterio que permite concretar los derechos de los socios.

Por ello el capital cumple en la cooperativa un papel subordinado, como veremos a continuación. Su importe no se tiene en cuenta para concretar los derechos de los socios, ni su remuneración constituye un derecho del socio, salvo que así se haya acordado en los estatutos o en la asamblea general.

Por el contrario, sí es un derecho del socio, además de un deber, el participar en la actividad cooperativizada, y sólo puede privársele del mismo por causas justificadas. Por otra parte, el socio siempre podrá causar baja de la cooperativa cuando ya no pueda participar en la actividad cooperativizada, y esta causa será considerada justificada, salvo que pueda probarse que la situación ha sido deliberadamente buscada por el socio en perjuicio de la cooperativa.

La importancia que la actividad cooperativizada tiene para la cooperativa no se ve reflejada en la ley de cooperativas, que hace constantes referencias a ella pero ni la define ni establece de forma clara ni completa su regulación. Consideramos por ello que es necesario dedicar un artículo de la ley a la actividad cooperativizada para definirla, regular el deber y derecho del socio de

participar en la misma, la forma de participar y las consecuencias y responsabilidades que se deriven de esa participación⁵³.

1.- El objeto social de las cooperativas.

La actividad cooperativizada es por tanto el elemento clave del régimen económico de la cooperativa, pero antes de tratar de ello, es preciso referirse al objeto social de la cooperativa por su relevancia jurídica y su particularidad en el régimen cooperativo.

Tanto el objeto como el fin social de las cooperativas se diferencian del propio de las sociedades.

El fin social de las sociedades es –como sabemos- obtener beneficios con ánimo de ser repartidos entre los socios, lo que se conoce como fin lucrativo o especulativo⁵⁴. El fin social o causa del contrato de cooperativa es por el contrario, satisfacer las necesidades de los socios. Esas necesidades son diferentes según el tipo de cooperativa sea para dar salida a los bienes y servicios de los socios, o para ofrecer a estos bienes y servicios.

El objeto social de la sociedad se define por la doctrina como la actividad económica con cuya explotación los socios piensan obtener beneficios repartibles⁵⁵. Mientras que el objeto social de la cooperativa, o al menos, el objeto social típico, es por el contrario, las actividades económicas que la cooperativa realiza con la participación de sus socios para satisfacer las necesidades de éstos. Pero no basta con describir la actividad como en el caso de las sociedades mercantiles (realización de la actividad de transporte terrestre de mercancías), hay que indicar también con qué fin se realiza esa actividad⁵⁶: para dar trabajo a los socios (cooperativa de trabajadores o de

⁵³ En este orden puede citarse la regulación contenida en la Ley valenciana de cooperativas 8/2003, cuyo art. 2 ya define de forma general la actividad cooperativizada y marca sus límites y posibilidades; y en su art. 64 titulado “Actividad cooperativizada y aportaciones del socio a la gestión cooperativa”, desarrolla aspectos como la determinación del módulo de participación del socio y su modificación, las aportaciones y prestaciones que el socio realiza al participar en dicha actividad y las responsabilidades que de dicha actividad pueden derivarse para el socio.

⁵⁴ El Diccionario de la Real Academia define como especulación, la operación comercial que se practica con mercancías, valores o efectos públicos, con ánimo de obtener lucro.

⁵⁵ Así se define por VICENT CHULIÁ en Introducción al Derecho Mercantil. 21ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 p. 305.

⁵⁶ Como dice el art. 2521 del Código civil italiano, en los estatutos sociales de la cooperativa debe indicarse, el objeto social con referencia a los requisitos y los intereses de los socios.

transporte), para atender las necesidades de uso o consumo de los socios (cooperativa de usuarios del transporte), o facilitar la actividad empresarial de sus socios (cooperativas de empresas de transportes o de transportistas).

La cooperativa debe indicar en sus estatutos sociales cuál es su objeto social, aquí debe señalar las actividades económicas y sociales que va a desarrollar para el cumplimiento de sus fines, por tanto, debe indicar cuál es la actividad cooperativizada que va a desarrollar, y qué otras actividades no típicas va a realizar (el art. 57. 3 habla de actividades económicas o fuentes ajenas a los fines específicos de la cooperativa).

Según la legislación vigente, la cooperativa puede desarrollar la actividad cooperativizada también con terceros no socios. Esta posibilidad debería estar prevista en los estatutos sociales, para que los administradores pudieran llevarla a cabo.

Sean las que sean las actividades a desarrollar por la cooperativa, deben estar descritas en los estatutos: porque deben estar autorizadas por los socios, y porque debe darse publicidad frente a terceros del ámbito de actuación de los administradores de la cooperativa. Como dice el art. 32. 1 in fine: las facultades representativas del Consejo Rector se extienden a todos los actos relacionados con las actividades que integren el objeto social de la cooperativa, y el objeto social debe estar indicado en los estatutos sociales.

Para que el objeto social de la cooperativa sea válido debe ser además, como en todo contrato (art. 1262 C. c.) posible, determinado y lícito.

2.- Ámbito de la actividad cooperativizada.

La cuestión que nos planteamos en este apartado, es ¿qué actividad puede ser cooperativizada?. Cualquier actividad que permitiera satisfacer necesidades de los socios de la cooperativa debería poder ser desarrollada cooperativamente; o como dice el art. 1.2 LC, cualquier actividad económica lícita puede ser organizada y desarrollada mediante una sociedad cooperativa.

Pero la cooperativa puede desarrollar diferentes actividades cooperativas para atender distintas necesidades de sus socios, e incluso puede tener distintos tipos de socios cuyas necesidades puedan satisfacerse realizando una misma o diversas actividades.

Cuando nos referimos a las necesidades de los socios, entendemos por tales, necesidades como el consumo general de bienes corrientes de cualquier naturaleza o de bienes específicos (materiales o inmateriales); el uso de bienes (muebles o inmuebles, maquinaria, etc.) o de servicios (crediticios, sanitarios, telefónicos, postal, comunicaciones, transporte, enseñanza, seguros, ocio,

etc.); y la necesidad de comercializar sus bienes, servicios o prestaciones (trabajo) a través de la cooperativa.

Por ello, como decimos, la cooperativa puede satisfacer distintas necesidades de consumo de sus socios consumidores (alimentación, vivienda, enseñanza o telefonía); pero también, con la misma actividad puede atender necesidades de socios trabajadores, que trabajarán prestando sus servicios en la cooperativa, dedicada a suministrar bienes y servicios a otros socios. En las cooperativas de servicios, es frecuente que la cooperativa, facilite la actividad económica de sus socios, realizando actividades por las que ayude a la comercialización de los bienes y servicios de sus socios, pero también, que les suministre bienes o servicios que precisen.

En la organización interna de estas actividades, cuando son plurales o participan socios con diversos intereses, es muy apropiado el recurso a las secciones. Las leyes cooperativas regulan muy brevemente las secciones, y deberían completar su régimen previendo precisamente el incremento de su uso por cooperativas integrales.

La presencia de objetos sociales cada vez más complejos pone también en entredicho la utilidad o conveniencia de mantener la actual clasificación de cooperativas en atención al objeto social prioritario.

Falta en la ley estatal de cooperativas una expresa previsión a la posibilidad de constituir cualquier tipo de cooperativa no prevista en la clasificación legal, recogiendo una mínima previsión sobre qué regulación le será de aplicación. Esta medida podría complementarse con una ampliación del ámbito de las diversas categorías de cooperativas, que implicaría a su vez una simplificación del sistema. En esta línea puede citarse la ley andaluza de cooperativas 2/1999 que se limita a diferenciar entre cooperativas de trabajo asociado, de consumidores y usuarios, y de servicios. A estas categorías generales bastaría con agregar las cooperativas integrales o mixtas, como combinación de las anteriores, y cada día más habituales. Por esto mismo, entendemos que la ley debería dar solución a los diversos problemas que estas complejas cooperativas plantean.

Por último, debe tenerse en cuenta que la actividad cooperativizada puede ser desarrollada directamente por la cooperativa o indirectamente a través de sociedades constituidas o participadas por la cooperativa. Esta posibilidad cabe en la realización de cualquier actividad cooperativizada, excepto en las cooperativas de trabajo asociado como veremos más tarde, ya que el socio debe prestar su trabajo en la empresa cooperativa.

3.- Participación de los socios en la actividad cooperativizada. La masa de gestión económica.

Si el fin de la cooperativa es satisfacer las necesidades y aspiraciones económicas y sociales de sus socios, y para ello desarrolla una actividad económica mediante una empresa conjunta. Podríamos decir que pueden ser socios de la cooperativa todas aquellas personas que teniendo la misma necesidad o aspiración, pueden participar en la actividad a desarrollar. Sin embargo, no todas las personas interesadas en los fines de la cooperativa pueden participar en su actividad, esta participación viene condicionada por diversos factores: especialización profesional, lugar de residencia, etc. Como dice la ACI, en ocasiones las cooperativas se organizan para fines específicos que sólo sirven a determinados socios (agricultores, transportistas) o a un número limitado de socios (viviendas, trabajo). Estas son –como dice- razones comprensibles y aceptables por las que una cooperativa impone límites sobre quienes pueden ser socios. La doctrina también valora otros aspectos subjetivos como claves para negar el acceso a la cooperativa de nuevos socios, así con el ánimo de proteger los intereses de los ya socios, debería restringirse el acceso de aquellos sujetos moralmente indignos, socialmente peligrosos o titulares de intereses aparentemente contradictorios o conflictivos con los de la cooperativa⁵⁷

En cambio, en muchas ocasiones, es el coste de entrada en la cooperativa lo que cierra la puerta a la integración de nuevos socios, con necesidades y cualidades para serlo. En estos casos, la misma doctrina señala que hay que evitar que se condicione el ingreso del socio a elevadas aportaciones económicas o a requisitos personales irracionales o injustificados.

Por este motivo, -como veremos más adelante- la legislación cooperativa suele limitar el importe máximo que en concepto de capital puede exigirse al nuevo socio, como el importe máximo que puede reclamarse en concepto de cuota de ingreso⁵⁸.

En todo caso, puede aceptarse que la cooperativa limite y condicione el acceso a la condición de socio, al cumplimiento de requisitos que estén justificados; pero, por el mismo principio de adhesión voluntaria y abierta a la cooperativa, la

⁵⁷ Ver DABORMIDA, R. “Evoluzione dei principi e del diritto cooperativo: dall’utopia ad imprenditoria del futuro” en Anuario de Estudios Cooperativos, Universidad de Deusto, 1988 p. 100. Este autor también destaca que algunas limitaciones como las derivadas de la condición personal del sujeto, que parecen razonables en pequeñas cooperativas no tendrían justificación en grandes cooperativas donde el *intuitus personae* se diluye.

⁵⁸ Como decía la Ley 3/1987 en su exposición de motivos, “En defensa del principio de puerta abierta se establecen límites a la cuantía de las cuotas de ingreso a desembolsar por los nuevos socios”.

ley no puede imponer la adhesión como obligatoria ni puede establecer límites a la misma si no están debidamente justificados.

La conclusión que debe obtenerse es que la ley debe permitir que cualquier persona física o jurídica que comparta las necesidades o los intereses que la cooperativa está llamada a satisfacer, y cumpla con los requisitos establecidos por la cooperativa en sus estatutos, debe poder ingresar en la misma, salvo que existan razones objetivas o subjetivas, debidamente justificadas que lo impidan. Una limitación que puede considerarse razonable es que sólo las personas físicas pueden ser socios de las cooperativas de trabajo asociado, porque sólo estas pueden prestar directamente su trabajo en la empresa, mediante su esfuerzo personal (art. 80.1 LC), y éste es el modelo de CTA que nuestro ordenamiento viene aceptando tradicionalmente.

Desde luego, una vez integrado el socio en la cooperativa, debe poder participar en la actividad cooperativizada, sin discriminación, pudiendo calificarse como incumplimiento de la cooperativa la privación injustificada de este derecho, como veremos en el apartado siguiente y como en ocasiones se ha manifestado la jurisprudencia⁵⁹.

Pero en el desarrollo de la actividad económica de la cooperativa el socio no sólo debe poder participar, sino que debe poder exigírsele que lo haga en la medida que se considere suficiente y conforme a cánones de calidad preestablecidos.

El art. 15 LC establece que los socios están obligados a participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la cooperativa para el cumplimiento de su fin social, en la cuantía mínima obligatoria establecida en sus Estatutos. La cuestión que nos plantea el tema es ¿puede exigírsele exclusividad en la prestación a favor de la cooperativa?; esto es, ¿puede exigirse que el socio sólo trabaje para la cooperativa?, o ¿que el empresario o profesional sólo se suministre en la cooperativa? o ¿comercialice toda su producción a través de la cooperativa? El conocido como principio de exclusividad es esencial para algunas cooperativas y no para otras, como las de consumo que al poder operar desde siempre con socios y terceros, no se han visto en la necesidad de exigir exclusividad en el abastecimiento del socio.

La delimitación de cuál es esa cuantía mínima puede plantear problemas en relación con la legislación *antitrust*, que prohíbe aquellos acuerdos, decisiones o prácticas entre empresas que limitan o restringen la competencia, mediante

⁵⁹ Así, la STS 16 octubre 1989 (RA. 6921/89) condena a una cooperativa del mar de trabajo asociado, por impedir a uno de sus socios trabajar, al no ser admitido a bordo del barco en el que debería prestar sus servicios, sin haber sido previamente dado de baja o expulsado. La STS de 21 de marzo de 1990 (RA.1717/90) por su parte, condena a una cooperativa que en asamblea general tomó el acuerdo de no suministrar bienes a un socio moroso, a que le indemnice los daños y perjuicios ocasionados.

mecanismos cómo, cláusulas que obligan a aprovisionarse en determinados sitios, fijan repartos de mercado, precios y condiciones de venta, etc. Las cooperativas de servicios profesionales y empresariales están sometidas a esta legislación sobre Defensa de la Competencia y deben respetarla⁶⁰.

Por otra parte, la ley permite sancionar también al socio que no participa en la actividad en la medida suficiente⁶¹, pero ¿sanciona a la cooperativa que no ofrece a los socios el servicio que le han encomendado?

En realidad, la solución es diversa según que el incumplimiento de la cooperativa sea general o afecte sólo a determinados socios.

En el primer caso, se supone que los socios en asamblea general deben tomar las medidas oportunas para reorientar el funcionamiento de la cooperativa (renovación de cargos, cambio del objeto social, fusión, transformación, etc), y en último término, pueden pedir la disolución de la cooperativa por imposibilidad del cumplimiento del objeto social (art. 70.1 e LC). Si concurriendo esta causa, el Consejo Rector no convoca la Asamblea General en el plazo de un mes desde que se constate su existencia, cualquier socio podrá requerir al Consejo Rector para que efectúe aquella convocatoria. Si la Asamblea no se convoca o no lograra el acuerdo de disolución, cualquier interesado podrá solicitar la disolución judicial de la cooperativa (art. 70.3 LC). Esta es una causa por la que la Administración Pública podría también descalificar a una cooperativa (art. 116. 1 a LC).

⁶⁰ En este sentido se manifestó el Tribunal de Defensa de la Competencia en Resolución de 21 de marzo de 2001, en relación con ciertas cláusulas decisiones internas de una cooperativa de servicios farmacéuticos, por las que, se establecía un porcentaje mínimo obligatorio de compras a través de la cooperativa, y otra, por la que se concedían especiales descuentos a los socios que superasen dichos límites. Véase el comentario de COSTAS COMESAÑA, J “La obligación de participar en la actividad cooperativizada como conducta restrictiva de la competencia” en Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo 22, 2001 pp. 527- 546.

⁶¹ Las normas de disciplina social pueden calificar estos incumplimientos como faltas leves, graves o muy graves. Sólo las faltas muy graves pueden dar lugar a la expulsión del socio (art. 18.5 LC). La actual ley no hace ninguna referencia a que ésta pueda ser causa de expulsión del socio pero lo permite al remitir a los estatutos la determinación de dichas causas. Contrariamente, la Ley de Cooperativas de 1974 optó por incorporar ésta como causa legal de expulsión. Según su artículo 11 Tres: se incluirán en los estatutos como falta grave, que permite la expulsión del socio: la realización de operaciones de competencia, fraude en las aportaciones o prestaciones, o “La insuficiente participación en las actuaciones de la cooperativa, apreciada según los módulos estatutarios fijados al respecto”. Como dice esta Ley en su exposición de motivos, “La falta de interés de los propios socios ha conducido, no pocas veces a la atonía de las cooperativas; por ello la nueva Ley califica de falta grave y causa de expulsión la insuficiente participación en las actividades y servicios de la entidad”.

En cambio, el régimen jurídico no es tan garante cuando la actuación de la cooperativa frustra las expectativas no del conjunto de los socios sino de particulares socios. Cuando el socio no puede satisfacer a través de la cooperativa sus necesidades ni sus aspiraciones en condiciones mínimas de calidad y precio, ¿qué posibilidades tiene? En estos casos, con independencia de que el socio pueda reclamar ante los tribunales su derecho a participar en la actividad cooperativizada, si fuere ese el caso (art. 16. 2 c LC), debería tener al menos, la posibilidad de causar baja de la cooperativa y que ésta se calificase como justificada.

La ley de cooperativas suele remitir a los estatutos la determinación de las causas que se consideran como justificadas para causar baja (art. 17.3), pero también suele imponer cómo mínimo alguna causa justificada de baja que deberán incorporar los estatutos. Dado que en la práctica los estatutos no suelen reconocer más causa de baja justificada que la que impone la ley, consideramos importante revisar esas causas legales de baja justificada.

Así, el art. 17. 4 LC señala que el socio que hubiese salvado expresamente su voto o estuviese ausente y disconforme con cualquier acuerdo de la Asamblea General, que implique la asunción de obligaciones o cargas gravemente onerosas no previstas en los Estatutos, podrá darse de baja, que tendrá la consideración de justificada, mediante escrito dirigido al Consejo Rector dentro de los cuarenta días a contar del siguiente al de la recepción del acuerdo.

En la mayoría de las cooperativas ésta es la única causa por la que el socio puede causar baja justificada, con las consecuencias económicas y de otra índole que una baja calificada como no justificada puede tener para el socio. Por ello, consideramos que la ley debe incorporar al menos una nueva causa de baja justificada que tenga que ver con el hecho de que la cooperativa no consigue satisfacer a lo largo de un plazo determinado (2 o 3 ejercicios económicos), las necesidades y aspiraciones de sus socios en condiciones de calidad y precio mínimas, conforme a criterios objetivos demostrables, como puede ser, en condiciones similares a las del mercado.

Para participar en la actividad de la cooperativa, el socio tiene que realizar determinadas prestaciones, estas pueden ser diversas en atención a las necesidades y aspiraciones a satisfacer, puede consistir en prestar su trabajo, aportar bienes, prestar servicios, entregar fondos para acometer compras, reparaciones, etc.. Este conjunto de prestaciones es denominado por la doctrina como **masa de gestión económica**⁶².

A esta se refiere la ley 27/1999 cuando dice en su art. 52.3 que “Los bienes de cualquier tipo entregados por los socios para la gestión cooperativa y, en

⁶² La expresión fue acuñada por VICENT CHULIÁ quien la definió como “masa económica administrada y gestionada por la cooperativa en interés de sus socios”, en “El régimen económico de la cooperativa ...”p. 162.

general, los pagos para la obtención de los servicios cooperativizados, no integran el capital social y están sujetos a las condiciones fijadas y contratadas con la sociedad cooperativa”.

El que estos bienes no integran el capital social es evidente, como la doctrina reconoce y el Tribunal Supremo puso de manifiesto⁶³; el socio los aporta para poder comprar los bienes o servicios que necesita, o los aporta para que la cooperativa los comercialice o los aplique en la actividad que desarrolla. Pensamos, como parte de la doctrina y como nuestra legislación inicialmente establecía de forma expresa y todavía establece alguna que otra ley⁶⁴ que, esa masa no sólo no se aporta a capital, sino que no se integra en el patrimonio de la cooperativa, al menos que no establezca lo contrario los estatutos sociales.

La norma originaria –hasta 1974- establecía que: Las entregas de fondos, productos o materias primas para la gestión cooperativa, y en general, las aportaciones para la obtención de servicios sociales, constituyen siempre una propiedad del socio y es una forma de utilización por éste de dichos servicios, sujetos, sin embargo, a las condiciones fijadas o contratadas con la Sociedad; pueden transmitirse y son embargables por los acreedores personales de los asociados, dejando a salvo los preferentes derechos que pudieran corresponder a la Cooperativa (arts. 12 Reglamento 1942 o art. 16 Reglamento 1971).

En 1974 la Ley de cooperativas reduce su referencia a que dichos bienes en ningún caso integrarán el capital social. Sin embargo su reglamento de 1978 añade que dichos bienes son una forma de utilización por el socio de los servicios de la cooperativa, que pueden transmitirse y que son embargables por los acreedores personales de los socios (art. 38); por lo que en definitiva se da por supuesto implícitamente que siguen siendo propiedad del socio porque este puede transmitirlos, hipotecarlos y responde con ellos frente a sus acreedores personales.

Este es un tema de gran importancia para determinar de quien es la propiedad de los bienes que gestiona la cooperativa, en qué medida estos bienes responden de las deudas generadas por los socios o por la cooperativa, quién asume el riesgo de la pérdida o deterioro de estos bienes, etc. Para dar una respuesta satisfactoria a esta cuestión, es preciso tener en cuenta la naturaleza de la relación económica que vincula a la cooperativa con sus socios.

⁶³ Así, la STS de 27 de enero de 1986 diferencia la naturaleza de la aportación al capital que hace el socio de una cooperativa de viviendas, de las aportaciones que hace para la construcción, adquisición o reparación de su vivienda.

⁶⁴ Como dice el art. 64. 3 de la Ley 8/2003 de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, “Los bienes o fondos entregados por los socios para la gestión cooperativa o la utilización de sus servicios, no constituyen aportaciones sociales, ni tampoco integran el patrimonio cooperativo, salvo que estatutariamente se establezca lo contrario. En similares términos véase el art. 57.2 de la Ley de Cooperativas de Madrid 4/1999.

4.- Naturaleza de la relación económica entre cooperativa y socios.

Como venimos insistiendo, la cooperativa tiene por objetivo o fin, satisfacer las necesidades y aspiraciones de sus socios y estas pueden ser diversas. Pueden consistir en obtener un bien o servicio, dar salida a sus productos y servicios, u obtener un puesto de trabajo.

La función de la cooperativa es intermediar para conseguir estos objetivos. Esta intermediación se hace por cuenta de sus socios, pero en nombre propio, lo que se conoce en Derecho como mandato sin representación o representación indirecta⁶⁵.

La naturaleza de esa relación que en ocasiones se ha denominado “acto cooperativo” por contraposición a “acto de comercio”, se ha calificado por la doctrina como gestión de servicio⁶⁶ o interposición gestora⁶⁷, pero constituye en su esencia una relación de mandato⁶⁸.

Según nuestro ordenamiento (art. 1709 C.C), por el mandato, una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra. En el caso de la cooperativa la peculiaridad está en que el mandante es el colectivo de socios cuyo mandato se concreta en las decisiones que adoptan conjuntamente (en estatutos y acuerdos sociales), mientras que el mandatario

⁶⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo IV. 1977, pp. 507 a 515; y DIEZ PICAZO, L. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. 6ª ed. Tecnos, 1989, p. 476.

⁶⁶ La teoría de la cooperativa como empresa de gestión de servicios se atribuye a FAUQUET (*Le secteur coopératif*) y es seguida por la mayor parte de la doctrina española (TRUJILLO, I.J. *Cooperativas de Consumo y Cooperativas de Producción*. Aranzadi Editorial, 2000 p. 43 ss).

⁶⁷ Expresión acuñada por PUGLIATTI, S. Un comentario completo a la obra de este autor en relación con el tema que tratamos puede verse en: MINERVINI “Salvatore Pugliatti: il mandato e la rappresentanza indiretta” *Rivista di Diritto Civile*, 2003, vol. 49 nº 6 pp. 623 a 632.

⁶⁸ Para MANRIQUE ROMERO y RODRIGUEZ POYO-GUERRERO, “La cooperativa como empresa de servicio que es, gestiona los intereses de los socios, en cuyo patrimonio se produce directamente el resultado económico de la gestión”; para estos autores, el supuesto de hecho que se da en la cooperativa “es el mismo que el que contempla el art. 1717 del C. c. y el artículo 246 del C. de c. (comisionista que no declara quien es el comitente)” se trataría de una representación indirecta, por cuya virtud entre mandante y tercero hay una transmisión directa de propiedad (“La cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”, *Revista de Derecho Notarial* nº 109-110 de 1980 pp. 61-65).

es una persona jurídica diferente (cooperativa) que ha sido constituida por el colectivo de mandantes, con la finalidad de atender sus necesidades⁶⁹.

Esa actividad (mandato o gestión de servicio) puede ser civil o mercantil.

Es mercantil si el encargo es una operación mercantil y el comisionista o comitente es comerciante (art. 244 C. de c), siendo civil en los demás casos.

1º La cooperativa como persona jurídica sería comerciante o empresario mercantil (sociedad mercantil) si realizara con habitualidad operaciones de comercio (art. 1 C. de c.) con ánimo de obtener beneficios repartibles entre sus socios (art. 116 C. de c.). La cooperativa, en su actuación con sus socios no es comerciante, pero sí puede serlo en su actuación con terceros, si realiza operaciones de comercio e intermedia con ánimo lucrativo, esto es, obtiene beneficios de esas operaciones y los distribuye entre los socios.

2º La cooperativa, no actúa como comerciante en sus relaciones con sus socios, pero sí puede tener como socios a comerciantes (empresarios mercantiles). Este es el caso de las cooperativas de servicios empresariales o profesionales. Por tanto, sí es posible que en la relación de mandato, el mandante o comisionista sea empresario.

3º El otro elemento a tener en cuenta además de la condición de comerciante del mandante o mandatario, es la naturaleza en sí de la operación encargada. Así por ejemplo, cuando la cooperativa suministra bienes y servicios para consumo de sus socios y estos son destinatarios finales de esos bienes y servicios⁷⁰, no es una operación mercantil, tampoco cuando la cooperativa procura una vivienda para sus socios, una formación o un servicio sanitario, aunque lo haga a través de una organización empresarial.

⁶⁹ No nos referimos en este caso a la naturaleza de la relación entre una sociedad y sus administradores que también se identifica por nuestra doctrina como una relación de mandato.

⁷⁰ El RD Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, define en su art. 3 como consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; y la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio, señala en su art. 1.3 que “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Por el contrario, sí podría considerarse una operación comercial, si los bienes y servicios prestados se destinan a la actividad empresarial o profesional de sus socios, siempre que la operación en particular reúna los requisitos que la ley exige para calificarla como mercantil.

Por ejemplo, es mercantil la actividad por la que una cooperativa farmacéutica intermedia suministrando a los farmacéuticos bienes o servicios que éstos posteriormente revenden a sus clientes con ánimo de lucro (STS 8 julio 1988 RA. 8944/1988), porque la operación encargada es una compraventa mercantil, esto es, una compra con ánimo de revender y lucrarse en la reventa (art. 325 C. de c.).

No es mercantil en cambio la actividad por la que una cooperativa ganadera suministra a su socio (sociedad anónima) pienso para el engorde de sus animales, puesto que para calificarse como mercantil, el pienso debería haberse destinado a la reventa con ánimo de lucro, y no a la inversión o consumo empresarial (STS 10 noviembre 2000 RA. 9212/2000⁷¹).

En cuanto a las **cooperativas de trabajo asociado**, su función de intermediación en la consecución de ofrecer al socio un puesto de trabajo en condiciones, tiene ciertas limitaciones en nuestro país, puesto que ese puesto de trabajo tiene que ofrecérselo la propia cooperativa, no pudiendo actuar como intermediario o agencia de contratación, como ocurre en otros países. Lo que no excluye que una CTA pueda actuar como agencia de contratación pero no de sus propios trabajadores⁷².

Como claramente dice el art. 80.1 Ley 27/1999: las CTA deben proporcionar a sus socios puestos de trabajo “a través de la organización en común de la producción”.

⁷¹ Otras sentencias en el mismo sentido, citadas por el Tribunal Supremo son las de 7 junio 1969 (RJ 1969, 3284); 14 diciembre 1970, 16 junio 1972 (RJ 1972, 2744); 14 mayo 1979 (RJ 1979, 1828) y 12 diciembre 1983. Véase también FAJARDO GARCÍA, I.G. “La no mercantilidad del suministro de bienes entre cooperativa y cooperativistas” en Revista de Derecho Mercantil nº 240, abril-junio 2001 pp. 946 a 958. Por el contrario, en otra sentencia (STS 20 noviembre 1984, RA. 5617/1984), el TS entendió que el pienso se transforma en carne y por tanto calificó de mercantil la compraventa, porque se había comprado pienso para transformarlo y venderlo con ánimo de lucro (art. 325 C. de c.)

⁷² Según el RD 735/1995 de 5 de mayo por el que se regulan las Agencias de Colocación, éstas se configuran como entidades que colaboran con el Instituto Nacional de Empleo en la intermediación en el mercado de trabajo y tienen como finalidad ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a los empleadores a la contratación de los trabajadores apropiados para satisfacer sus necesidades. Podrán tener la condición de agencias de colocación las personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza, que actúen sin fines lucrativos (art.1).

En estos casos la función de la cooperativa no es por tanto mediar en la colocación del socio, sino crear la empresa donde ocupará su puesto de trabajo. El socio presta su trabajo en el marco de la empresa creada por la cooperativa, pero ese trabajo puede prestarse con más o menos autonomía según tengan establecido. Esta relación plantea el problema de calificar la relación como de trabajo o de servicios, de ello depende que la cooperativa sea de trabajo asociado o de servicios profesionales o empresariales. Para ello es determinante por cuenta de quién realiza la actividad el socio, esto es, en nombre de quien se factura al cliente (socio o cooperativa) y quien asume los riesgos de la actividad.

E.- LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DE LA PARTICIPACIÓN DEL SOCIO EN LA ACTIVIDAD COOPERATIVA

El régimen de la determinación y distribución de resultados en la cooperativa, en particular, de los resultados que podríamos llamar “cooperativos” por contraposición a “extracooperativos”, está condicionado por el valor que se le atribuya a la participación del socio en la actividad cooperativizada. En función de este valor, la cooperativa obtendrá excedentes u obtendrá pérdidas.

En la práctica podemos encontrar **distintos modelos de determinación de esta valoración.**

a) Determinación fija a priori (precio fijo) y renuncia a la distribución de resultados. En definitiva, este proceder es similar al utilizado por cualquier empresa convencional o por la propia cooperativa cuando opera con terceros no socios. Por ello esta es una modalidad poco cooperativa, pues no busca para el socio la mejor remuneración posible, que exigiría un retorno posterior de los excedentes generados. No obstante, si al determinar el precio fijo se calcula éste sobre el precio de mercado y se le aplica una mejora o descuento, sí podemos decir que el socio obtiene una ventaja cooperativa que puede satisfacer sus expectativas.

b) Determinación provisional (anticipo) y distribución de resultados (total o parcial). Este modelo permite una distribución avanzada de los resultados y se complementa con el resultado final. Es la forma de distribuir los resultados que la legislación cooperativa contempla como típica de la cooperativa.

c) Determinación final en función de los resultados. Esta modalidad calcula el valor de la participación del socio a la vista del total de ingresos y gastos generados en el ejercicio. Esta modalidad favorece la tendencia a generar excedente cero, pero también permitiría la generación de pérdidas.

En todos estos casos y dependiendo de la valoración que se haga de la participación del socio se pueden generar más o menos, excedentes o pérdidas. Los **problemas que esto plantea son:**

- Si no se generan excedentes no podrán nutrirse las reservas ni se generará base alguna, sobre la que aplicar el Impuesto de Sociedades. Si no se nutren las reservas la cooperativa compromete su desarrollo empresarial. En cambio, esta práctica no debería ser un problema si la cooperativa tiene otras vías por las que genera beneficios que nutren las reservas y estas están suficientemente dotadas.
- Si por el contrario se provocan pérdidas, y se cargan al patrimonio común, se atenta contra la solvencia de la cooperativa, se burlan las expectativas de los acreedores e inversores, se permite el aprovechamiento de unos socios a costa de otros y se arriesga el futuro de la cooperativa. Estos problemas no se plantearían si las pérdidas se imputaran a los socios, pero tampoco esta es una solución recomendable. Una buena gestión debería ajustar mejor la valoración de la participación del socio para evitar posteriormente tener que imputarle pérdidas.

¿Cómo evitar las situaciones desfavorables que puede generar la determinación del valor de la participación de los socios?

El legislador viene utilizando diversos mecanismos:

- a) Imponer una valoración previa de la participación del socio en la actividad, con lo que evita que la valoración se determine a posteriori. Esta regla tiene sus ventajas porque facilita la frecuencia de las prestaciones mutuas entre cooperativa y socios, de forma que ni la cooperativa ni el socio tienen que esperar a que finalice el ejercicio económico para recibir la remuneración por la prestación realizada⁷³. Por otra parte, al imponer una valoración previa a la finalización del ejercicio, se favorece que al cierre del ejercicio se obtenga un resultado positivo o negativo. Pero este resultado estará en función de la valoración previa realizada, por lo que no puede decirse que sea una medida que garantice la generación de excedentes con los que nutrir las reservas sociales, ni que impida provocar pérdidas. Este es el caso previsto en la vigente ley estatal de cooperativas (art. 57.2 LC), por lo que puede decirse que es un sistema insuficiente que no resuelve los problemas planteados.

⁷³ Así, el art. 80.4 LC relativo a las cooperativas de trabajo asociado, establece que “Los socios trabajadores tienen derecho a percibir periódicamente, en plazo no superior a un mes, percepciones a cuenta de los excedentes de la cooperativa denominados anticipos societarios que no tienen la consideración de salario, según su participación en la actividad cooperativizada”.

- b) Exigir que la valoración previa de la participación del socio en la actividad sea objetiva, o al menos, que esa valoración no supere los precios medios de mercado.

Esta medida ofrece las mismas ventajas que la anterior pero además, al exigir que la valoración previa sea objetiva, dificulta que la cooperativa pueda discrecionalmente generar excedentes o pérdidas a partir de esa valoración. Esa valoración objetiva también ofrece al socio una información interesante sobre el valor que su prestación o consumo hubiera tenido en el mercado, y por tanto, le permite apreciar la ventaja o desventaja, que le reporta operar a través de la cooperativa. Este es el caso previsto en la anterior LGC de 1987⁷⁴.

En ocasiones se ha criticado la dificultad que supone en determinados sectores económicos, poder calcular cual es el precio medio de mercado o cualquier otro criterio objetivo de determinación de la valoración de la participación del socio. En estos casos, un criterio suficiente es aplicar a la participación del socio el mismo criterio de valoración que se ha aplicado en la relación con terceros no socios, siempre que la cooperativa realice la actividad cooperativizada con terceros no socios. Podría considerarse entonces una referencia objetiva cobrar al socio lo mismo que se ha cobrado a terceros por el mismo bien o servicio, o pagar al socio lo mismo que se ha pagado a terceros por el mismo bien o servicio.

Si la regla es que la valoración previa no supere los precios de mercado, no ofrece tanta información como la medida anterior, pero por el contrario, permite evitar que el resultado arroje pérdidas y favorece una mayor generación de excedentes.

- c) Como medida complementaria de las anteriores, el legislador ha venido exigiendo que cuando los resultados son positivos, se generen reservas que compensen resultados, de forma que permitan que, si en otro ejercicio los resultados son negativos, puedan imputarse al menos parte de éstas a los socios. Así, la LGC 3/1987 exigía destinar un 30% de los excedentes a los fondos irrepartibles (art. 84 a), y permitía a su vez

⁷⁴ Según el art. 83. 1. a) de la LGC 3/1987, En la determinación de los resultados del ejercicio económico, se considerarán como gastos, para fijar el excedente neto o en su caso las pérdidas del ejercicio: "El importe de los bienes entregados por los socios para la gestión cooperativa, valorados a los precios medios de mercado en el momento de la entrega, aunque por los mismos no se haya abonado a los socios anticipos o éstos sean de cuantía inferior; así como el importe de los anticipos laborales de los socios trabajadores y socios de trabajo, valorados conforme a las retribuciones que normalmente sean satisfechas en empresas de similar actividad de la zona donde se realice la actividad laboral, aunque el anticipo realmente abonado fuese de cuantía inferior".

imputar al FRO el porcentaje sobre dichas pérdidas que fijen los estatutos y que en ningún caso podrá ser superior al 50% de las mismas (art. 87.1.a). Igualmente, aunque sin un claro criterio como veremos más adelante, la Ley 27/1999 exige destinar al menos un 25% de los excedentes (que resten tras imputar pérdidas de cualquier naturaleza) al FRO y al FEP (art. 58.1) y permite imputar al FRO, como máximo el porcentaje medio de los excedentes cooperativos que se hayan destinado a dicho fondo en los últimos cinco años, o desde su constitución si no ha transcurrido ese plazo (art. 59. 2.b)

Como **conclusión** a las cuestiones tratadas en este apartado podemos señalar que:

1º De todos los intereses en juego en la materia, tenemos que distinguir según sean estos internos a la cooperativa y sus socios, o externos y que afecten a la solvencia de la cooperativa o a los intereses de terceros.

Esta distinción debe ayudarnos a diferenciar qué medidas son necesarias y cuales recomendables. Una medida recomendable podría recogerse en la ley pero debería permitir una decisión estatutaria en contra.

Así, por ejemplo, son medidas recomendables pero que la cooperativa no tendría por qué aplicar si no quiere:

- Que la valoración de la participación del socio se fraccione y tenga por tanto que hacerse un anticipo previo. Como hemos visto, esta medida favorece el pronto cobro de las prestaciones realizadas tanto por la cooperativa como por sus socios; pero en definitiva es una medida que les favorece exclusivamente a ellos y que por tanto podrían renunciar a la misma.
- Que se haga una valoración objetiva de la participación del socio coincidente con precios de mercado o salarios medios. Este criterio aporta frente a otros la ventaja de que permite ofrecer al socio información sobre la ventaja o desventaja que le supone operar a través de la cooperativa. Aún siendo esta información muy útil para el socio, éste tiene otras vías para obtener esta información, es más, es una información que los administradores deberían dar al hacer pública las cuentas del ejercicio económico.
- La propia determinación de la valoración, debe hacerse proporcional a la participación de los socios en la actividad. Esta valoración debe inspirarse en criterios de equidad, pero también pueden los socios en su gestión, primar en determinados momentos la solidaridad y no aplicar criterios de estricta equidad. Como sabemos, ambos son valores que deben inspirar el funcionamiento de las cooperativas.

Por el contrario, otras medidas deben aplicarse porque su fin es proteger la solvencia de la cooperativa y las garantías ofrecidas a terceros, y por tanto, el

legislador debe garantizar estos intereses imponiendo esas medidas como necesarias.

2º Atendiendo a los intereses en juego y en particular a los intereses de terceros, podríamos concluir que la cooperativa podría ser libre para valorar la participación del socio siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) que el ejercicio no genere pérdidas y si las genera, que las mismas sean imputables al socio (o a fondos disponibles individualizados),
- b) que la cooperativa tenga reservas suficientes para atender las obligaciones asumidas, por lo que no se requiere generar excedentes.

En estos casos, no se arriesga la solvencia de la cooperativa, porque no se generan pérdidas, y si se generan, no las absorbe el fondo común; y en segundo lugar, porque la cooperativa tiene cubiertos los fondos de reserva exigidos.

3º Si no se dan las anteriores circunstancias, la valoración de la participación del socio debe condicionarse. Por lo menos, las prestaciones realizadas por los socios, de bienes y servicios, no deben valorarse por encima de los precios medios de mercado. Como dice la Ley vasca de cooperativas 4/1993 “El importe de los bienes entregados para la gestión cooperativa, en valoración no superior a los precios de mercado, así como el importe de los anticipos laborales de los socios trabajadores y de trabajo, en cuantía global no superior a las retribuciones normales en la zona para el sector de actividad correspondiente” (art. 66.2 a).

Por la misma razón, los consumos de bienes y servicios no deberían valorarse por debajo del coste por el que fueron adquiridos por la cooperativa⁷⁵. En definitiva, la ley debe prevenir que se provoquen pérdidas que acaben reduciendo el patrimonio de la cooperativa en perjuicio de terceros.

4º Si se regula la valoración de la participación del socio conforme hemos visto en los anteriores apartados, al garantizar los intereses de terceros, la cooperativa queda más libre para decidir cómo aplicar los resultados que genere la actividad cooperativa. Así, como veremos más adelante, si la cooperativa tiene suficientes reservas, podría decidir tanto la distribución entre sus socios de la totalidad de los excedentes, como la imputación íntegra de las pérdidas a las reservas.

F.- LA ACTIVIDAD EXTRACOOPERATIVA.

⁷⁵ Este límite no se encuentra en la ley, posiblemente porque no se concibe que una cooperativa venda por debajo del coste, al margen de constituir una práctica prohibida por la legislación sobre competencia (art. 17 Ley 3/1991 de Competencia Desleal, y art. 14 Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista).

Entendemos por actividad extracooperativa, cualquier otra actividad realizada por la cooperativa y que no tenga como fin satisfacer las necesidades y aspiraciones de sus socios. De acuerdo con esta descripción, son actividades extracooperativas tanto las actividades cooperativizadas que la cooperativa realiza con terceros no socios, como cualquier otra actividad económica realizada por la cooperativa por cuenta propia.

Sin embargo, el legislador en ocasiones identifica el primer supuesto no como actividad extracooperativa sino como actividad cooperativizada con terceros. Realmente esta última descripción no es correcta porque con el tercero no existe actividad cooperativizada, el tercero no coopera con la cooperativa ni con los demás socios; es un cliente, un proveedor o un asalariado externo. A pesar de la deficiente definición, la expresión actividad cooperativizada con tercero describe con claridad a qué tipo de actividad nos referimos, y permite diferenciarla de otras actividades en las que no participan los socios, a las que reservamos el término de actividad extracooperativa en sentido estricto.

En cualquier caso, estas actividades deben estar recogidas en el objeto social de la cooperativa declarado en los estatutos sociales, para poder ser desarrolladas por los órganos de dirección y administración de la cooperativa; y no pueden constituir la actividad principal de la cooperativa; siempre debe ser prioritaria la actividad con los socios frente a las actividades extracooperativas. La forma de determinar la prioridad puede ser diversa, el volumen de actividad desarrollado es un criterio, pero también lo es el número de personas favorecidas por la actividad cooperativizada; por tanto, lo mejor es buscar un límite que combine o tenga en cuenta ambos criterios.

Como vimos en relación con la actividad cooperativizada, estas actividades pueden ser desarrolladas directamente por la cooperativa o indirectamente a través de sociedades constituidas o participadas por la cooperativa. En cualquier caso, desarrolle directamente la actividad la cooperativa o lo haga indirectamente, la naturaleza de esa relación, no siendo cooperativa, será la que corresponda conforme a la legislación civil o mercantil aplicable, sin diferenciación alguna con respecto a las relaciones jurídicas que cualquier empresario convencional puede entablar en el desarrollo de su actividad económica con clientes, proveedores o trabajadores.

Por último, teniendo en cuenta cual es el fin de la cooperativa; el diferente objeto social que representan las operaciones con socios frente a las demás⁷⁶,

⁷⁶ Al describir el objeto social de la cooperativa debe distinguirse qué actividad va a realizarse con los socios y que interés o necesidad del socio va a satisfacerse con ella; si pueden participar terceros en esa actividad; y si va a desarrollar otro tipo de actividades en nombre propio.

y la diferente naturaleza de estas operaciones respecto de las cooperativizadas, el tratamiento de la distribución de los resultados del ejercicio debe ser diferente.

En primer lugar porque si bien la cooperativa no puede buscar el lucro para sí cuando opera con sus socios, y por ello decimos que no existe lucro objetivo en su actuación, y debe repercutir en éstos los resultados del ejercicio (retornos y pérdidas); nada impide que la cooperativa cuando actúa en el mercado como cualquier otra empresa pueda actuar con ánimo de lucro, esto es con ánimo de obtener beneficios de esa actuación.

En segundo lugar, porque así como la ausencia de ánimo de lucro objetivo obliga a la cooperativa a retornarle al socio los excedentes que ha generado en su actividad cooperativa; la ausencia de ánimo de lucro subjetivo obliga a la cooperativa a no distribuir los “beneficios” obtenidos en las actividades extracooperativas. Estos son beneficios especulativos que la cooperativa puede obtener, pero que –como dice la ACI- no puede distribuir entre los socios. Los beneficios (excedentes) distribuibles entre los socios son los derivados de la contribución del socio y no de la especulación⁷⁷.

Esta es una importante diferencia entre las sociedades y las cooperativas. Mientras las primeras, sean civiles o mercantiles, tienen como fin la obtención de beneficios (lucro objetivo) para distribuirlos entre los socios (lucro subjetivo); las cooperativas son entidades sin ánimo de lucro porque excluyen ambos lucros de sus fines.

Así, cuando la cooperativa obtiene beneficios (extracooperativos) y los distribuye entre los socios, su actuación es lucrativa y propia de las sociedades civiles o mercantiles (según el tipo de actividad realizada)⁷⁸. Por ello desde que

⁷⁷ Como dice la Declaración sobre la Identidad Cooperativa, los socios “Deberían ser tratados equitativamente en cuanto a la forma de recompensar su participación en la cooperativa, normalmente mediante retornos, asignaciones a reservas de 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 riquezas en base a la contribución y no a la especulación”.

⁷⁸ Según nuestra legislación, las sociedades anónimas y limitadas son mercantiles por la forma, pero en los demás casos hay que estar a la naturaleza de la actividad que desarrollan para poder calificarlas como civiles o mercantiles y poderles aplicar uno u otro régimen, incluyendo la necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil. Así, de la interpretación conjunta de los arts. 116 del código de comercio y 1670 del código civil, se extrae que, es mercantil la sociedad que realiza actos de comercio, siendo actos de comercio los comprendidos en el Código de comercio (compraventa mercantil, comisión, depósito, transporte y préstamo mercantil, etc.) y cualesquiera otros de naturaleza análoga. La delimitación de que actividades son mercantiles y cuales civiles no es clara. Siguiendo a VICENT CHULIÁ son actividades civiles las agrarias, artesanas, de profesiones titulares y de artistas, autores y periodistas (Introducción al Derecho Mercantil, 21ª ed. Tirant lo Blanch, 2008, p.310); y para

la legislación cooperativa admite la posibilidad de distribuir entre los socios beneficios extracooperativos, la doctrina reclama para la cooperativa la calificación de mercantil⁷⁹, y esta conclusión sirve igualmente para definir las competencias legislativas entre el Estado y las CCAA en materias como la cooperativa o la legislación mercantil⁸⁰.

Como conclusión, nosotros venimos manteniendo que la cooperativa – como se ha venido admitiendo tradicionalmente- puede realizar actividades extracooperativas y por tanto, puede obtener beneficios de esas actividades.

Para que podamos considerar cooperativa a esta empresa es preciso que las actividades extracooperativas no sean las prioritarias, deben tener por tanto un carácter complementario o subordinado.

Los beneficios obtenidos de esas actividades extracooperativas son resultados especulativos, y por tanto, – conforme a los principios y valores cooperativos- no deberían distribuirse entre los socios.

Sin embargo, sí creemos legítimo que esos beneficios puedan destinarse al fortalecimiento empresarial de la cooperativa, a favorecer el acceso de terceros a la condición de socios, y por supuesto, a mejorar las prestaciones a los socios, fin principal que justifica la existencia de la cooperativa.

G.- DETERMINACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL EJERCICIO ECONÓMICO

Una peculiaridad del régimen económico vigente de la cooperativa es la que exige separar los resultados cooperativos de los extracooperativos para poder aplicarlos conforme la ley exige. Pero realmente no es ésta una característica cooperativa. La necesidad de separar resultados surge desde el momento en que la cooperativa realiza, además de sus actividades típicas, otras que podemos considerar atípicas aunque sean perfectamente legales.

BROSETA, lo son la construcción de una vivienda para los socios, la explotación de la tierra o el ejercicio de una profesión (Manual de Derecho Mercantil, 15ª ed. Vol I. Ed. Tecnos, 2008, p. 282).

⁷⁹ En este sentido véase LLOBREGAT “Régimen económico de las sociedades cooperativas en el marco de la nueva Ley General de Cooperativas de 16 de julio de 1999”, RdS nº 13, 1999 p. 117; o MORILLAS Curso de cooperativas 2ª ed. op. cit. p. 82

⁸⁰ El Tribunal Supremo, en sentencia de 1 de febrero de 1992 (RA. 867) niega el carácter mercantil de la cooperativa y justifica que precisamente por ello las CCAA han podido tener competencia sobre ellas, lo que nunca habría podido hacer si se tratase de entidades mercantiles, al tener el Estado la competencia exclusiva sobre la legislación mercantil, según establece el art. 149. 1.6ª de la Constitución.

Así la necesidad legal de separar resultados surge desde el momento en que la ley permite a la cooperativa, realizar actividades cooperativizadas con no socios y actividades ajenas a los fines que le son propios, sin dejar por ello de ser considerada cooperativa.

Las cooperativas critican este esfuerzo contable y se cuestionan su utilidad y su necesidad. Por ello, nos planteamos las siguientes cuestiones, ¿por qué hay que separar resultados?, y ¿qué resultados deben separarse?

a.- La respuesta a la primera pregunta debería ser que deben separarse los resultados para hacer posible su distribución se base en la contribución del socio y no a la especulación. Ya sabemos que esta norma además de ser conforme con la naturaleza cooperativa –como reconoce la ACI- es conforme también con la exclusión de las cooperativas de la condición de sociedades mercantiles que hace nuestro ordenamiento.

Al separar los resultados podemos hacer una aplicación más equitativa de los mismos a los socios, y podemos identificar más fácilmente qué parte de los mismos deberían ser irrepartibles.

Cuando la cooperativa puede realizar actividades extracooperativas surge la necesidad, si se quiere realizar una distribución equitativa de los resultados, de tener que separar éstos. Y esta necesidad no se da sólo en nuestro ordenamiento, también está presente en Derecho comparado.

En Francia, la legislación permite a la cooperativa realizar operaciones con terceros no socios, aunque si hace uso de esta posibilidad tendrá que admitirlos como socios si cumplen las condiciones fijadas en los estatutos (art. 3 Ley nº 47-1775, de 10 de septiembre del Estatuto de la Cooperación).

En cualquier caso, como dice el art. 15, la cooperativa “no podrá practicar distribución alguna entre los socios, sino a prorrata de las operaciones efectuadas por cada uno de ellos o del trabajo aportado. Los excedentes que provengan de las operaciones efectuadas con terceros no habrán de comprenderse en la distribución”.

A continuación, el art. 16 establece que “con los límites y condiciones previstas en la Ley y los estatutos, las sumas disponibles tras imputar a los resultados del ejercicio las dotaciones para reservas legales, así como las aplicaciones efectuadas conforme a los arts. 11 bis, 14, 15, 18 y 19 nonies de la presente Ley, se destinarán a reservas o, como subvención, bien a otras cooperativas o uniones de cooperativas, bien a fines de interés general o profesional”.

Los resultados del ejercicio deben aplicarse según este precepto: a dotar reservas legales, a retornos conforme al art. 14 y a retribuir el capital y la

financiación de terceros (partes sociales de interés preferente y certificados cooperativos de inversión); y hechas las anteriores asignaciones, se destinarán conforme al art. 16, destinos que en ningún caso pasan por la distribución entre los socios ni al finalizar el ejercicio ni en el momento de la liquidación de la cooperativa (art. 19), como veremos más adelante.

Por último, merece la pena destacar que esta forma de determinar y aplicar los resultados es común a las cooperativas con independencia de que adopten la forma de sociedad por acciones, de sociedad de responsabilidad limitada o de cualquier otra forma (art.27).

En **Portugal**, se definen las cooperativas como “personas colectivas autónomas, que, a través de la cooperación y la ayuda mutua de sus miembros, con obediencia a los principios cooperativos, buscan sin fines lucrativos, la satisfacción de las necesidades y aspiraciones económicas, sociales o culturales de aquellos”; y señala a continuación que “Las cooperativas en la consecución de sus objetivos, pueden realizar operaciones con tercero, sin perjuicio de eventuales límites fijados por las leyes propias de cada ramo” (art. 2 de la Ley 51/1996, de 7 de septiembre, que aprueba el Código Cooperativo Portugués). En cualquier caso, los beneficios anuales líquidos procedentes de las operaciones con terceros, que no estuvieren afectos a otras reservas, deberán destinarse a la reserva para educación y formación cooperativa (art. 70.2 d). Así mismo, el art. 72 insiste en que “Todas las reservas obligatorias, así como las que resulten de excedentes procedentes de operaciones con terceros, son insusceptibles de cualquier tipo de reparto entre los cooperadores”.

En **Italia**, la legislación cooperativa que se contiene principalmente en el Códice Civile ha sufrido una total modificación con el Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003, nº 6. La ley define la cooperativa como sociedad de capital variable y objeto mutualista; y dedica todo su articulado a regular y promover las cooperativas de mutualidad prevalente⁸¹. Hay que recordar al respecto, que el art. 45 de la Constitución Italiana establece que “La República reconoce la función social de la cooperación de carácter mutualista y sin fines de

⁸¹ Según el art. 1512 son sociedades cooperativas de mutualidad prevalente, en razón del tipo de relación mutualista, aquellas que:

- 1) Desarrollan su actividad prevalentemente a favor de los socios consumidores o usuarios de los bienes y servicios,
- 2) Se vale prevalentemente, en el desarrollo de su actividad, de las prestaciones de trabajo de los socios,
- 3) Se vale prevalentemente, en el desarrollo de su actividad, de las aportaciones de bienes o servicios de parte de los socios.

especulación privada. La ley promueve y favorece su incremento con los medios más idóneos y asegura con los oportunos controles, su carácter y finalidad”.

Centrándonos en la determinación y aplicación de los resultados, el art. 2545-sexies, relativo a los Retornos establece que, “El acto constitutivo determina los criterios de reparto de los retornos a los socios proporcionalmente a la cantidad y cualidad de sus relaciones mutualistas. La cooperativa debe informar separadamente en el balance los datos relativos a la actividad desarrollada con los socios, distinguiendo eventualmente las diversas gestiones mutualistas. La asamblea puede acordar la distribución de los retornos a cada socio también mediante el aumento proporcional de las respectivas cuotas o con la emisión de nuevas acciones, o mediante la emisión de instrumentos financieros”.

b.- En cuanto a la cuestión relativa a qué resultados deben separarse, resulta interesante comprobar qué resultados debían separarse cuando el legislador español por vez primera estableció esta norma.

En un primer momento, con la Ley de Cooperativas de 1931, la cooperativa tiene como único objeto social desarrollar actividades económicas para satisfacer las necesidades de sus socios.

Pero admite dos excepciones a esta norma, por una parte, que las cooperativas de consumidores, puedan servir al público, si lo prevén los estatutos y en las condiciones que establezcan los reglamentos (art. 19.1); y por otro, las cooperativas de trabajadores, que si bien no pueden emplear de un modo permanente otros trabajadores que sus mismos cooperadores, pueden utilizar y remunerar los servicios complementarios de su industria propia y el concurso profesional del personal técnico y de contabilidad en la medida precisa para el desarrollo de las operaciones sociales; también se admite la presencia de aprendices y de otros auxiliares no asociados con jornada temporal (art. 25.1).

En los casos anteriores, los beneficios obtenidos de vender al público, si no se devuelven al cliente, deben destinarse al FRO y FEOS; y el suplemento de la remuneración que proporcionalmente corresponda a la remuneración del personal no asociado, caso de no ser abonado a éste, se invertirá en Obras Sociales aprobadas en que puedan participar los no asociados (art. 19.2 y 25.2).

En realidad, como la cooperativa debe tender a evitar la especulación (como dice la ACI), lo que se pretende es que si se ha obtenido un beneficio como consecuencia de las operaciones con terceros se le devuelva a éstos, o en su defecto, no se distribuya entre los socios. Es decir, la ventaja cooperativa o mejora que obtendría el tercero si fuera socio de la cooperativa, si no se le

devuelve, debe destinarse a fondos irrepartibles, porque no puede apropiarse el socio de esta ventaja. En definitiva, lo que debía separarse es la parte proporcional de los excedentes disponibles para su distribución, que correspondería a los terceros.

Por ejemplo, **una CTA** tiene 100 socios y 10 trabajadores asalariados, y todos trabajan en las mismas condiciones y por el mismo precio (salario bruto). Es decir, el importe abonado al trabajador por su trabajo es el mismo que el contabilizado o abonado a favor del socio como anticipo. En estas condiciones, si el ejercicio arroja un resultado positivo de 1200, deberíamos aplicar sobre este importe las deducciones impuestas por la ley, los estatutos y los acuerdos sociales. Si el importe que finalmente se pretende distribuir entre los socios es de 600, debería destinarse un 10% del mismo a reservas irrepartibles o a los trabajadores no socios.

Realmente, en la determinación de los resultados derivados de la actividad cooperativizada, no es necesario separar en su origen los ingresos y gastos, siempre que podamos identificar la diferencia o margen diferencial obtenido de operar con socios y con terceros. Para este cálculo debe compararse el coste cobrado o abonado al socio y al tercero por la misma actividad, lo que en definitiva puede considerarse como precio medio de mercado o salario medio. Lo que la cooperativa debe evitar es repartir entre los socios el beneficio que hubiera correspondido al tercero si hubiera sido socio (la ventaja cooperativa).

Así mismo, en una **cooperativa de consumidores**, habría que identificar cuál es la ventaja cooperativa que no percibe el tercero.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que si la cooperativa no distribuye retornos, no tiene sentido hacer ninguna separación de resultados. Y esta conclusión sirve tanto para las cooperativas que cobran al mismo precio a socios y terceros los productos y servicios que les proveen. La única diferencia está en que si aplica una ventaja a los socios, practicando un descuento en sus compras, esa misma ventaja podría aplicarse a los terceros.

Si por el contrario, la cooperativa distribuye retornos a los socios, debemos diferenciar según que cobre el mismo precio por los productos y servicios prestados a socios y terceros. En ambos casos, tendríamos que calcular la parte proporcional correspondiente a la participación en los excedentes disponibles (una vez hechas las deducciones correspondientes), y devolver esa parte a los terceros o destinarse a reservas irrepartibles. Si además de distribuir retornos, se le practica al socio un descuento inicial, deberá tenerse en cuenta también ese descuento no aplicado al tercero para calcular no distribuable de los resultados.

Por otra parte, cuando se admite que la cooperativa pueda realizar actividades atípicas o impropias de la cooperativa, esto es, operaciones no destinadas a satisfacer las necesidades y aspiraciones de sus socios (y de los terceros);

también deberán diferenciarse porque estas operaciones son por cuenta de la cooperativa y una adecuada gestión obliga a separarlas puesto que los resultados que se obtengan son de la cooperativa y no de los socios. Así, si el resultado es positivo, los beneficios pertenecen a la cooperativa y no cabe retorno alguno; y si los resultados son negativos, estas pérdidas no pueden de ningún modo imputarse al socio, la cooperativa sólo puede disponer de su patrimonio para hacer frente a las mismas.

Conclusiones:

1. En la determinación de los resultados de la cooperativa, debe diferenciarse por una parte los resultados de las actividades cooperativizadas, de los resultados de las demás actividades. Las primeras son específicas de la cooperativa y por tanto tienen un régimen peculiar que debe contemplar la ley cooperativa. Las segundas en cambio, son operaciones que se regularán por la legislación general que le sea aplicable (Código civil, mercantil, etc).
2. De la anterior distinción, los resultados (positivos o negativos) obtenidos de las operaciones no cooperativas o cooperativizadas, en la medida en que son resultados especulativos, deben destinarse a reservas irrepartibles.
3. Por el contrario, la cooperativa puede distribuir entre los socios los resultados obtenidos en la actividad cooperativizada. Pero esta decisión debe estar sometida a ciertas condiciones:
 - a) Porque cada socio debe participar en la distribución de los resultados proporcionalmente a la medida en que ha contribuido a su generación, y sin perjuicio de que acuerden otros destinos más solidarios.
 - b) Porque los resultados deben distribuirse en proporción a su contribución y no a la especulación; si la cooperativa opera con terceros no socios, no pueden distribuirse entre los socios los beneficios que corresponderían al tercero. Por tanto, o se le retornan también o se destinan a fondos irrepartibles.

A la vista de las anteriores conclusiones, y analizando el contenido del art. 57 dedicado a la Determinación de resultados, podemos señalar que los límites que el legislador debe marcar a la determinación de los resultados y en particular en relación con la separación de resultados y con la valoración de la participación del socio, son muchos menos que los que exige ese precepto, y sobre todo, que para conseguir los objetivos previstos, existen diversas alternativas por las que las cooperativas podrían optar.

H.- APLICACIÓN DE LOS RESULTADOS

Los presupuestos o principios que deberían regir la ordenación de esta materia en nuestra opinión son:

1º Si queremos respetar la naturaleza de la cooperativa y repartir entre los socios los resultados de la cooperación y no de la especulación, sólo podemos distribuir entre ellos los resultados obtenidos en la actividad cooperativizada, sean positivos o negativos. Los demás resultados no deberían distribuirse entre los socios. Recordamos aquí que en la determinación de los resultados distribuibles juega un papel fundamental la valoración que se haga de la participación del socio. Esa valoración debe poder ser libre siempre que no se ponga en riesgo la solvencia de la cooperativa ni las garantías que ésta debe ofrecer a terceros. Si no se dan esas circunstancias, la valoración debe estar limitada por criterios objetivos o ser al menos, similar a la valoración realizada a terceros no socios participantes en esa actividad.

En consecuencia, la cooperativa debe diferenciar los resultados de la actividad cooperativizada, realizada con socios y terceros, de otras actividades extracooperativas que realice.

2º La aplicación de los resultados debe condicionarse a que se garantice la solvencia de la cooperativa. Esto significa que no deben distribuirse resultados si no contamos con un patrimonio neto mínimo⁸², de forma que, mientras no se alcance ese límite, todos los resultados positivos deberían retenerse por la cooperativa.

3ª Por similares razones de solvencia, las pérdidas registradas por la cooperativa, no deberían imputarse al capital social mientras hubiera fondos de reserva; y no deberían imputarse al FRO, si hubiera reservas voluntarias disponibles.

4ª La solvencia de la cooperativa y su potencial crecimiento exigen contar con suficientes fondos propios que garanticen esos objetivos. Frente a las sociedades mercantiles que sólo cuentan con los fondos propios para realizar su actividad, las cooperativas cuentan además, con la masa de gestión económica que aporta el socio. Pero a pesar de ello, mantenemos que la cooperativa debe garantizar unos fondos propios suficientes para asegurar su desarrollo y el cumplimiento de sus compromisos. Por tanto, al hacer la aplicación de los resultados debe destinarse parte de los mismos a cubrir esos fondos.

5º La cooperativa no debe olvidar que además de desarrollar una actividad empresarial para atender las necesidades de sus socios, tiene otros compromisos con sus socios y con el entorno, debe atender a la formación y educación de sus socios, a la difusión del cooperativismo y a la promoción de

⁸² Este patrimonio mínimo, como veremos a continuación, podría ser equivalente a la cifra de capital social suscrito por los socios.

su entorno local o de la comunidad en la que se asienta. Por ello, la cooperativa debe contribuir con parte de sus resultados a la realización de estos objetivos. Después de todo es la inversión más importante que hace la cooperativa aunque muchas veces no se alcance a ver o entender.

Esa contribución podría consistir en un porcentaje en relación con los resultados de la actividad cooperativizada, del 5 o del 10%, que podría hacerse efectivo con resultados positivos de cualquier procedencia, tanto procedentes de la actividad cooperativizada como, si hubiera en cuantía suficiente, de la actividad extracooperativa.

6ª Por último, la aplicación de resultados debería tener como objetivo, tras respetar las anteriores aplicaciones, maximizar la ventaja cooperativa a favor del socio. La ventaja cooperativa no siempre se puede valorar en términos cuantitativos, cuando lo buscado es meramente la prestación de un servicio o la calidad del mismo; pero si uno de los objetivos de la cooperativa es atender las necesidades del socio en las mejores condiciones de precio, la cooperativa debe tender a ello. Recordamos también que el socio puede percibir cuantitativamente la ventaja cooperativa al recibir la valoración por su participación en la actividad cooperativizada así como, en el momento de la aplicación de los resultados; realmente esa ventaja viene determinada por aquella valoración previa (anticipo) más los resultados que finalmente se apliquen. La valoración inicial se incrementaría con los excedentes retornados al socio, o se reduciría con las pérdidas imputadas al mismo.

Una vez hemos fijado los anteriores principios que deberían regir la ordenación de la aplicación de resultados en la cooperativa, podríamos proponer el siguiente sistema de aplicación:

1.- Aplicación de los resultados derivados de la actividad cooperativizada desarrollada con socios y con terceros.

a.- Aplicación de los excedentes.

En primer lugar, una parte de los excedentes debería destinarse al FRO. Esa cantidad vendría establecida por los estatutos sociales o por la Asamblea General, pero como mínimo debería ser de cierta cuantía (por ej. 20%) hasta que el FRO alcance un importe determinado.

En las sociedades mercantiles se exige que se hagan aplicaciones a la reserva legal de un 10% de los beneficios, hasta que ésta alcance el 20% del capital social suscrito. En las sociedades de capital variable, suele establecerse una aportación constante hasta que la reserva obligatoria alcance una cifra en relación con el capital social suscrito equiparable al menos a éste⁸³.

⁸³ La Ley de Cooperativas de 1974 fijaba el límite en el “doble del capital social o al límite superior fijado estatutariamente” (art. 17.1); la LSGR 1/1994 lo fija en el “triple

La LC 27/1999 (art. 58.1), como la Ley italiana (art. 2545-quarter), imponen sin límites la asignación de una parte de los excedentes a la reserva obligatoria, del 20% o del 30% respectivamente.

Creemos que, en la cooperativa, y atendiendo a la posibilidad de contar con capital fijo y capital variable, el criterio podría ser mixto, de forma que, la aplicación mínima debería realizarse hasta que el FRO cubra el 100% del capital variable y el 20% del capital fijo de la cooperativa. Este es un criterio que podría emplearse y que tiene en cuenta la necesidad de reforzar la solvencia de la cooperativa que cuente con capital social variable y persigue no imponer más exigencias a la cooperativa que al resto de empresas, sino está suficientemente justificada la discriminación. Otro criterio que alternativamente podría emplearse es que se aportaran excedentes al FRO necesariamente hasta que éste alcanzase la cifra capital suscrito, lo que sin duda simplifica la gestión.

En todo caso estamos hablando de contribuciones mínimas que no impiden que, tanto los estatutos como la asamblea general eleven esas contribuciones e incluso decidan la aplicación al FRO de todos los excedentes.

Una vez atendida esa aplicación al FRO exigida por la ley, por los estatutos o por la asamblea general, el resto de los excedentes podrían destinarse al FEP, a constituir reservas o fondos de excedentes, que podrían en su caso llegar a ser distribuibles, o a su distribución directa entre los socios.

b.- Aplicación de los excedentes repartibles.

Una vez determinado cual es el excedente disponible para ser distribuido entre los socios, deberíamos diferenciar la parte proporcional que correspondería a las operaciones realizadas con terceros no socios, si no se les devuelven los beneficios generados. Esos excedentes (o beneficios) deben destinarse al FRO por lo menos hasta que se alcance el límite mínimo señalado en el apartado anterior; alcanzado este límite podría destinarse a otras reservas voluntarias no repartibles o al FEP.

El resto de los excedentes serían distribuibles entre los socios, en proporción a las operaciones realizadas por cada uno durante el ejercicio económico, y podría asignárseles mediante su pago en efectivo, nuevas aportaciones al capital o al fondo de retornos.

c.- Aplicación de las pérdidas.

de la cifra mínima del capital social” (art. 52); y la Ley valenciana de cooperativas 8/2003, en la cifra del capital suscrito (art. 68.2). Fuera de nuestras fronteras, la Ley francesa de cooperativas 47-1775, hasta que alcance la cifra del capital (art. 16.2) o la ley portuguesa 51/1996 hasta que la reserva alcance un montante igual al máximo de capital alcanzado por la cooperativa (art. 69.3).

Si como consecuencia de la actividad cooperativizada se obtienen pérdidas, podríamos diferenciar; por una parte, las pérdidas que corresponderían al porcentaje de operaciones con terceros no socios, que siempre deberían compensarse con cargo a reservas voluntarias o en su defecto, al FRO. Y las demás pérdidas, que podrían imputarse a los socios o compensarse con cargo a reservas voluntarias o en su defecto, al FRO, en la misma proporción en que se hubieran destinado los excedentes en los últimos 5 años o desde su constitución a estas reservas (art. 59.2 b LC).

Estas pérdidas también podrían compensarse íntegramente con cargo a reservas, siempre que: a) la valoración de la participación del socio se haya hecho como máximo a precios medios de mercado o empleando cualquier otro criterio objetivo; y b) la cooperativa tenga fondos suficientes para cubrir esas pérdidas.

La ley debería fijar un límite a la posible imputación al FRO de pérdidas resultantes de la actividad cooperativizada. Este podría estar en que agotadas las reservas voluntarias, si el FRO fuese inferior (p.ej.) al 50% del capital social, las pérdidas correspondientes a las operaciones con socios, deberían imputarse a los socios en proporción a su participación en la actividad cooperativizada. Estas pérdidas podrían compensarse con aportaciones en efectivo del socio, o con cargo a cualquier crédito que se genere a favor del socio.

2.- Aplicación de los resultados derivados de la actividad no cooperativizada (extracooperativa).

a.- Aplicación de los beneficios

Si como resultado del ejercicio de actividades extracooperativas se obtuvieran beneficios, la cooperativa debería destinarlos al FRO hasta por lo menos que alcanzase su límite mínimo señalado más arriba, el resto podría destinarse al FEP o a constituir reservas voluntarias irrepartibles.

b.- Aplicación de las pérdidas.

Si por el contrario, la actividad extracooperativa hubiera arrojado pérdidas, éstas deberán compensarse con cargo a reservas voluntarias o en su defecto, al FRO.

Como principales consecuencias que se derivan del anterior sistema de aplicación de resultados podemos señalar las siguientes:

1º No se distribuyen entre los socios los beneficios obtenidos de actividades especulativas, por lo que la cooperativa mantiene su naturaleza no lucrativa y conforme con los valores y principios cooperativos. Pero estos beneficios se emplean en el fortalecimiento de la empresa y en la mejora de los servicios a los socios, por lo que éstos, indirectamente sí se benefician de esas

actividades extracooperativas: pueden garantizarse una retribución media por su participación en la gestión; pueden beneficiarse de todo el excedente generado y pueden ver retribuido y actualizado el capital y demás instrumentos financieros con cargo a reservas irrepartibles.

2º Se retribuye al socio equitativamente, en proporción a su participación en la actividad cooperativizada, y en la medida en que ha contribuido a ese resultado (sea positivo o negativo).

3º No se reparten beneficios mientras no se garantice un patrimonio neto mínimo, que sería equivalente al capital social suscrito, con lo que reforzamos la solvencia de la cooperativa.

4º Por otra parte, se garantiza la asignación de beneficios al FRO y el mantenimiento de esta asignación mientras el FRO no alcance un límite mínimo. Llegados a ese límite la cooperativa sigue obligada a asignar los beneficios íntegramente, a reservas irrepartibles, pero puede ser al FRO, al FEP o a otras reservas voluntarias. En definitiva, seguimos garantizando la solvencia de la cooperativa, pero diversificando los destinos que pueden darse a los beneficios.

5º La posibilidad que tiene la cooperativa de conformar el FRO y el FEP a través de resultados de actividades extracooperativas, le permite mejorar la ventaja cooperativa a favor del socio, pudiendo éste llegar a recuperar la totalidad del excedente obtenido por su actividad, bien directamente mediante retornos (en efectivo o capital social o al fondo de retornos) o indirectamente mediante reservas de excedentes distribuibles.

6º Por último, la cooperativa debe poder determinar con mayor autonomía cómo aplicar los gastos generales de funcionamiento de la empresa, con cargo a qué resultados contribuir al FEP, al FRO, o cómo retribuir el capital social. Como veremos más adelante, esta retribución sólo tiene que venir condicionada por su cuantía, que como dicen los principios cooperativos debe ser limitada, y el legislador español cifra ese límite en un porcentaje por encima del interés legal del dinero, como corresponde a su papel subordinado en la cooperativa.

7ª Si el legislador estatal admitiese la presencia de cooperativas mercantiles, esto es, con ánimo de lucro subjetivo, la legislación debería reconocer la posibilidad de que estas repartieran entre sus socios, al menos, parte de los beneficios obtenidos en actividades extracooperativas, o de las reservas voluntarias constituidas por éstos. La distribución de estos beneficios o reservas podría hacerse según los criterios que hubiera fijado estatutariamente

la cooperativa, que podrían ser tanto en proporción al uso cooperativo como al capital social aportado por los socios.

La admisión de cooperativas mercantiles por parte del legislador, si bien es una prerrogativa a su alcance, no deja de ser contraria a las recomendaciones que desde las instancias europeas e internacionales se están haciendo para que la regulación de las cooperativas en la legislación se haga respetando el concepto, los valores y los principios cooperativos definidos por la Alianza Cooperativa Internacional.

I.- FUNCIONES DEL CAPITAL SOCIAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y EN LAS COOPERATIVAS.

El capital social en las sociedades está llamado a cumplir diversas funciones⁸⁴. Entre ellas queremos destacar en este momento, la función productiva, organizativa, legitimadora y de garantía.

- a) El capital social cumple una función productiva porque permite crear un fondo común con el que poder adquirir los bienes, derechos y servicios que exigirá el desarrollo de la actividad económica. En la cooperativa esta función también se da pero con matices, porque no es suficiente con el capital social para iniciar la actividad, a diferencia de las sociedades mercantiles. En la cooperativa el principal factor en su función productiva es el conjunto de bienes y derechos que los socios aportan a la actividad cooperativizada y que denominamos masa de gestión económica.
- b) El capital social cumple una función organizativa porque permite organizar la estructura corporativa y económica conforme a la aportación de los socios al capital social. Así, la participación en los órganos sociales es proporcional al capital aportado, al igual que el derecho al reparto de los beneficios o del patrimonio social. En la cooperativa en cambio, esta función organizativa la cumple en todo caso la participación del socio en la actividad cooperativizada y no el capital social. A pesar de ser el voto igualitario entre los socios, cuando se admite la pluralidad de voto siempre es en proporción a la participación en dicha actividad y no en la medida del capital aportado.
- c) El capital social cumple una función legitimadora porque se establece como condición para ser socio, la aportación a capital social. Esta

⁸⁴ Más ampliamente sobre las funciones que cumple el capital social cooperativo puede verse FAJARDO, I.G en La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios, Tecnos, 1997 pp. 28 a 56.

función es de aplicación relativa en la cooperativa ya que no es suficiente aportar capital para ser socio, además, debe participar en la actividad cooperativa.

- d) Por último, decimos que el capital social cumple una función de garantía porque se establece como cifra de referencia en la conformación de reservas y de retención del patrimonio. Así, la sociedad en función de la cifra de capital se ve obligada a crear unas reservas y a garantizar la existencia de un patrimonio neto equivalente a la cifra del capital social, no pudiendo reducirse aquél si no se da publicidad de la situación y se garantizan los derechos de los acreedores. En la cooperativa se dice que dado su capital variable no puede cumplir esa función de garantía, pero lo cierto es que el capital social es también una cifra de garantía en las sociedades de capital variable, y podría serlo también en la cooperativa si el legislador regulara adecuadamente este tema.

J. EL CAPITAL SOCIAL COMO CIFRA DE GARANTÍA EN LA COOPERATIVA.

El capital social como cifra de garantía merece especial atención al tratar del régimen económico de la cooperativa, aunque sea porque falta en la legislación cooperativa una adecuada regulación de esta cuestión. Esta ausencia fue compensada por el legislador exigiendo la permanente aplicación de parte de los resultados del ejercicio a la reserva irrepatriable de la cooperativa, medida ésta que ni constituye una exigencia de la naturaleza cooperativa ni es habitual en derecho comparado.

Nuestro propósito en este apartado es poner de manifiesto cómo el legislador trata de conseguir que la cifra de capital sea una cifra de garantía tanto en las sociedades de capital fijo como de capital variable, y apuntar algunas sugerencias sobre cómo podría regularse el capital social en la cooperativa para conseguir el mismo efecto en favor de la solvencia de la cooperativa y de la garantía de terceros.

En la legislación de sociedades mercantiles podemos encontrar distintas medidas que tienen como fin asegurar que el capital social sea una cifra de garantía:

- a) La obligación de aportar a capital social como mínimo una cierta cantidad (capital mínimo).
- b) La necesidad de que esa aportación sea efectiva, asegurando su completo desembolso, mediante bienes o derechos valorables

económicamente y estableciendo garantías para que esta valoración no sea desmedida.

- c) Dando publicidad de la cifra de capital social a los terceros, tanto a través del Registro Mercantil como de la documentación contable.
- d) Relacionando la cifra de capital con la del patrimonio neto, de forma que actúe de cifra de retención de éste. Así por ejemplo:
- Solo pueden distribuirse dividendos con cargo a beneficios del ejercicio o a reservas de libre disposición si el patrimonio neto es igual o superior al capital social (213 LSA).
 - Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que el valor del patrimonio neto fuera inferior al capital, el beneficio se destinará a compensar esas pérdidas (art. 213 LSA).
 - El 10% de los beneficios se destinará a la reserva legal hasta que ésta alcance el 20% del capital. Mientras no se alcance ese nivel, la reserva legal sólo puede destinarse a compensar pérdidas, sino existen otras reservas disponibles suficientes para este fin (art. 214 LSA).
 - Es obligatorio reducir el capital si las pérdidas han reducido el patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra de capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto (art. 163 LSA).
 - No puede reducirse el capital para compensar pérdidas o para constituir o incrementar la reserva legal si se tienen reservas voluntarias o la reserva legal, efectuada la reducción, excede del 10% del capital (art. 168 LSA).
 - Para repartir dividendos tras reducción de capital, la reserva legal debe alcanzar el 10% del nuevo capital (art. 168. 4 LSA).
 - No puede reducirse el capital social si supone reducción del patrimonio neto sin publicitar esa decisión en BORM y periódico de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio (art. 165 LSA), y sin garantizar los créditos no vencidos, a los acreedores que hayan hecho uso del derecho de oposición (art. 166 LSA).
 - Es causa de disolución de la sociedad si las pérdidas dejan reducido el patrimonio neto a menos de la mitad del capital; y si el capital se reduce por debajo del mínimo legal (art. 260 LSA).

Tradicionalmente se ha afirmado que en la cooperativa el capital social no puede cumplir una función de garantía dada su condición de variabilidad. Sin embargo, la regulación de las sociedades de capital variable también adopta medidas para asegurar que la cifra de capital pueda cumplir una garantía frente a los terceros.

Antes de ver esas medidas debemos aclarar que la variabilidad del capital social implica que, si bien en la escritura de constitución de la sociedad se fijará

el capital aportado inicialmente por los socios, en los estatutos se debe fijar una cifra de capital mínimo y en ocasiones, también, una cifra de capital máximo, que suele determinarse en relación con aquella (doble o triple), de manera que el capital variará en función de la entrada y salida de socios sin necesidad de modificar los estatutos sociales siempre que la cifra se sitúe entre ambos límites. En la medida en que la cifra de capital debiera rebasar esos límites, procedería tener que modificar previamente los estatutos con todas las formalidades y garantías exigidas en estos procesos.

Este sistema facilita la entrada y salida de socios, por lo que constituye un instrumento muy apropiado para las sociedades de base mutualista.

En las entidades de capital variable, en consecuencia, vamos a encontrar una cifra de capital suscrito o contable, una cifra de capital estatutario (mínimo y en ocasiones también: máximo) y puede que una cifra de capital mínimo legal, cuando la ley exige un capital mínimo para el desarrollo de cierta actividad económica o de manera general.

El capital real o contable debe situarse siempre dentro de los límites del capital estatutario. El capital estatutario puede modificarse siguiendo el procedimiento previsto para la modificación de estatutos, y nunca podría reducirse por debajo del capital mínimo legal.

Algunas de las medidas garantistas aplicadas a las sociedades de capital variable por parte de la legislación son:

a.- La exigencia de que el patrimonio neto sea por lo menos igual al capital social suscrito y mientras tanto, no puedan distribuirse resultados (art. 51 LSGR y arts. 58 y 70 LCCV).

b.- Que se destinen parte de los excedentes a la reserva legal hasta que ésta alcance una cifra que puede ser equivalente al capital suscrito, al doble o triple del capital mínimo, o al capital estatutario máximo (art. 52 LSGR y art. 68.2 LCCV).

c.- Que se proceda a la reducción del capital estatutario si el patrimonio neto queda reducido por debajo de la cifra del capital mínimo, o de los 3/4 del capital estatutario (art. 50 LSGR).

d.- Si además, la reducción no es a consecuencia de pérdidas, sino de la disminución del patrimonio neto debido al reembolso de aportaciones a los socios o compensación de deudas, no podrá procederse a la reducción si no se notifica a los acreedores y se les da la oportunidad de oponerse a esta reducción si no se les garantizan sus créditos (art. 49 LSGR y art. 74 LCCV).

e.- Por último, suele reconocerse en la ley como causa de disolución de la sociedad la reducción del patrimonio neto por debajo del capital mínimo o de un porcentaje de éste, si no se restituye la diferencia en el plazo de un año (art. 59 LSGR y art. 81.1 e LCCV).

La cooperativa, como las anteriores sociedades, sean de capital fijo o variable, sólo responde frente a sus acreedores con su patrimonio, por lo tanto es

preciso que el legislador adopte medidas que garanticen la conservación de dicho patrimonio.

Diferente sería el caso si los socios asumieran responsabilidad ilimitada por las deudas contraídas por la sociedad con terceros, en estos casos, el legislador no suele preocuparse de articular medidas que garanticen el patrimonio social porque el ámbito de responsabilidad alcanza los patrimonios individuales de sus socios. Este es el caso por ejemplo, de la agrupación de interés económico, que siendo una entidad mutualista podría tener capital variable, pero al asumir sus miembros responsabilidad personal y solidaria entre sí por las deudas de aquélla (art. 5 LAIE), se despreocupa el legislador de que la agrupación tenga capital o cualquier fondo común (art. 8.1. 3º LAIE).

Así que, si los socios no responden de las deudas sociales, el legislador debe garantizar la subsistencia de un patrimonio neto que garantice el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la cooperativa frente a terceros.

Sin embargo, **la legislación cooperativa estatal establece algunas medidas pero son tan insuficientes que no consiguen garantizar un patrimonio mínimo.** Así:

- El capital social no es garantía de la existencia de un patrimonio neto suficiente.
- No se exige un capital social mínimo, este podrá ser el que acuerde la cooperativa, incluso simbólico (art. 45.2).
- Este capital mínimo estatutario, que puede ser simbólico, es el límite que debe salvaguardar el patrimonio de la cooperativa (art. 45.8).
- No hay límite a que las pérdidas se imputen al socio y este decida que se compensen reduciendo el capital social (art. 59.3).
- Por otra parte, la regulación de la imputación de las pérdidas es totalmente arbitraria, se permite provocar pérdidas (art. 57.2) y se permite imputar todas a reservas (art. 59.2).
- La reducción del capital mínimo se impone como obligatoria sólo si el patrimonio contable queda disminuido por debajo de aquel, a consecuencia de pérdidas (art. 45.8), pero no por otras causas: condonación de deudas, reembolso de aportaciones, etc.
- En el anterior caso, sólo se contempla que la reducción afecte a las aportaciones obligatorias de los socios, ¿y las voluntarias? (art. 45.8)
- Se contempla el derecho de los acreedores a oponerse a la reducción del capital mínimo si no se garantizan o satisfacen sus créditos, sólo en el caso de que la reducción esté motivada por el reembolso de aportaciones, y no por otras causas como podría ser la condonación de créditos de los socios (no exigencia de desembolso, ni de compensar pérdidas imputadas, etc.)
- Se impone la disolución de la cooperativa si el capital queda reducido por debajo del mínimo como consecuencia del reembolso de las

aportaciones a capital o de deducciones practicadas por la imputación de pérdidas al socio (art. 45.8), si no se reintegra o reduce el capital mínimo en el plazo de un año. Este supuesto, incomprensiblemente excluye la disolución si el capital queda reducido por otras causas, por ejemplo por pérdidas de la cooperativa.

- Sin embargo, más adelante, impone de manera general la disolución si el capital queda reducido por debajo del mínimo estatutario, con independencia de las causas (art. 70.1 d), pero la ley no impone finalmente, la disolución de la cooperativa si su patrimonio queda reducido por debajo del capital mínimo.

En definitiva, la regulación del capital y de las reservas que hace la ley estatal no ofrece muchas garantías a los acreedores sobre la solvencia de la cooperativa. Conceptos como el de capital estatutario, o capital social, que están llamados a cumplir una función de garantía frente a terceros, y por eso se hace público (art. 11.1 f y art. 45.7 LC), en la cooperativa regida por la ley estatal no tienen gran trascendencia⁸⁵. Una adecuada regulación del régimen económico de la cooperativa debe asegurar que el capital social y las reservas cumplan una función de retención del patrimonio que garantice la solvencia de la cooperativa y su responsabilidad frente a terceros.

Entre las **medidas que nosotros propondríamos en relación con el capital social de la cooperativa** podemos señalar las siguientes:

a.- Establecer una cifra de capital social mínimo equivalente a la exigible por nuestro ordenamiento a otras sociedades, sin perjuicio de que puedan establecerse excepciones (p.ej. cooperativas de escolares).

b.- Mientras el patrimonio neto de la cooperativa no alcance la cifra del capital suscrito, no podrán distribuirse excedentes, reservas disponibles, intereses ni ninguna otra retribución financiera.

c.- La cooperativa deberá aplicar los resultados del ejercicio (20% de los excedentes y la totalidad de los beneficios) al FRO hasta que este alcance un importe igual al del capital suscrito, (o alternativamente, un importe igual al del capital variable y al 20% del capital fijo de la cooperativa).

⁸⁵ Más garantista para los acreedores y en definitiva para la solvencia de la cooperativa que no sólo interesa a los acreedores, es la regulación del capital social que contiene la Ley de Cooperativas de la Comunidad de Madrid de 1999 y de la Comunidad Valenciana de 2003.

d.- La cooperativa deberá proceder a la reducción del capital estatutario si el capital suscrito o el patrimonio neto queda reducido, por debajo de su importe y transcurre un ejercicio sin recuperarse la diferencia.

e.- Si la reducción del capital mínimo es consecuencia de la reducción del patrimonio neto por reembolso de aportaciones al socio (capital o reservas) o compensación de deudas del mismo, deberían aplicarse garantías similares a las previstas en la LSRL (arts. 80 y 81) o en la LSA (arts. 166 y 167).

K.- LA VARIABILIDAD DEL CAPITAL DE LA COOPERATIVA Y EL PRINCIPIO DE ADHESIÓN VOLUNTARIA Y ABIERTA.

El capital social de la cooperativa es utilizado también por el legislador como mecanismo para facilitar la entrada y salida de socios, lo que es una exigencia del principio cooperativo de adhesión voluntaria y abierta.

La variabilidad del capital es un instrumento utilizado por el legislador con frecuencia en las sociedades mutualistas y en aquellas sociedades que prevén la frecuente entrada y salida de socios.

La ventaja que ofrece es que no hace depender la entrada y salida de socios del aumento o reducción del capital, que estaría condicionado a la voluntad mayoritaria de los socios, ni de la transmisión de cuotas de capital, que también dependería de la voluntad mayoritaria de los socios, salvo previsión expresa de una renuncia al ejercicio de los derechos de adquisición preferente.

La variabilidad del capital se ha convertido así en un instrumento jurídico muy apropiado para hacer posible la entrada y salida de socios de la cooperativa, pero en ningún caso es en sí un principio cooperativo.

No sólo la variabilidad del capital social no es un principio cooperativo, sino que ofrece tantas ventajas a las cooperativas como desventajas.

Las desventajas son las derivadas de su inestabilidad, del riesgo que supone para la cooperativa la baja de un socio titular de un importante volumen de capital. Baja que por otra parte, puede darse en el momento más inesperado y más desfavorable para la empresa.

Por ello, desde hace tiempo venimos proponiendo para las cooperativas un sistema de capital que ofrezca más estabilidad sin menoscabar el derecho del socio a ingresar y causar baja en la cooperativa⁸⁶.

El sistema se fundamenta en:

- a) la admisión de aportaciones a capital cuyo reembolso no está condicionado por la baja del socio, lo que permite predeterminedar cual

⁸⁶ FAJARDO, I.G "La financiación de las cooperativas ante la reforma de la legislación cooperativa en España", CIRIEC. Revista de Economía nº 13 de 1993 p. 51 a 77.

- será el momento de su reembolso, el cual puede tener lugar incluso en el momento de la liquidación de la cooperativa; y
- b) la limitación de la aportación obligatoria que debe hacerse como condición para ingresar como socio en la cooperativa.

L.- LAS APORTACIONES A CAPITAL EN UN SISTEMA DE CAPITAL MIXTO (fijo y variable).

1.- Presupuestos para la regulación de las aportaciones a capital.

1. Las aportaciones obligatorias a capital, ni en general las entregas que el socio deba realizar para acceder a la condición de socio deberían ser tan elevadas que supusieran un obstáculo al ingreso de nuevos socios.
2. La legislación cooperativa nos habla de aportaciones en varios sentidos. Por una parte, exige que en los estatutos se indique la aportación obligatoria mínima al capital para ser socio. Por otra, se alude a la aportación obligatoria que habrán de efectuar los nuevos socios, cuyo criterio de determinación se hará constar en los estatutos. También se admite que la Asamblea General pueda acordar la exigencia de nuevas aportaciones obligatorias. Y por último, se refiere a la posibilidad de admitir aportaciones voluntarias al capital social.
3. Las aportaciones obligatorias mínimas podrán ser diferentes para las distintas clases de socios o para cada socio en proporción al compromiso o uso potencial que cada uno de ellos asuma en la actividad cooperativizada. Esa aportación se conciben en la LC como una aportación mínima para ingresar y para permanecer como socio, de forma que su pérdida sería causa de baja obligatoria del socio (art. 17.5). La regulación del capital en la LC hace posible que el socio pueda conservar sus derechos como socio si mantiene esta aportación mínima, aunque el resto de aportaciones obligatorias las transmita (art. 50) o se reduzcan por imputación de pérdidas del socio (art. 59.3 a). Este régimen no es satisfactorio porque no favorece la estabilidad patrimonial ni la garantía de terceros.
4. Las aportaciones obligatorias que deben realizar los aspirantes a socios así como las nuevas aportaciones exigibles a los ya socios, vienen determinadas en la LC según criterios bastante arbitrarios que no garantizan un trato igualitario ni equitativo entre los socios. El art. 46. 2 regula la posibilidad de exigir nuevas aportaciones obligatorias y sólo prevé la posibilidad del socio de convertir las aportaciones voluntarias en obligatorias y la de causar baja justificada al socio disconforme. Se echa

en falta que las nuevas aportaciones se impongan conforme a criterios equitativos entre los socios, al menos en los mismos términos exigidos para las aportaciones obligatorias mínimas (art. 46.1). De igual forma, los arts. 11.1 g, y 46. 7, hacen una regulación muy criticable de las aportaciones obligatorias que corresponde realizar para ingresar como socio con posterioridad a la constitución de la cooperativa, porque se remiten al criterio discrecional de la Asamblea General, no exigen un trato equitativo entre los nuevos y los antiguos socios, y porque permiten la exigencia de elevadas sumas de capital⁸⁷ que no se justifica suficientemente, a pesar de constituir un claro obstáculo para el ingreso de nuevos socios.

5. Por último, las aportaciones voluntarias, que podrían ser un instrumento útil para la financiación de la cooperativa por sus socios cooperadores y colaboradores, está sometida a demasiadas limitaciones y condiciones lo que las hace poco interesantes. Así, deben desembolsarse íntegramente en el momento de su suscripción (art. 47.2) y su retribución no puede superar a las últimas aportaciones voluntarias acordadas o, “en su defecto, a la de las aportaciones obligatorias” (art. 47.1).
6. Un régimen adecuado de las aportaciones a capital debe facilitar el acceso y salida de los socios, debe garantizar un trato equitativo entre los socios y debe favorecer la financiación de la cooperativa haciendo atractivas sus aportaciones a capital.

2.- Características del régimen de las aportaciones a capital propuesto.-

a.- Clases de aportaciones. La ley debería diferenciar entre la aportación obligatoria mínima para ser socio y otras aportaciones.

La aportación obligatoria mínima debería ser condición para ser socio y para mantenerse como socio. Los estatutos deben determinar su importe o criterio para su determinación. En cualquier caso, su importe deber ser igual para todos los socios de la misma categoría, o proporcional al compromiso o uso potencial que cada socio asuma en la actividad cooperativizada. Estas

⁸⁷ El artículo 46 en su párrafo 7º establece que los socios que se incorporen con posterioridad a la cooperativa deberán efectuar “la aportación obligatoria al capital social que tenga establecida la Asamblea General para adquirir tal condición”, que podrá ser diferente para las distintas clases de socios en función de la categoría de socio o en proporción al compromiso o uso potencial que cada uno asuma en la cooperativa. Su importe, para cada clase de socio, no podrá superar el valor actualizado, según el IPC de las aportaciones, inicial y sucesivas, efectuadas por el socio de mayor antigüedad en la cooperativa.

aportaciones no serían transmisibles y podrían reembolsarse al socio al causar baja.

Al margen de esta aportación obligatoria mínima para ser socio, la Asamblea General podrá acordar la exigencia de nuevas aportaciones a capital a los socios, y la admisión de nuevas aportaciones, que voluntariamente realicen los socios y quienes adquieran tal condición.

La posibilidad de exigir nuevas aportaciones a capital a los socios debe estar sometida a ciertas condiciones:

- Las nuevas aportaciones exigidas deberán ser igual para todos los socios de la misma categoría o proporcional al compromiso o uso potencial que cada socio asuma en la actividad cooperativizada.
- El socio que tuviera desembolsadas aportaciones voluntarias podrá aplicarlas en todo o en parte, a cubrir las nuevas aportaciones.
- El socio disconforme podrá darse de baja justificada de la cooperativa.

b.- Titularidad de las aportaciones a capital. Las aportaciones obligatorias sólo pueden ser de titularidad de los socios que participan en la actividad cooperativizada, o socios cooperadores. Por el contrario las aportaciones que voluntariamente puedan realizarse a la cooperativa podrán ser titularidad tanto de los socios cooperadores como de los socios colaboradores.

Las aportaciones voluntarias, cualquiera que sea su titular, deberían tener preferencias que estimulasen su suscripción, como puede ser, una mejor retribución, un reembolso preferente, la no aplicación de deducciones en caso de baja injustificada o expulsión, o un trato preferente en la reducción del capital por pérdidas.

Además, la titularidad de aportaciones voluntarias debería poder conferir a los socios colaboradores derechos políticos de voto y participación en los órganos sociales, si lo establecen los estatutos sociales. La presencia de socios que aportan exclusivamente capital está contemplada y admitida en la Declaración sobre la Identidad Cooperativa, siempre que “aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa”; lo que debe garantizarse es que el control de la cooperativa esté en poder de los socios cooperadores, bien porque conservan la mayoría de votos en las Asambleas Generales o porque conservan la mayoría de los puestos del órgano de administración de la cooperativa.

c.- Efectividad y desembolso de las aportaciones. La ley debe seguir garantizando que las aportaciones a capital que se realizan sean efectivas, y por tanto, si se hacen en moneda de curso legal debe asegurarse su desembolso y si consisten en bienes y derechos susceptibles de valoración económica, debe garantizarse su valoración, su entrega y su saneamiento.

En cuanto al desembolso, los estatutos y los acuerdos de la Asamblea General deben determinar cuál será el desembolso mínimo a realizar en el momento de la suscripción del capital, y en qué plazos y condiciones deberá desembolsarse el resto. El desembolso exigible no podrá ser inferior en ningún caso al 25% del capital social suscrito; pero tampoco la ley debería exigir un mayor desembolso, porque esto reduce las posibilidades de suscripción del capital.

d.- Remuneración de las aportaciones. Como ya señalamos, debería distinguirse la remuneración de las aportaciones obligatorias frente a las voluntarias, favoreciéndose estas últimas. Esta distinción es coherente con su distinta finalidad y con las recomendaciones que hace la ACI al respecto.

Así, el Principio cooperativo de participación económica de los socios, también distingue; por una parte, la remuneración del capital entregado como condición para ser socio. Dice al respecto este principio: “De ordinario los socios reciben una compensación, si la hay, limitada sobre el capital entregado como condición para ser socio”.

Por otra, la remuneración del capital reclamado como inversión adicional. De este dice el principio: “tal vez tengan que hacer las cooperativas llamadas especiales a los socios para que realicen inversiones adicionales; de hecho, es probable que muchas de ellas deben hacerlo. En estas circunstancias, es apropiado pagar intereses sobre tales inversiones, pero a un tipo “justo”. La renta pagada en tales inversiones debe ser de un tipo competitivo y no especulativo: por ejemplo; el tipo de interés gubernamental o bancario normal”.

El art. 48 Ley 27/1999 también permite diferenciar la remuneración de ambos tipos, las primeras podrán o no remunerarse según establezcan los estatutos, y las segundas, dependerá del acuerdo de admisión, que fijará su remuneración o el procedimiento para determinarla.

Sin embargo la ley establece numerosos y no siempre justificados límites a la remuneración de las aportaciones:

- La retribución de las aportaciones voluntarias no podrá ser superior a la de las últimas aportaciones voluntarias al capital acordadas por la Asamblea general, o en su defecto, a la de las aportaciones obligatorias (art. 47.1). Esta norma impide que las aportaciones voluntarias puedan cumplir una función de financiación al condicionar su remuneración a la recibida por otras aportaciones voluntarias u obligatorias.
- La remuneración de las aportaciones en ningún caso excederá en más de seis puntos del interés legal del dinero (art. 48.2). Este límite viene justificado, como dice la ACI por el carácter subordinado del capital. Los resultados de la cooperativa deben servir para maximizar

la ventaja ofrecida a los socios que participan en la actividad cooperativizada, y no para remunerar el capital. El límite, si su importe se considera razonable, debería seguir manteniéndose.

- La remuneración de las aportaciones estará condicionada a la existencia en el ejercicio económico de resultados positivos previos a su reparto limitándose el importe máximo de las retribuciones al citado resultado positivo (art. 48.2). No vemos qué impide que la cooperativa, teniendo cubierto su FRO mínimo, pueda disponer de reservas voluntarias para remunerar las aportaciones a capital, principalmente las aportaciones voluntarias o financieras.
- Además, parece que los gastos que genere la remuneración de las aportaciones a capital, deben deducirse de los ingresos derivados de la actividad cooperativizada, en detrimento por tanto del excedente que le correspondería al socio por su participación (art. 57.2 b). No vemos qué impide, que la cooperativa pueda repartir ese gasto entre el conjunto de los ingresos o aplicarlo en general como gasto para la determinación de los resultados del ejercicio. El único límite que la naturaleza cooperativa impone es limitar la remuneración máxima del capital social, no se condiciona el origen de esa remuneración.

La cooperativa, respetando los límites máximos a la remuneración del capital que fije la ley, debe tener libertad para determinar, en sus estatutos o en los acuerdos sociales que adopte, el importe de la retribución a satisfacer por el capital social aportado, así como la fuente de esa retribución, siempre que la cooperativa cumpla las garantías patrimoniales exigidas por la ley.

e.- Reducción de las aportaciones por imputación de pérdidas.

Las aportaciones al capital son aportaciones que se arriesgan al buen funcionamiento de la cooperativa; se integran en el patrimonio de ésta y en consecuencia, responden de los quebrantos de la gestión y de las obligaciones asumidas por la cooperativa frente a terceros (art. 1911 C. c).

Como venimos manteniendo, una de las medidas de garantía patrimonial que debe recoger la ley es salvaguardar el capital de la imputación de pérdidas mientras existan reservas con las que cubrirlas.

En la cooperativa debe destacarse que, al participar los socios en la actividad cooperativizada, los resultados del ejercicio pueden arrojar la existencia de pérdidas imputables a la cooperativa y pérdidas imputables al socio. Estas últimas, como se recordará, pueden derivarse exclusivamente del desarrollo de la actividad realizada por el socio con la cooperativa.

Las pérdidas de la cooperativa deben compensarse exclusivamente con el patrimonio de la cooperativa. Por tanto, con cargo a reservas, repartibles o no, y en su defecto, con cargo al capital. En este caso, la reducción debe afectar por igual a todos los socios mediante la reducción del valor nominal de sus aportaciones. Con el fin de fomentar las aportaciones voluntarias, debería procederse en primer lugar a la reducción del valor nominal de las aportaciones obligatorias.

Distinto es en cambio el tratamiento que debe darse a la imputación de pérdidas del socio. Al ser pérdidas imputables a éste, debe cubrir las con su patrimonio, y así, debe compensarlas mediante su abono directo o con cargo a créditos que el socio tenga con la cooperativa (intereses, retornos, etc.).

Permitir que el socio pueda decidir que se carguen las pérdidas al capital social de la cooperativa, no deja de ser una imputación al patrimonio de la cooperativa de lo que es una responsabilidad del socio, con el riesgo que ello representa para la solvencia de la cooperativa y la garantía que debe ofrecer a terceros.

Por ello, el legislador debe dejar claro que cuando se cargan a capital las pérdidas del socio, no puede ser más que al capital desembolsado, con las consecuencias que ello determina: deber de desembolsar el capital pendiente, pérdida del derecho al cobro de intereses por la cantidad reducida, e incluso, posibilidad de reclamar intereses de demora si el socio retrasa el cumplimiento de su deber de desembolso⁸⁸.

⁸⁸ En este sentido se pronuncia el art. 46.4 LC aunque se limita al momento en que por imputación de pérdidas del socio se llega al límite de la aportación obligatoria mínima: “Si por la imputación de pérdidas de la cooperativa a los socios, la aportación al capital social de alguno de ellos quedara por debajo del importe fijado como aportación obligatoria mínima para mantener la condición de socio, el socio afectado deberá realizar la aportación necesaria hasta alcanzar dicho importe, para lo cual será inmediatamente requerido por el Consejo Rector, el cual fijará el plazo para efectuar el desembolso, que no podrá ser inferior a dos meses ni superior a un año”. Como vemos por este artículo, hasta que se llega a ese límite, la ley permite que las pérdidas del socio sean absorbidas por el patrimonio de la cooperativa en lugar de por el socio.

Por el contrario, la ley valenciana, en su art. 69.2 in fine, al regular la liquidación de la deuda del socio derivada de la imputación de pérdidas, dice: “La asamblea general decidirá la forma en que se procederá a la satisfacción de la deuda de cada socio. En todo caso, el socio podrá optar por su pago en efectivo. Si se acuerda el pago mediante la reducción de las aportaciones al capital social, se reducirán en primer lugar las aportaciones voluntarias del socio, si las tuviere, y a continuación el importe desembolsado de sus aportaciones obligatorias”. En este caso se ha distinguido favoreciendo al socio que tuviera aportaciones voluntarias, al permitir cargar las pérdidas al capital voluntario de la cooperativa, pero esta medida perjudica la solvencia de la cooperativa, cuyo patrimonio puede arriesgarse en la actividad

f.- Actualización del valor de las aportaciones.

La actualización de las aportaciones de los socios al capital social es un mecanismo que permite ir revalorizando o devaluando la aportación realizada a capital por el socio, conforme a la variación del Índice de Precios al Consumo. Este mecanismo es muy importante para compensar mínimamente el esfuerzo realizado por el socio, a la vista de que éste no adquiere un derecho sobre el patrimonio de la cooperativa que permita hablar de un valor real diverso al valor nominal de la aportación a capital, como pasa en las sociedades que son lucrativas.

En definitiva, si no existiese la posibilidad de actualizar las aportaciones a capital, el socio, al causar baja o al liquidarse la cooperativa sólo tendría derecho a recuperar el valor nominal inicial de su aportación a capital, valor que puede ser meramente simbólico y que no representa el esfuerzo realizado en su día.

Por otra parte, la remuneración del capital se realiza teniendo en cuenta igualmente, el valor nominal inicial de esa aportación, con lo que cada vez la remuneración será menos significativa, si como es habitual, el IPC es creciente. Por ello, es importante que la cooperativa pueda asegurar al socio que el reembolso que pueda hacerle en caso de baja o de liquidación de la cooperativa, compense la depreciación monetaria.

A estos fines, la LGC de 1987 establecía en su art. 77 un sistema de actualización de las aportaciones, que tenía las siguientes características:

- Vinculaba la posibilidad de actualizar las aportaciones a que se hubiera regularizado el balance de la sociedad y se hubiera generado una plusvalía.
- Esa plusvalía debería emplearse en compensar las pérdidas pendientes de imputación, y el resto debería destinarse, en un 50% al FRO y el otro 50% a una cuenta de pasivo, denominada "Actualización de aportaciones", a cuyo cargo se efectuaría la actualización de las aportaciones.
- Cada ejercicio, si lo acordaba la Asamblea General, podrían actualizarse las aportaciones desembolsadas y existentes en la fecha de cierre del ejercicio, en la medida en que lo permitiese la dotación de aquella cuenta.
- La actualización sólo podría realizarse como máximo, respecto a los cinco ejercicios anteriores no actualizados, a aquél en que se aprueben las cuentas por la Asamblea General.

desarrollada por la cooperativa, pero no debería comprometerse en cubrir deudas que en definitiva son imputables a sus socios.

- Sólo podrían actualizarse las aportaciones de los socios y asociados que continuasen siéndolo en el momento de acordarse la actualización por la Asamblea General.
- Por último, y en todo caso, la actualización no podría ser superior al Índice General de Precios al Consumo, publicado por el INE y referido al ejercicio económico de que se trate.

El principal inconveniente que encontrábamos a este sistema era que, siendo como estaba limitada en su cuantía la actualización (no más del incremento experimentado por el IPC) y no constituyendo por tanto una distribución especulativa de resultados, no veíamos porqué, sólo pudiera nutrirse esa cuenta de “Actualización de aportaciones” con cargo a la plusvalía resultante de la regularización de balances. En nuestra opinión, teniendo la cooperativa cubierto su FRO mínimo, debería poder destinar los resultados del ejercicio a constituir una reserva que tuviera como objetivo la actualización de dichas aportaciones. La Ley valenciana recoge la posibilidad de actualizar las aportaciones a capital con cargo a reservas, limitándose esa actualización a corregir los efectos de la inflación (art. 59).

Además, existiendo esa reserva y estando disponible, el socio que causa baja de la cooperativa debería tener derecho a reclamar que la liquidación de su aportación se realice sobre la base de su aportación actualizada.

La LC de 1999 (art. 49) sigue vinculando la posibilidad de actualizar las aportaciones a capital a que se actualice el balance de la cooperativa; en tal caso la plusvalía podrá dedicarse, siempre que no hayan pérdidas pendientes de compensar, conforme a lo previsto en los estatutos o, en su defecto, por acuerdo de la Asamblea General, a la actualización del valor de las aportaciones al capital de los socios o al incremento de los fondos de reserva, obligatorios o voluntarios.

Esta regulación no sólo no mejora a su predecesora sino que resulta más criticable:

- Sigue condicionando la actualización de las aportaciones a capital a la actualización del balance, lo cual no parece suficientemente justificado, porque no se trata de atribuir al socio el posible incremento del valor real de su participación en función del incremento del valor del patrimonio de la cooperativa.
- Desaparece el límite máximo que por actualización podrían revalorizarse las aportaciones a capital. Con lo cual, ya no está tan claro que la función de aquella sea compensar la devaluación o hacer frente a la inflación. Podría afirmarse que es una nueva vía para incrementar el capital social con cargo a beneficios de la cooperativa, una vía más de reducción patrimonial no sometida a control ni garantía frente a terceros.

- Por último, la norma abre una nueva posibilidad de repartir entre los socios la totalidad de las plusvalías que genere el patrimonio de la cooperativa, al permitir su aplicación a las reservas voluntarias repartibles. Esta medida, constituye una vía más de distribución de beneficios, sin control ni garantías, que no justifica su ubicación en un artículo dedicado a la actualización de las aportaciones.

g.- Reembolso y transmisión de las aportaciones.

Actualmente, la LC (art. 11.1.I) exige que los estatutos sociales regulen el derecho al reembolso de las aportaciones de los socios, así como el régimen de transmisión de las mismas.

En este trabajo venimos defendiendo la posibilidad de que la cooperativa pueda decidir tener un capital mixto, en parte variable y en parte fijo. Y hasta el momento nos hemos pronunciado a favor de que la aportación obligatoria mínima para ser socio no sea transmisible, porque es una condición para ser y seguir siendo socio, y que, por la misma razón, sea reembolsable al causar baja el socio de la cooperativa.

Fuera del anterior supuesto, la Asamblea general al acordar exigir o aceptar nuevas aportaciones a capital, debería poder decidir sobre el momento de su reembolso o la transmisibilidad de las mismas.

Por ello, consideramos que los estatutos sociales deben fijar un régimen dispositivo que pueda alterarse por decisión de la Asamblea general de la cooperativa al acordar la creación de nuevas aportaciones, en atención a sus intereses. En este marco flexible, las únicas condiciones deberían ser:

- Que al causar baja el socio en la cooperativa, las aportaciones que no le sean reembolsables, deban poder ser transmisibles.
- Que las aportaciones suscritas por los socios colaboradores, sean siempre transmisibles, para facilitar tanto su ingreso como su baja de la cooperativa, si su vinculación con la cooperativa es exclusivamente por causa del capital aportado.

Una vez fijado este marco normativo, la cooperativa debe poder decidir si las nuevas aportaciones serán transmisibles o no, y si serán reembolsables a la baja del socio o en qué momento, momento que puede ser el de la liquidación de la cooperativa.

El **reembolso de las aportaciones** a capital debe estar sometido a ciertas condiciones y limitaciones, principalmente porque supone una reducción del

patrimonio de la cooperativa, lo que afecta a su solvencia y a las garantías que debe ofrecer frente a terceros.

- Así, el reembolso deber ser solicitado por el socio cuando concurra causa para ello (baja, expulsión o cumplimiento del plazo de reembolso).
- El Consejo rector debe valorar la concurrencia de causa y determinar el importe a reembolsar.
- La determinación del capital a reembolsar viene condicionado por: la cuantía desembolsada hasta el momento; la existencia de pérdidas pendientes de imputación, sean del socio o de la cooperativa⁸⁹; los resultados que se generen en el ejercicio en curso; la calificación que merezca la baja del socio y en consecuencia, si procede practicar alguna deducción sobre sus aportaciones obligatorias⁹⁰.
- La determinación del capital a reembolsar exige por tanto que concluya el ejercicio económico y se cierre el balance para conocer los resultados. La decisión del Consejo rector sobre le importe a reembolsar, no debería demorarse más de tres meses desde la fecha de la aprobación de las cuentas del ejercicio en el que el socio reclama el reembolso, o desde que finalizó el plazo para ello.
- Para no demorar en exceso el reembolso al socio de su aportación, debido al desacuerdo en torno a la calificación de la baja y sus consecuencias, el Consejo rector debe pronunciarse con anterioridad sobre la calificación de la baja y sus consecuencias. En este sentido la LC (art. 17.2) exige que la calificación y determinación de los efectos de la baja se comunique al socio en el plazo de 3 meses desde que tuvo lugar aquélla.
- En definitiva, el socio, al causar baja o en el momento previsto para el reembolso de sus aportaciones podrá recuperar el valor nominal de éstas, pero liquidado, teniendo en cuenta, el importe desembolsado hasta el momento, debidamente actualizado si es el caso, y reducido por las pérdidas imputables al capital y otros descuentos a que hubiere lugar conforme a la ley o los estatutos (por ej., por calificación de la baja o por expulsión).

La ley no prevé que el reembolso de las aportaciones pueda tener lugar en momento distinto a la baja del socio. En la presente propuesta de régimen económico si se prevé esa posibilidad y por tanto debería regularse. Pensamos

⁸⁹ A pesar de que la LC art. 51.2 sólo se refiere a las pérdidas imputadas o imputables al socio.

⁹⁰ La deducción por calificación injustificada de la baja o por expulsión, es una penalización que viene aplicándose exclusivamente sobre las aportaciones obligatorias, como medida indirecta de fomento de las aportaciones voluntarias.

que su regulación podría someterse al mismo régimen previsto para el reembolso de las aportaciones por causa de baja, pero con dos importantes diferencias: no pueden practicarse al socio descuentos derivados de la calificación de la baja, porque no es el caso; ni tampoco debería aplazarse el reembolso como en el caso de baja, porque en este supuesto la fecha del reembolso ya estaba convenida y era previsible.

Por último, no debe olvidarse que el reembolso, en la medida en que supone una reducción del patrimonio neto de la cooperativa, no podrá llevarse a cabo sin cumplir con las garantías que la ley estipule en beneficio de la garantía que debe ofrecer a terceros.

La **transmisión** de las aportaciones debe facilitar la desinversión realizada por el socio y su desvinculación de la cooperativa. El valor real de las aportaciones que se transmiten no supera el valor que le reportaría al socio su reembolso, por ello no tiene sentido especular con las mismas, salvo que el socio para poder participar en la actividad cooperativizada o incrementar su participación, se vea obligado a adquirir nuevas aportaciones.

Por otra parte, creemos justo que el socio pueda reclamar al transmitir sus aportaciones, el valor nominal de las mismas actualizado conforme al IPC, que es el máximo valor que conseguiría como reembolso de las aportaciones a capital en caso de que no debiera practicarse ningún descuento por pérdidas o por cualquier otra causa.

Por ello, y con el fin de poner freno a los obstáculos que impiden el acceso a la condición de socio, el legislador no debería permitir que el valor de transmisión de las aportaciones a capital superara su valor nominal actualizado conforme al IPC.

Por otra parte, la transmisión de las aportaciones plantea otros problemas, como son los derivados de su transmisión antes del completo desembolso de dichas aportaciones, o la información sobre el régimen aplicable a las aportaciones que se transmiten.

Hasta el momento venimos defendiendo la no exigencia del desembolso completo en el momento de suscribir las aportaciones, como medida que favorece su suscripción. Por tanto, o se condiciona la transmisión al total desembolso de las aportaciones, o se regula la responsabilidad en la transmisión de aportaciones no liberadas en términos similares a los previstos para las acciones en el art. 46 TRLSA. Si buscamos flexibilizar el régimen de la cooperativa deberían permitirse ambas opciones y que fuera la cooperativa la que decidiera optar por cualquiera de estas medidas.

El hecho de que las condiciones que deben regir las distintas aportaciones vengan determinadas por lo acordado en la Asamblea general que les dio origen, plantea el problema de conocer qué condiciones se aplican en cada caso a las aportaciones que se transmiten. El legislador, si admite la existencia de aportaciones que confieran distintos derechos y obligaciones, y que sean

transmisibles, debe regular un sistema que permita conocer con facilidad y seguridad el régimen aplicable (desembolso, retribución, reembolso, transmisión, etc.). Este régimen debería reflejarse claramente en los títulos acreditativos de la aportación y en los estatutos o régimen interno de la cooperativa. En cualquier caso, la transmisibilidad de las aportaciones en ningún caso debe imponerse por ley, por tanto será la cooperativa quien debe valorar si puede garantizar esa información a la hora de decidir si las nuevas aportaciones serán transmisibles o tendrán un régimen jurídico diferente del previsto estatutariamente.

M.- CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DEL INGRESO Y BAJA DEL SOCIO EN LA COOPERATIVA.

Hemos visto hasta el momento, algunas consecuencias económicas que puede tener el ingreso y baja del socio, en relación con las aportaciones a capital, pero esto no es suficiente para tener una visión completa de todas las consecuencias económicas que se derivan de estos hechos

1.- Consecuencias económicas del ingreso del socio.

La regulación de esta materia debería estar presidida por los siguientes **objetivos**:

- a) Facilitar económicamente el ingreso de nuevos socios. Para ello, tan importante es el importe que se le va a exigir como las condiciones de su desembolso.
- b) Tratar equitativamente a los socios, de forma que debe valorarse tanto el esfuerzo económico realizado por los antiguos socios, como el provecho que del mismo ya obtuvieron, y las condiciones en que esas aportaciones económicas fueron desembolsadas.

Actualmente -y dejando al margen supuestos particulares que no son objeto de atención en este trabajo como los socios de vinculación determinada (art. 13.6) y otros supuestos- la LC establece en su art. 13.5 que: “Para adquirir la condición de socio, será necesario suscribir la aportación obligatoria al capital social que le corresponda, efectuar su desembolso y abonar, en su caso, la cuota de ingreso de acuerdo con lo establecido en los artículos 46 y 52 de esta Ley”.

Estas exigencias se entienden referidas a la condición de socio cooperador, puesto que en relación con el socio colaborador, el art. 14 indica que “Los socios colaboradores deberán desembolsar la aportación económica que determine la Asamblea general ...”.

El **socio cooperador**, para adquirir tal condición debe suscribir la aportación obligatoria al capital social que le corresponda y abonar en su caso, la cuota de ingreso.

- a) La aportación obligatoria al capital social que le corresponda. Esta aportación viene definida en el art. 46.1 para el ingreso en el momento constitutivo de la cooperativa, y en el art. 46.7 para el ingreso en momento posterior. Ambas normas ya fueron objeto de nuestra atención en otro momento. Contrasta la equidad y publicidad que se exige respecto de las aportaciones que inicialmente debe realizar el socio al constituir la cooperativa⁹¹, con la discrecionalidad con la que se permite determinar el importe de las aportaciones a capital de los nuevos socios que se incorporen a la cooperativa (art. 11.1.g).

En este segundo caso, el art. 46 en su párrafo 7º establece que los socios que se incorporen con posterioridad a la cooperativa deberán efectuar “la aportación obligatoria al capital social que tenga establecida la Asamblea General para adquirir tal condición”, que podrá ser diferente para las distintas clases de socios en función de la categoría de socio o en proporción al compromiso o uso potencial que cada uno asuma en la cooperativa. Su importe, para cada clase de socio, no podrá superar el valor actualizado, según el IPC de las aportaciones, inicial y sucesivas, efectuadas por el socio de mayor antigüedad en la cooperativa.

Este precepto admite la exigencia de aportaciones a capital por un importe que puede resultar excesivo, injustificado y un claro obstáculo al ingreso de nuevos socio. Este límite hace posible que se le exija al candidato aportar a capital lo mismo que ha venido aportando el socio más antiguo a lo largo de su vida, aportaciones cuyo desembolso, en algún caso habrá hecho efectivo el socio, y otras, será consecuencia de la aplicación a capital de los resultados de la actividad.

Una cooperativa, que distribuye los beneficios aplicándolos a capital social obligatorio, y práctica esta política durante toda su vida, consigue elevadas sumas de capital a favor del socio, que difícilmente estarían al alcance de cualquier aspirante.

Nuestra propuesta es que se reforme el sistema establecido para hacerlo compatible con el principio cooperativo de puertas abiertas. Por ello proponemos que la aportación que debe realizarse para ser socio de la cooperativa sea la prevista en los estatutos sociales, actualizada con

⁹¹ La aportación será igual para todos o diferente en función de las distintas clases de socios o proporcional al compromiso o uso potencial que cada uno de ellos asuma en la actividad cooperativizada (art. 46.1 en relación con art 11.1 g y 10.1.g)

referencia al IPC y que deberá desembolsarse en las condiciones allí establecidas.

Por otra parte, también es razonable que al nuevo socio pueda exigírsele, si así se ha previsto estatutariamente, una mayor aportación que compense las posteriores aportaciones obligatorias que hayan sido exigidas a los demás socios en los últimos años (por ej., últimos cinco años), y que deberán desembolsarse en las mismas condiciones aplicada a éstos. Estas nuevas aportaciones podrían exigirse actualizadas conforme al IPC.

En todo caso, las aportaciones a capital que deba realizar el socio, podrán materializarse conforme indique el Consejo rector, mediante la suscripción de nuevas aportaciones o la adquisición de aportaciones transmitidas por otros socios, o incluso por la cooperativa, si el legislador llegara a admitir la existencia de aportaciones propias.

- b) La cuota de ingreso. Se dice por la doctrina que la cuota de ingreso atenúa la disminución de la relación patrimonio neto/socio que genera la admisión de nuevos socios⁹², pero realmente es intrascendente esa relación, porque el socio de la cooperativa no adquiere un derecho a una cuota del patrimonio, a diferencia de las sociedades lucrativas.

En nuestra opinión, con esa cuota se busca compensar las ventajas que le reporta al socio ingresar en la cooperativa y aprovecharse de unas instalaciones y unos activos que se han generado a lo largo del tiempo, gracias en parte a las aportaciones realizadas por los socios, pero sobre todo por los beneficios y excedentes no distribuidos.

La cuota de ingreso no ingresa en el capital ni es reintegrable en nuestra legislación (art. 52.1 LC) a diferencia de otros países, donde se admiten, y que deben reembolsarse al socio cuando causa baja de la cooperativa⁹³.

El principal problema que plantea esta figura es determinar su importe. Así, la Ley 27/1999 limita el importe de las cuotas de ingreso de los nuevos socios, que no podrá ser superior al 25% del importe de la

⁹² PANIAGUA, M. Tratado de Derecho Mercantil. La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas y las entidades mutuales. Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca . Vol 1. Marcial Pons, 2005 p. 267.

⁹³ El código civil italiano, en su art. 2535 contempla que, salvo disposición en contra, la liquidación de la cuota o reembolso de las acciones del socio, comprenderá el reembolso del sobreprecio, desembolsado por el socio, si subsiste en el patrimonio de la sociedad y no ha estado destinado al aumento gratuito del capital.

aportación obligatoria al capital social que se le exija para su ingreso en la cooperativa (art. 52.1).

El límite se ha marcado en relación con el importe de la aportación obligatoria a capital que es exigible al nuevo socio, y que como hemos visto, su límite está en no superar las aportaciones obligatorias “inicial y sucesivas efectuadas por el socio de mayor antigüedad en la cooperativa”.

En la elaboración de la ley valenciana de cooperativas de 1995, se puso de manifiesto que estas condiciones de entrada que la ley estatal permite, impiden el ingreso de nuevos socios a la cooperativa, y se optó por buscar otros criterios. En particular se tomó en cuenta el volumen de las reservas generadas. Así, la Ley 8/2003 en su art. 62.1 establece que si los estatutos no han determinado el importe de las cuotas de ingreso, “éstas no podrán exceder del resultado de dividir la reserva obligatoria por el número de socios, o número de aportaciones, según vengan determinadas las cuotas por socios, o por módulos de participación”. El sistema tampoco es satisfactorio porque el resultado puede también ser excesivo y obstaculizar el ingreso de nuevos socios, y sobre todo, porque no está justificado, porque no puede decirse que los socios hayan contribuido con su esfuerzo a generar las actuales reservas de la cooperativa.

La propuesta de régimen económico que venimos describiendo diferencia claramente qué masas patrimoniales son generadas por los socios gracias a la actividad cooperativizada, y qué otras masas tienen otro origen. Nuestra propuesta postula favorecer al socio con la mayor parte de los excedentes generados con su participación en la cooperativa, de forma que lo que no se retorne al socio, se aplique a una reserva que pueda en un momento posterior distribuirse entre los socios. A esta reserva se le ha identificado como reserva de excedentes.

Si la cooperativa desarrolla actividades con terceros u otras actividades extracooperativas, en las que no participan los socios, sus resultados deben destinarse a reservas irrepartibles. Este sistema se completa con una justa remuneración que debe recibir el socio por sus aportaciones a capital, tanto por la vía de su actualización como por el cobro de intereses, que pueden generarse a partir de los beneficios obtenidos o de las reservas disponibles con que cuente la cooperativa.

En este sistema, la cuota de ingreso podría servir para compensar la posición del nuevo socio en relación con las reservas distribuibles de la cooperativa. De esta forma, satisfecha la cuota de ingreso, el socio se situaría en la misma condición que los demás a la hora de participar en la distribución de estas reservas.

La existencia de **socios colaboradores** en la LC (art. 14), se hace depender de su previsión en los Estatutos, aunque su régimen se remite a lo que determine la Asamblea general.

Así se dice que, los socios colaboradores deberán desembolsar la aportación económica que determine aquella, la cual fijará los criterios de ponderada participación de los mismos en los derechos y obligaciones socioeconómicas de la cooperativa, en especial el régimen de su derecho de separación. Al socio colaborador no se le podrá exigir nuevas aportaciones al capital social, ni podrá desarrollar actividades cooperativizadas en el seno de dicha sociedad. Al margen de lo anterior, también se limita la aportación máxima a capital que pueden realizar estos socios.

Este régimen debe completarse con lo que en sede de liquidación de la cooperativa establece el art. 75. 2 b, que otorga preferencia al reembolso de las aportaciones de los socios colaboradores, frente a las aportaciones voluntarias de los demás socios y de las aportaciones obligatorias.

Parece desprenderse de la ley un régimen particular para los socios colaboradores, definido por lo establecido por la Asamblea general y privilegiado en relación con los socios cooperadores.

El concepto de socio colaborador tal y como se describe en la LC podría abarcar numerosos supuestos, pues podría ser cualquier persona que, sin poder desarrollar o participar en la actividad propia del objeto social de la cooperativa, pueden contribuir a su consecución (art. 14.1). La ley excluye de esta condición a quien podría participar en la actividad cooperativizada, prohibiendo además, que desarrolle actividades cooperativizadas en el seno de la cooperativa (art. 14.3). Pero fuera de este caso, el concepto tan amplio permite la presencia como socio colaborador de personas con múltiples intereses y relaciones con la cooperativa, y por tanto resulta difícil determinar cuál sería el régimen jurídico más adecuado para regular esos intereses y relaciones.

Nuestra propuesta de régimen económico se limita a contemplar el socio colaborador como una persona que sin participar en la actividad cooperativizada, participa en el capital social de la cooperativa, y por tanto su relación con la cooperativa se limita a su condición de aportante de capital.

Con este presupuesto, es fácil entender que la condición de socio colaborador se adquiera y se pierda por la suscripción de aportaciones a capital de la cooperativa o, en su caso, por adquisición y transmisión de aportaciones. Esta posibilidad facilita mucho determinar su régimen aplicable, porque será el mismo que corresponda a los titulares de las demás aportaciones a capital (importe, condiciones de desembolso, remuneración, actualización, etc.).

Al no ser el socio colaborador un socio cooperador, no pueden exigírsele nuevas aportaciones a capital, ni reducir su aportación por imputación de

pérdidas de los socios. Las demás condiciones que regulan sus aportaciones vendrán definidas por lo previsto en el acuerdo de la Asamblea general que les dió origen.

Este sistema simplifica la presencia de socios colaboradores y no creemos que haya razones que justifiquen que una aportación realizada voluntariamente a capital por un socio colaborador merezca mejor tratamiento que si esa aportación la realiza un socio cooperador. Sí creemos en cambio, como venimos manteniendo, que deben privilegiarse las aportaciones voluntarias frente a las obligatorias para fomentar su existencia.

2.- Consecuencias económicas de la baja del socio.-

La LC en su art. 16.2 e, reconoce el derecho del socio a la liquidación de las aportaciones a capital, y en su art. 51 establece y regula el reembolso de las aportaciones al capital en caso de baja en la cooperativa.

En caso de baja del **socio cooperador**, tendrá derecho al reembolso de sus aportaciones a capital en las condiciones vistas anteriormente, pero ¿tendrá derecho a alguna otra asignación? La LC en su art. 58.3 se refiere a la aplicación de los excedentes y beneficios a fondos de reserva voluntarios con carácter repartible.

La ley menciona pero no regula estos fondos de reserva repartibles. Sin embargo, en su art. 75.2 c en sede de adjudicación del haber social, señala que se reintegrará a los socios su participación en los fondos de reserva voluntarios que tengan carácter repartible. La interpretación conjunta de estas normas nos lleva a pensar que estos fondos sólo son repartibles con ocasión de la liquidación de la cooperativa y no en caso de su separación.

Sin embargo, el régimen económico propuesto en este trabajo también contempla la existencia de reservas repartibles. Desde luego, si se han generado reservas con cargo a excedentes, deberían poder distribuirse entre los socios cooperadores, en proporción a su participación media en la actividad cooperativizada, en el momento previsto en los Estatutos o en el momento acordado por la Asamblea general al crear este fondo, que puede ser tanto en el momento de causar baja el socio, como en el momento de liquidación de la cooperativa, como cualquier otro sistema que contemple ambas posibilidades.

Igualmente, si la ley admitiera la posibilidad de repartir otras reservas constituidas con beneficios, la cooperativa debería poder determinar el momento de su distribución. En este caso, el criterio empleado para su distribución no tendría que ser en proporción a la participación media del socio en la actividad cooperativizada, pudiendo emplear cualquier otro, incluso, proporcional al capital aportado, o cualquier otro criterio mixto.

La baja del **socio colaborador**, debería producirse según las causas vistas anteriormente y por tanto, tendría derecho a recuperar su aportación a capital en las condiciones señaladas. La cuestión que aquí nos planteamos es si tendría derecho a alguna otra asignación al dejar de ser socio.

Desde luego, la distribución de las reservas formadas por excedentes no debería alcanzarles, por la misma razón, que no tienen derecho al cobro de retornos, porque no han participado en la actividad económica que los han generado.

Distinta sería en cambio la respuesta si se planteara la distribución de las reservas constituidas por beneficios. En este caso, los socios colaboradores deberían poder participar en las mismas condiciones que los demás socios en ese reparto. En este caso, el criterio empleado en el reparto podría ser el de la aportación realizada a capital, o cualquier otro que pueda ser aplicable: igualdad, antigüedad, etc., y que estuviera previsto en los estatutos.

N.- LOS FONDOS DE RESERVA DE LA COOPERATIVA.-

La presente propuesta, siguiendo la tradición española recoge la formación de un Fondo de Reserva Obligatorio (FRO) y de un Fondo de Educación y Promoción (FEP), con las mismas funciones que tienen actualmente, pero con importantes diferencias en materia de conformación de estos fondos; y prevé también la constitución de otras reservas, de naturaleza repartible (Reserva de excedentes) o irrepartible.

El **FRO** se configura como una reserva legal obligatoria, garante de un capital y de un patrimonio neto que refuerce la solvencia de la cooperativa. Este fondo debe destinarse a la consolidación, desarrollo y garantía de la cooperativa, y debe ser irrepartible entre los socios.

Al FRO se destinará necesariamente:

- El 100% de los beneficios y el 20% de los excedentes del ejercicio hasta que el FRO alcance una cifra igual al capital suscrito o, alternativamente, al 100% del capital variable y 20% del capital fijo.
- Las deducciones por las aportaciones obligatorias al capital social en caso de baja no justificada o expulsión de los socios.

El **FEP** siempre ha tenido como objetivo destinarse al desarrollo de los principios cooperativos de educación, formación e información; y cooperación entre cooperativas y más recientemente también, el de interés por la comunidad. Es un fondo que se declara por la ley como irrepartible e inembargable, aunque su carácter inembargable sólo debería aplicarse a determinados bienes en razón del fin al que están destinados, y no a cualquier fondo o bien en los que se haya invertido el FEP.

En todo caso, el FEP debería ser un fondo activo destinado a ser gastado con habitualidad en sus fines específicos, más que a ser invertido. La cooperativa en su Informe de gestión debe dar cuenta de su destino y de los objetivos alcanzados. En muchas ocasiones estos fines pueden realizarse más adecuadamente si las cooperativas canalizan los mismos hacia entidades asociativas que puedan rentabilizar mejor esos fondos y dar mayor repercusión a sus resultados.

En cuanto a la conformación de este fondo, se destinarán al mismo necesariamente:

- Un porcentaje de los excedentes obtenidos en el ejercicio (5 o 10%) que se aplicará con cargo a los resultados positivos del ejercicio (excedentes o beneficios)
- Las sanciones económicas que imponga la cooperativa a sus socios.

La **Reserva de excedentes**, es una reserva constituida por excedentes del ejercicio, que puede ser distribuida entre los socios cooperadores, si los estatutos lo prevén, en caso de liquidación de la cooperativa o de baja del socio, y está conformada por:

- Los excedentes no retornados a los socios
- Las cuotas de ingreso.

Por último, la cooperativa también puede crear **otras reservas de libre disposición** con cargo a los resultados positivos del ejercicio, que podrán destinarse a los fines previstos estatutariamente o por acuerdo de la Asamblea que decidió su creación. Entre estos fines debe ser posible, la remuneración del capital y de los demás instrumentos financieros de la cooperativa, la actualización de las aportaciones a capital, y otros destinos que contribuyan a mejorar las prestaciones a los socios, a reforzar el desarrollo de la cooperativa y sus garantías frente a terceros.

Entre los fines a que podrían destinarse estas reservas merece destacarse algunos previstos en la LCCV (art. 70):

- A favorecer el acceso de los terceros a la condición de socio. En estos casos, la LCCV (art. 65. 4) prevé la posibilidad de que los Estatutos reconozcan al tercero que solicita su ingreso como socio cooperador, el derecho a una deducción en la suma que debe aportar en concepto de capital y cuota de ingreso, equivalente a los beneficios netos que con su actividad haya generado a la cooperativa en los dos últimos ejercicios. Pudiendo cubrirse esa deducción con cargo a reservas disponibles no repartibles.
- A favorecer el acceso de los socios a otras cooperativas, mediante su aplicación a cuota de ingreso, en los supuestos de baja justificada.

Estas reservas no se conciben como repartibles en esta propuesta, aunque si se reconoce que el legislador podría admitir su distribución entre los socios

(cooperadores y colaboradores) si los estatutos lo previeran y en los casos en que así lo hicieran, sea en caso de liquidación de la cooperativa o también en caso de baja del socio. En cualquier caso, el criterio para su distribución podría ser el que los socios hubieran considerado adecuado, no existiendo razones que justifiquen la aplicación necesaria de ningún criterio en particular.

O.- LA RESPONSABILIDAD DE LA COOPERATIVA Y DE SUS SOCIOS.

La cooperativa puede desarrollar en su seno actividades de distinta naturaleza, como hemos visto, y cuyas consecuencias no sólo son diversas en orden a la determinación y aplicación de resultados, sino también en orden a las responsabilidades que pueden derivarse de las mismas.

La cooperativa desarrolla su actividad principal (actividad cooperativizada) por cuenta de sus socios, pero en nombre propio (mandato sin representación), pero también puede desarrollar actividades por cuenta propia (actividad cooperativizada con terceros y actividades extracooperativas).

Del desarrollo de estas últimas, responde exclusivamente la cooperativa, con todo su patrimonio presente y futuro, como establece el art. 1911 del C. c. Como excepción, debemos hacer referencia al FEP que dado su carácter inembargable sólo responde por las obligaciones contraídas en el cumplimiento de sus fines, aunque no lo diga la LC (art. 56).

Del desarrollo de la actividad principal, también responde la cooperativa frente a terceros con todo su patrimonio; pero en este caso, esa responsabilidad llega a extenderse al socio cooperador, y por ello pueden imputársele pérdidas y responsabilidades al socio como consecuencia de su participación en la actividad cooperativizada.

En efecto, la responsabilidad que asume el socio en la gestión cooperativa es consecuencia de que la cooperativa, en el ejercicio de su actividad, gestiona fondos y bienes que son propiedad del socio (masa de gestión económica), y estos bienes, también quedan afectos a las responsabilidades derivadas, pero exclusivamente, a las responsabilidades que sean consecuencia de la gestión de los mismos.

Como dice el Código civil art. 1717: “Cuando el mandatario (la cooperativa) obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso, el mandatario es el obligado directamente a favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúese el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario”.

Como consecuencia de esta extensión de responsabilidad, los socios responden frente a terceros del pago de los bienes adquiridos a través de la cooperativa, y en caso de insolvencia de la cooperativa, los terceros tienen acción frente a los socios para reivindicar el coste del bien adquirido por el socio. Este es un supuesto muy frecuente en las cooperativas de viviendas, pero que igual podría darse en cualquier otro tipo de cooperativa⁹⁴.

De igual manera, tanto los socios de la cooperativa como ésta podrían reclamar de terceros los daños sufridos como consecuencia de la adquisición de bienes o servicios, realizada a estos a través de la cooperativa⁹⁵.

Esta extensión de la responsabilidad se fundamenta en que la actuación de la cooperativa, aunque se haya realizado en nombre propio, se ha hecho por cuenta de sus socios y para procurar a estos determinados bienes, por eso los terceros, agotado el patrimonio de la cooperativa pueden extender su acción contra el titular de los bienes adquiridos por la cooperativa.

En nada obstaculiza esta acción, que la cooperativa tenga personalidad jurídica diferenciada de sus socios, ni que actúen en nombre propio.

Tampoco tiene aquí trascendencia la limitación de responsabilidad de los socios que la ley declara, por las deudas de la cooperativa, porque si bien son deudas asumidas por la cooperativa frente a terceros, lo han sido en

⁹⁴ La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en numerosas sentencias reconoce la obligación de los socios de pagar el coste final de la construcción, pues lo contrario supondría su enriquecimiento injusto (SSTS 18 de junio de 1991; 19 de mayo de 1993; 1 de octubre de 2002; 28 de octubre de 2002; 14 de abril de 2003 o 19 de octubre de 2005); se reconoce que los acreedores tienen acción directa contra los socios una vez adjudicada la vivienda (SSTS 18 de agosto de 1991; 22 de mayo de 1992; 4 de junio de 1992 o 28 de octubre de 2002); se exime a la cooperativa de la responsabilidad decenal frente a sus socios (SSTS 11 de febrero de 1985; 20 de febrero de 1989; 2 de marzo de 1990; 8 de junio de 1992 o 15 de enero de 1997). Por lo que hace a la capacidad procesal de la cooperativa de viviendas: la cooperativa está legitimada para actuar frente a terceros pero no tiene legitimación pasiva para ser demandada por los socios por incumplimiento del contrato de obra o vicios de la misma, porque no es la promotora (SSTS 20 de febrero de 1989; 6 de marzo de 1990; 8 de junio de 1992; 1 de octubre de 1991; 5 de febrero de 1993; 28 de abril de 1993 y 15 de enero de 1997); por el contrario, la cooperativa está legitimada para la defensa de los intereses de los socios frente al constructor, pero también lo están los socios para reclamar a éste (SSTS 14 de abril de 1983; 26 de noviembre de 1984; 20 de febrero de 1989; 9 de junio de 1989; 17 de julio de 1990; 29 de enero de 1991; 1 de octubre de 1991; 8 de junio de 1992; 10 de junio de 1992 y 8 de mayo de 1995).

⁹⁵ En este sentido se manifiestan las sentencias del TS de 3 de abril de 2001 y 27 de junio de 2007, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 21 de enero de 2000, todas ellas relativas a la reivindicación realizada por la cooperativa o sus socios frente a terceros por los daños causados por los bienes o servicios adquiridos a estos por la cooperativa, y destinados a sus socios. Véase FAJARDO, I.G. "Legitimación de la cooperativa para reclamar en interés de sus socios" Revista de Derecho Mercantil, nº 269, 2008 pp. 1194 ss.

actuaciones realizadas por cuenta de sus socios, y en definitiva, son deudas de sus socios.

En efecto, puede decirse por ello, que el socio asume una responsabilidad ilimitada como consecuencia de la gestión realizada por la cooperativa por cuenta de aquel. Sin embargo, en nuestra opinión, el alcance de esta responsabilidad no debería ir más allá, de la pérdida del bien o capital aportado a la masa de gestión por el socio en ese ejercicio económico. En este sentido, se estableció en la LCCV (art. 4.3) que la responsabilidad de los socios por el cumplimiento de las obligaciones que contraigan en el uso de los servicios cooperativos será ilimitada, salvo en el supuesto previsto en el artículo 69.3 de esta ley. Según el cual, si los estatutos sociales lo establecen, las pérdidas derivadas de la actividad cooperativizada con los socios que se imputen a éstos, alcanzarán como máximo el importe total de los anticipos asignados a los socios en el ejercicio económico, más sus aportaciones a capital social y su participación en las reservas repartibles⁹⁶.

Al margen de este supuesto de responsabilidad que el socio puede asumir frente a terceros como consecuencia de la gestión cooperativa; el socio asume otras responsabilidades frente a la cooperativa, derivadas del cumplimiento de sus obligaciones.

Así, asume la obligación de desembolsar el capital social suscrito; cumplir con los acuerdos válidamente adoptados por la Asamblea General; participar en la actividad económica en las condiciones que se hayan previsto, tanto de calidad como de cantidad; tiene que asumir las pérdidas que se acuerden imputar a los socios; etc.

La cooperativa tiene acción frente al socio para exigir el cumplimiento de estas obligaciones y responsabilidades, derivadas de la ley, de los estatutos y de los acuerdos sociales, a que está sometido el socio en su condición de tal; y puede exigir el cumplimiento de esas obligaciones y responsabilidades asumidas aunque el socio cause baja. Ciertamente es que cuando el socio cause baja de la cooperativa no asume nuevas obligaciones con la cooperativa, pero sigue obligado a las que había contraído hasta el momento.

Por otra parte, el socio de la cooperativa causa baja en la misma no transmitiendo su condición de socio, sino renunciando a la misma y recuperando la aportación a capital realizada en su momento. Pero –como hemos visto– este derecho al reembolso está condicionado a que queden bienes suficientes para hacer frente a las obligaciones contraídas por la

⁹⁶ Sin embargo, VICENT CHULIÁ, F, comentando esta norma, entiende que “en caso de insolvencia de la cooperativa sería de dudosa constitucionalidad, ya que exonera de deudas propias al socio” (*Introducción al Derecho Mercantil*. Tirant lo Blanch, 2008 p. 704).

cooperativa con terceros, y el patrimonio no se haya visto reducido por pérdidas que dejen éste por debajo del capital social.

Por esta razón, al causar baja el socio, no debería reembolsársele cantidad alguna hasta que no se hubieran satisfecho las obligaciones contraídas por la cooperativa con terceros hasta el momento y se hubiesen compensado las obligaciones contraídas por el socio frente a la cooperativa.

Pero la legislación viene reconociendo la posibilidad de reembolsarle al socio su aportación e incluso, en algunos casos, repartirle parte de las reservas, pero tomando medidas para asegurar la restitución de estas cantidades si procediera, por insolvencia de la cooperativa y por insatisfacción de los acreedores.

En este sentido, el art. 15. 4 LC establece que, el socio que cause baja en la cooperativa responderá personalmente por las deudas sociales, previa *exclusión* del haber social, durante cinco años desde la pérdida de su condición de socio, por las obligaciones contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja hasta el importe reembolsado de sus aportaciones al capital social. El presente artículo merece ciertos comentarios:

- a) La responsabilidad que refleja este precepto es independiente de las obligaciones que haya contraído el socio con la cooperativa hasta el momento de su baja y que son exigibles aunque cause baja.
- b) De igual modo, la cooperativa puede haber exigido compromisos concretos por plazos determinados con sus socios, que seguirían siendo exigibles a pesar de la baja. La baja implica no asumir nuevos compromisos pero no es causa que exima de los compromisos anteriormente asumidos⁹⁷.
- c) La responsabilidad del socio que establece es previa “excusión” del haber social, es decir, sólo agotado el patrimonio de la cooperativa pueden reclamarle al socio responsabilidades.
- d) El plazo de responsabilidad de cinco años reduce el previsto por la ley con carácter general, para estos casos, y que asciende a 15 años (art. 1964 C. c.), pero es el comúnmente aplicado en la legislación cooperativa y en la LSRL para el caso de separación del socio (art. 80).
- e) En el caso de que se permitiera la distribución de reservas con ocasión de la baja del socio, el importe a restituir en estos casos sería además de la aportación a capital reembolsada, el importe de las reservas distribuidas.

Hay que tener en cuenta otros mecanismos de garantía que ofrece la legislación y que incluso puede ser interesante poner al servicio de la

⁹⁷ Como dice el art. 24 de la LCCV en relación con las responsabilidades y obligaciones del socio que ha causado baja: “Además, seguirá obligado al cumplimiento de los compromisos y otras obligaciones que haya asumido con la cooperativa, que por su naturaleza no se extingan con la pérdida de la condición de socio”.

cooperativa. Nos referimos a la posibilidad que contempla la LSRL en su art. 80.4 y que permite eximir de responsabilidad al socio saliente si al acordarse la reducción del capital se dotara una reserva con cargo a beneficios o reservas de libre libre por un importe igual al percibido por los socios en concepto de restitución de la aportación social. Reserva que deberá estar indisponible durante un plazo de cinco años.