

LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS ANDALUZAS EN SITUACIÓN DE INSOLVENCIA

ENRIQUE MELCHOR GIMÉNEZ

DIRECTOR: MANUEL PINO ABAD

CODIRECTOR: MANUEL PANIAGUA ZURERA

UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA MÁSTER EN DERECHO AUTONÓMICO Y LOCAL

LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS ANDALUZAS EN SITUACIÓN DE INSOLVENCIA

RESUMEN

La singularidad de los principios y características que definen a las sociedades cooperativas genera problemas interpretativos, que se manifiestan con especial intensidad cuando devienen insolventes y es necesaria la aplicación del Derecho Concursal. Nuestro estudio se centra en las cuestiones que plantea la aplicación de la Ley Concursal a las sociedades cooperativas andaluzas. Para abordar el objeto de estudio hemos identificado aquellos aspectos que, a nuestro juicio, tienen una mayor relevancia a efectos concursales. En primer lugar, la estructura financiera de las sociedades cooperativas andaluzas caracterizada por un capital social variable y la existencia de unos fondos legales obligatorios irrepartibles (en el caso del Fondo de Formación y Sostenibilidad también inembargable). En segundo lugar, el modo en el que las sociedades cooperativas andaluzas desarrollan su actividad, donde analizamos la relación entre el socio y la cooperativa y el establecimiento de secciones.

PALABRAS CLAVE: sociedades cooperativas andaluzas, insolvencia, Ley Concursal, masa activa y pasiva.

ANDALUSIAN COOPERATIVE SOCIETIES IN INSOLVENCY

ABSTRACT

The singularity of the principles and characteristics which define the cooperative societies generate interpretive problems, which are manifested with special intensity when they become insolvent and it is necessary to apply the Bankruptcy Law. Our study focuses on the questions raised by the implementation of the Bankruptcy Act to Andalusian cooperative societies. To address the purpose of study we have identified those aspects which, from our point of view, are more relevant in the insolvency field. Firstly, the financial structure of Andalusian cooperative societies characterized by the variability of its social capital and by the existence of non-distributable mandatory legal funds (in the case of the Fund for Formation and Sustainability also non-impoundable). Secondly, the way in which the Andalusian cooperative societies develop their activity, where we analyze the relationship between the member and the cooperative and the establishment of sections.

KEY WORDS: Andalusian cooperative societies, insolvency, Bankruptcy Law, active and passive mass.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| ABREVIATURAS | 5 |
| I. ESBOZO DE LA CUESTIÓN Y MÉTODO DE ESTUDIO | 7 |
| 1. Planteamiento | 7 |
| 2. El método de estudio | 12 |
| II. EL ORIGEN HISTÓRICO Y LA EVOLUCIÓN DEL FENÓMENO COOPERATIVO | 12 |
| 1. El origen de la cooperación y de la sociedad cooperativa..... | 12 |
| 2. La empresa cooperativa como paradigma de la empresa de economía social..... | 14 |
| III. LA IMPORTANCIA CUANTITATIVA DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS EN ESPAÑA Y EN ANDALUCÍA | 18 |
| 1. Las cifras de las sociedades cooperativas en España | 18 |
| 2. Las cifras de las sociedades cooperativas en Andalucía | 20 |
| IV. UN ANÁLISIS CUALITATIVO DE LA COOPERACIÓN | 22 |
| V. UNA LEGISLACIÓN COOPERATIVA NO ADECUADA. | 25 |
| 1. Planteamiento | 25 |
| 2. La cooperación y la constitución económica | 25 |
| 3. La distribución de competencias normativas sobre cooperativas entre el estado y las comunidades autónomas | 27 |
| VI. EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL | 31 |
| 1. La finalidad del derecho concursal y las últimas reformas de la Ley concursal | 31 |
| 2. Las fases del procedimiento concursal | 32 |
| A) La fase común | 32 |
| B) La fase final..... | 33 |
| a) Fase de convenio | 33 |
| b) Fase de liquidación | 34 |
| VII. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA | 34 |
| 1. Una primera aproximación a los problemas que plantea la aplicación del derecho concursal a las sociedades cooperativas andaluzas | 34 |
| 2. El acreedor | 35 |
| A) Las personas especialmente relacionadas con el deudor..... | 36 |
| B) El derecho de reembolso y el dudoso carácter de acreedor del socio por sus aportaciones al capital social..... | 38 |
| 3. El deudor y la obligación de solicitar el concurso..... | 39 |
| 4. El socio y la responsabilidad ante las deudas sociales: los casos particulares de la sociedad cooperativa en constitución e irregular | 42 |
| A) La sociedad cooperativa en constitución..... | 43 |
| B) La sociedad cooperativa irregular | 45 |

| | |
|--|------------|
| C) La personalidad jurídica de la sociedad y la responsabilidad del socio | 46 |
| VIII. LA DETERMINACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y PASIVA | 49 |
| 1. La determinación de la masa activa | 49 |
| A) Concepto de masa activa | 50 |
| B) Separación de bienes de la masa activa | 50 |
| C) Acciones de reintegración | 51 |
| 2. La determinación de la masa pasiva..... | 52 |
| A) Créditos contra la masa | 53 |
| B) Créditos concursales..... | 55 |
| a) Créditos privilegiados | 56 |
| b) Créditos subordinados..... | 58 |
| IX. LA ESTRUCTURA FINANCIERA DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS ANDALUZAS | 61 |
| 1. Planteamiento..... | 61 |
| 2. El capital social | 62 |
| A) Particularidades del capital social en las sociedades cooperativas andaluzas frente a las sociedades de capital | 62 |
| B) La variabilidad del capital social y el debate abierto por la NIC 32 | 64 |
| C) La repercusión de la NIC 32 en la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas: el capital social no reembolsable y la libre transmisión de aportaciones sociales | 67 |
| D) La calificación concursal del derecho de reembolso por las aportaciones realizadas al capital social..... | 73 |
| 3. Los fondos legales obligatorios: el Fondo de Reserva Obligatorio y el Fondo de Formación y Sostenibilidad..... | 74 |
| A) El Fondo de Reserva Obligatorio..... | 74 |
| a) La irrepartibilidad parcial del Fondo de Reserva Obligatorio..... | 77 |
| B) El Fondo de Formación y Sostenibilidad. | 79 |
| a) La inembargabilidad del Fondo de Formación y Sostenibilidad y su configuración como patrimonio separado | 81 |
| X. LAS ESPECIALIDADES DERIVADAS DE LA ACTUACIÓN ECONÓMICA DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS ANDALUZAS | 83 |
| 1. La masa de gestión económica..... | 83 |
| 2. La calificación concursal de los créditos de los socios de las cooperativas de trabajo | 86 |
| 3. Las secciones: los efectos concursales de la afectación de un patrimonio separado a su actividad | 91 |
| XI. CONCLUSIONES | 94 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 100 |

ABREVIATURAS

| | |
|------------|---|
| Art./arts. | Artículo/artículos. |
| CIRIEC | Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía. Pública, Social y Cooperativa. |
| C. c. | Código Civil |
| C. de c. | Código de Comercio. |
| CE | Constitución Española. |
| Cepes | Confederación Empresarial Española de la Economía Social. |
| Cfr. | Confróntese. |
| Cit. | Citada. |
| CINIIF | Comité de Interpretación de Normas Internacionales de Información Financiera |
| Coord. | Coordinador. |
| EAA | Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Estatuto de Autonomía para Andalucía. |
| Ed./ed. | Editorial/edición. |
| FFS | Fondo de Formación y Sostenibilidad. |
| FJ | Fundamento jurídico. |
| FRO | Fondo de Reserva Obligatorio. |
| LConc | Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. |
| LE | Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. |
| LECiv | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. |
| LES | Ley 5/2011 de 29 de marzo de economía social. |
| LCoop | Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. |
| LSCA | Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas. |
| NIC | Normas Internacionales de Contabilidad. |
| Ob. | Obra. |
| PCSC | Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas. |
| RCA | Registro de Cooperativas Andaluzas. |
| REVESCO | Revista de Estudios Cooperativos. |

| | |
|--------|--|
| RSCA | Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas. |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional. |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. |
| TRLSCA | Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. |
| V. | Véase. |

I. ESBOZO DE LA CUESTIÓN Y MÉTODO DE ESTUDIO

1. Planteamiento

Las sociedades cooperativas han estado presentes en nuestro ordenamiento jurídico desde la segunda mitad del siglo XIX, si bien en el caso español, en un primer momento, no tuvieron un régimen jurídico diferenciado. Por esta razón, se vieron obligadas a utilizar otras formas asociativas como las asociaciones de ayuda mutua o las sociedades de socorros mutuos para dar cabida a las primeras cooperativas de producción y de consumo. Durante un largo período de tiempo la legislación cooperativa dependió del mayor o menor desarrollo del derecho de asociación¹. No fue hasta el 9 de septiembre de 1.931 cuando se promulgó una ley de sociedades cooperativas específica que dotó a éstas de una definición y un régimen jurídico propio, aunque éste sufrirá grandes altibajos y profundas modificaciones en función de la situación política de España.

Pese a ello el fenómeno de la cooperación (que es el presupuesto socioeconómico y teleológico de partida de las cooperativas) desde sus comienzos ha sido muy relevante en nuestro país. Con el fin de contextualizar en su realidad histórica el objeto de nuestro estudio, que es el régimen jurídico de las cooperativas andaluzas en situación de insolvencia, comenzaremos explicando con brevedad el origen y desarrollo histórico de la cooperación hasta nuestros días.

En segundo lugar haremos referencia a la importancia, en términos cuantitativos, de las sociedades cooperativas en la Comunidad Autónoma de Andalucía en comparación con el resto del Estado. Tanto en número de cooperativas como en número de trabajadores, Andalucía es una de las Comunidades con mayor desarrollo del cooperativismo. No en vano, el 18,76% de las sociedades cooperativas registradas en España son andaluzas, siendo la segunda región con mayor número de cooperativas, por detrás de Cataluña². En cuanto al número de empleados las cooperativas andaluzas

¹ PANIAGUA ZURERA, M., “La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social”, en Jiménez Sánchez, G. (coord.), Tratado de Derecho Mercantil, Tomo 12, volumen 1º, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 41.

² V. el estudio realizado con datos del 31 de diciembre de 2012 del Ministerio de Empleo y Seguridad Social por CUADRADO SERRÁN, M. y CIRUELA LORENZO, A. M., “Las sociedades cooperativas y sociedades laborales como motor de desarrollo económico y social: análisis de su impacto socioeconómico en la región de Andalucía”, REVESCO, nº 115, 2014, p. 69.

generan 53.639 puestos de trabajo directos ostentando la segunda posición a nivel nacional, sólo por detrás del País Vasco³.

En tercer lugar expondremos la importancia de las cooperativas andaluzas en nuestra Comunidad en términos cualitativos, pues tanto la doctrina económica como los poderes públicos han reconocido en numerosas ocasiones los efectos económico-sociales positivos del desarrollo de las cooperativas, especialmente para las economías locales y regionales. Recordemos que las Naciones Unidas proclamaron el 2012 como el Año Internacional de las Cooperativas en su Resolución de 18 de diciembre de 2009⁴. Además, ésta reconoce que las cooperativas “*promueven la máxima participación posible de todas las personas en el desarrollo económico y social*” y “*son cada vez más un factor clave del desarrollo económico y social y contribuyen a la erradicación de la pobreza*” haciendo un especial énfasis en su idoneidad para mejorar las economías rurales e indígenas. Por su parte, el informe de la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (Cepes) de 2011 afirma que dos de las características más relevantes de las empresas de economía social (entre las que se encuentran las cooperativas como su más importante referente) son “*fijar empleo en el territorio y no producir fenómenos de deslocalización*”⁵. Los profesores MELIÁN NAVARRO y CAMPOS CLIMENT⁶ en un estudio de 2010 y TARAZONA CANO y ALBORS ORENCO⁷ en un estudio de 2005, señalan la relación directa entre las empresas de economía social y el desarrollo local. Asimismo ha sido resaltada la capacidad de la cooperación para crear puestos de trabajo estables y favorecer el acceso al empleo de los grupos desfavorecidos y personas excluidas socialmente⁸. Estos empleos gozan de una mayor calidad, estabilidad y flexibilidad laboral “*que hace a este tipo de entidades menos sensibles a los vaivenes del ciclo económico*”⁹, lo que redundará en beneficio de todo el sector productivo. Por último gran parte de la doctrina sostiene su carácter contra-cíclico o al menos desvinculado o

³ *Ibíd.*, p. 78.

⁴ “*Las cooperativas en el desarrollo social*” (A/RES/64/136), de 18 de diciembre de 2009.

⁵ COMOS TOVAR, C. y GONZÁLEZ MARINA, G. (coord.), “*La Economía Social en España 2010/2011*”, Ed. Cepes, Madrid, 2011, p. 18.

⁶ MELIÁN NAVARRO, A. y CAMPOS CLIMENT, V., “*Emprendedurismo y Economía Social como mecanismo de inserción sociolaboral en tiempos de crisis*”, REVESCO, nº 100, 2010, p. 64.

⁷ TARAZONA CANO, P. y ALBORS ORENCO, P., “*La economía social y el desarrollo local*”, Revista del CIDEA, nº 45, 2005, pp. 70-73.

⁸ MONZÓN, J. L. y CHAVES, R. (coords.) “*La Economía Social en la Unión Europea*”. Informe elaborado para el Comité Económico y Social Europeo por el CIRIEC, Ed. Unidad de Visitas y Publicaciones del Comité Económico y Social Europeo, Bruselas, 2012, p. 111.

⁹ CALDERÓN, B. y CALDERÓN, M. J. “*La calidad del empleo de las entidades de la economía social en el período de crisis*”, Ekonomiaz, nº 79, 2012, p. 54.

menos impactado por los cambios en los ciclos económicos¹⁰. Es decir, en períodos de recesión económica destruyen menos empleo que las sociedades de capital y en épocas de expansión crecen más lentamente que otros tipos de sociedades dotando de mayor estabilidad a la economía en su conjunto. Es más, SALA RÍOS afirma que *“las empresas sociales recuperan la capacidad de generar empleo cuando la actividad económica todavía no ha alcanzado la fase expansiva”*¹¹. Estas características convierten a las cooperativas en un posible motor para salir de la recesión y aminorar la destrucción y la precarización que la crisis ha ocasionado en el tejido productivo y laboral de nuestra economía. Por ejemplo a la hora de rescatar empresas que se encuentran en situación de insolvencia y pueden ser recuperadas por los trabajadores como ya ha ocurrido en algunos casos en España¹². La profesora PASTOR SEMPERE defiende que *“las sociedades cooperativas están llamadas a desarrollar un papel activo como protagonistas de procesos de reestructuración y recuperación industrial”*¹³.

A pesar de todos los aspectos positivos comentados, se constata una realidad: las cooperativas son una institución desconocida por los estudiantes universitarios. Así lo deduce LEJARRIAGA¹⁴ en su estudio sobre el emprendimiento de los jóvenes universitarios, en el cual defiende que debe realizarse una mayor actividad de difusión de las distintas formas de trabajo asociado como modos alternativos de emprender.

La cooperación no sólo experimenta el desconocimiento y la postergación en los estudios universitarios, también ha padecido graves deficiencias en su regulación jurídico privada. En este estudio nos centramos en los problemas interpretativos que plantea la aplicación de la legislación concursal a las sociedades cooperativas andaluzas en situación de insolvencia. Cualquier trabajo de investigación que se haga en materia concursal, en la actualidad, adolece de la dificultad generada por las continuas reformas, que se han sucedido en un brevísimo espacio de tiempo. En apenas seis años se han

¹⁰ SALA RÍOS, M. et al., *“Un análisis del comportamiento cíclico de las cooperativas y sociedades laborales españolas y de su relación con la actividad económica”*, REVESCO, nº 115, 2014, p. 24.

¹¹ *Ibíd.*, p. 25.

¹² *“De operario a empresario”*, RTVE, 27 de mayo de 2014, URL: <http://www.rtve.es/television/20140527/repor-tve-operario-empresario/943724.shtml> [consulta: 15 de agosto de 2014]. En este reportaje se muestran casos de trabajadores que se han hecho cargo de su empresa tras la quiebra constituyendo una sociedad cooperativa.

¹³ PASTOR SEMPERE, C., *“Recuperación de pequeñas y medianas empresas en concurso a través de sociedades cooperativas y su contribución a la «responsabilidad social concursal»*”, Deusto Estudios Cooperativos, nº 2, 2013, p. 61.

¹⁴ LEJARRIAGA, G. et al. *“El emprendimiento colectivo como salida laboral de los jóvenes: análisis del caso de las empresas de trabajo asociado”* REVESCO, nº 112, 2013, p. 61.

aprobado cinco reformas, la última de ellas el cinco de septiembre de este año¹⁵. Por su parte la normativa cooperativa andaluza también ha sido reformada en los últimos meses. La Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (LSCA) ha sido modificada puntualmente por la Ley 3/2014 de 1 de octubre, de modificación normativa para la reducción de las trabas administrativas para las empresas. A esto hay que sumar que el Reglamento que la desarrolla ha sido publicado, después de tres años, el 2 de septiembre de este mismo año¹⁶.

Como vemos el objeto del presente trabajo podría encontrar justificación suficiente en la necesidad de aportar una interpretación adecuada y coherente con el resto del ordenamiento tras la publicación de los nuevos textos normativos antes comentados. Pero el verdadero interés de este estudio no deriva exclusivamente de la novedad de las reformas, sino del particular régimen de las sociedades cooperativas. Éstas tienen una especial idiosincrasia que las diferencia del resto de sociedades, por los principios que inspiran su régimen y que afectan a su estructura financiera y modo de desarrollar su actividad económica. Debido a las singularidades del tipo societario cooperativo frente a las sociedades mercantiles de capital (que son las que tenía en mente el legislador a la hora de regular el concurso de acreedores) encontramos puntos oscuros al interpretar preceptos de la Ley concursal en relación con el régimen de las cooperativas. El fin de este trabajo es adentrarnos en estos aspectos de difícil interpretación y, siempre que se pueda buscar soluciones razonables y adecuadas. Tarea para nada fácil, pues la legislación adolece de tal falta de claridad que en ciertos casos, con humildad y honradez intelectual, habrá que reconocer que corresponde al legislador solventar las deficiencias y las lagunas normativas.

Una vez realizada la contextualización histórica y económico-social y expuesto el marco competencial, haremos una breve exposición del procedimiento concursal. Acto seguido, continuaremos con el análisis de los sujetos legitimados para solicitar la declaración del concurso. En este punto además de tratar la legitimación activa deberemos detenernos en ciertos aspectos relacionados. En dicho epígrafe trataremos la posible consideración de los socios como personas especialmente relacionadas con el deudor; si el derecho de reembolso por las aportaciones al capital social confiere a los socios la

¹⁵ Nos referimos al Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

¹⁶ Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (RSCA).

condición de acreedores; la obligación del deudor de solicitar el concurso; y la responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

Después expondremos cómo regula el Derecho concursal la determinación de la masa activa y pasiva, lo que nos permitirá una mejor comprensión de los epígrafes siguientes, dedicados a los efectos del régimen de las sociedades cooperativas andaluzas en el concurso. Para sistematizar el estudio de aquellas características que inciden en mayor grado en el procedimiento concursal hemos dividido esta parte del trabajo en dos grandes áreas.

La primera relativa a la estructura financiera, en la que cobra una gran importancia la existencia de un derecho de reembolso en favor de los socios que causen baja por las aportaciones al capital social. Dicho derecho, característico de las sociedades cooperativas, provoca que el capital social tenga carácter variable a diferencia del de las sociedades de capital. Veremos las consecuencias que acarrea su variabilidad a efectos concursales y las medidas que ha tomado el legislador autonómico al respecto. Dentro de la estructura financiera también incluiremos las implicaciones concursales de la existencia del Fondo de Reserva Obligatorio (FRO) y el Fondo de Formación y Sostenibilidad (FFS). La irrepartibilidad de ambos¹⁷ y la inembargabilidad del segundo resultan muy relevantes para el objeto de nuestro estudio.

La segunda área versa sobre el modo en el que las sociedades cooperativas andaluzas desarrollan su actividad económica. A diferencia de otros tipos societarios, en las cooperativas los socios están obligados a participar en la actividad cooperativa. Las relaciones surgidas entre los socios y la cooperativa por esta obligación deben ser estudiadas para conocer la titularidad de los bienes y fondos entregados y, consecuentemente, la masa activa de la que dispone el deudor concursal. Especial atención prestaremos a los créditos derivados de la relación entre el socio de la cooperativa de trabajo y la cooperativa, por ser una cuestión de gran controversia en la doctrina. Finalmente nos ocuparemos de las secciones, institución a la que pueden recurrir las cooperativas para organizar su actividad que tienen autonomía de gestión y patrimonio separado.

¹⁷ En el caso del FRO su irrepartibilidad sólo será parcial si así lo disponen los estatutos, como veremos al analizarlo.

2. El método de estudio

Para alcanzar los objetivos esbozados utilizaremos como método el estudio en detalle de la doctrina científica, especialmente la relativa a sociedades cooperativas andaluzas. Pero también prestaremos atención a las soluciones planteadas por la doctrina en relación a la ley estatal de cooperativas y las leyes de otras comunidades autónomas que podrán ayudarnos a comprender el régimen jurídico de las sociedades cooperativas andaluzas. Asimismo, es esencial el análisis de la legislación (entendida en su sentido amplio) concursal y cooperativa, con una especial atención al marco normativo y competencial en el que se encuadra el régimen de las cooperativas andaluzas. Por último, realizaremos una búsqueda de jurisprudencia para adentrarnos en la doctrina jurisprudencial *lato sensu*, pues en muchos aspectos la Sala Primera del Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse.

II. EL ORIGEN HISTÓRICO Y LA EVOLUCIÓN DEL FENÓMENO COOPERATIVO

1. El origen de la cooperación y de la sociedad cooperativa

En este apartado realizaremos una exposición sumaria del recorrido histórico de la cooperación desde sus comienzos hasta nuestros días para así poder comprender las singularidades del régimen actual de las sociedades cooperativas. Antes de comenzar debemos señalar que la cooperación es la vertiente social, económica e ideológica que explica el surgimiento y las características de la sociedad cooperativa, que es la vertiente jurídica.

Las sociedades cooperativas son una institución centenaria cuyo régimen jurídico ha evolucionado a lo largo de la historia para hacer frente a los cambios económicos y sociales, pero siempre han mantenido unos rasgos propios que las han diferenciado del resto de tipos societarios, exteriorizados fundamentalmente en los valores y principios cooperativos y de la economía social.

Las cooperativas nacieron con una especial idiosincrasia teniendo como base la toma de decisiones de forma democrática por parte de los socios que las conforman, la primacía del factor trabajo sobre el capital, el carácter igualitario del derecho a voto, la limitación del interés obtenido por retribución del capital social obligatorio y la existencia

de un patrimonio cooperativo irrepartible, incluso tras la disolución y liquidación de la sociedad¹⁸.

Podemos situar el nacimiento de las sociedades cooperativas en la Inglaterra de finales del siglo XVIII. En esta primera fase el cooperativismo apareció como un medio idóneo para que los trabajadores pudieran participar en el sistema productivo de una forma mucho más beneficiosa para sus intereses, favoreciendo su acceso a los medios de producción. Surge como “*una forma de reacción espontánea de los trabajadores industriales para superar las dificultades de sus condiciones de vida*”¹⁹.

Las técnicas de producción industriales requerían una gran concentración de capital por lo que sólo unos pocos podían permitirse tomar iniciativas empresariales de forma individual. Esta progresiva acumulación del capital en manos de unos pocos provocada por la revolución industrial tuvo como consecuencia la proletarización de los trabajadores que, sin más medios que su propia fuerza de trabajo, encontraron en el asociacionismo la única forma de contrarrestar el poder casi hegemónico de la clase burguesa (obtenido tras las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII y el XIX) y así autotutelar sus intereses colectivos²⁰.

En estos primeros pasos del fenómeno cooperativo las distintas manifestaciones del asociacionismo obrero se encuentran fuertemente vinculadas. Debido a que, ante los obstáculos legales impuestos sobre las asociaciones con un marcado carácter político, se buscaban formas jurídicas asociativas admitidas (o toleradas) por los ordenamientos jurídicos, para que sirvieran de cobertura para sindicatos y partidos políticos y, en menor medida, cooperativas²¹. De ahí que, en las sociedades cooperativas se mezclen aspiraciones políticas, sociales y económicas.

Entre otras ideologías podemos señalar como las principales corrientes que influyeron en el fenómeno cooperativo el socialismo utópico y las ideas de los anticapitalistas ricardianos. Por lo que no es de extrañar que el surgimiento del cooperativismo moderno se relacione con la creación en 1844 de la cooperativa de

¹⁸ MONZÓN CAMPOS, J. L., “*El cooperativismo en...*”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 44, 2003, p. 11.

¹⁹ MONZÓN CAMPOS, “*El cooperativismo en...*”, loc. cit.

²⁰ PANIAGUA ZURERA, “*La sociedad cooperativa...*”, ob. cit., p. 30.

²¹ *Ibidem*, p. 30.

Rochdale, en la que una parte de los socios fundadores fueron discípulos de Robert Owen²².

Como argumenta el profesor PANIAGUA ZURERA, a medida que el fenómeno cooperativo fue evolucionando la tendencia seguida se encaminó hacia la individualización y diferenciación de éste con respecto a los otros movimientos asociativos obreros. Su rasgo diferenciador es la mayor importancia dada al aspecto económico y empresarial en detrimento del carácter político propio de otras asociaciones obreras como son los sindicatos y partidos políticos socialistas. El punto de inflexión puede fijarse en los debates acaecidos en el seno de la Primera Internacional cuyo resultado fue la identificación del movimiento obrero con las tesis marxistas revolucionarias frente al reformismo y al cooperativismo²³. Este hecho permitirá la ya mencionada acentuación de la vertiente económico-empresarial frente a la política y a la larga permitirá la individualización de la cooperación como fenómeno independiente²⁴.

Tras esta escisión el fenómeno cooperativo se verá enriquecido con nuevas aportaciones ideológicas. Al socialismo utópico se le sumará el socialismo de inspiración cristiana y la teorización del tercer sector o la economía social. Progresivamente se irá conformando un tipo empresarial y societario “*acapitalista*” o alternativo a la empresa capitalista tradicional y a las sociedades mercantiles de capital. Esta nueva modalidad de empresa actúa dentro del sistema capitalista y conforme a las normas propias de una economía de mercado.

2. La empresa cooperativa como paradigma de la empresa de economía social

Tras la II Guerra Mundial llegamos a una nueva etapa en el sistema capitalista caracterizada por que el Estado ya no es ajeno a la desigualdad y la injusticia económica: se constituye como un Estado social dentro del Estado democrático. El surgimiento del Estado social, como modalidad del Estado democrático supuso dejar de mantener una posición neutra con respecto a la economía. Bien es cierto que el Estado siempre ha intervenido en mayor o menor medida en la economía. Sin embargo, en el Estado liberal

²² MONZÓN CAMPOS, “*El cooperativismo en...*”, ob. cit., p.11

²³ En el manifiesto inaugural de la Primera Internacional, redactado por Karl Marx en 1864, se califica al trabajo cooperativo como insuficiente para emancipar a la clase obrera y se opta por la conquista del poder político como medio de actuación.

²⁴ PANIAGUA ZURERA, “*La sociedad cooperativa...*”, ob. cit., p. 31.

se limitaba a crear “*el orden objetivo para la acción económica de los particulares sin injerencias de los poderes públicos*”²⁵, mientras que el Estado social interviene en la economía con el fin de promover la justicia social positivizada en la Constitución. Es decir, el Estado social “*es un Estado decididamente intervencionista, económicamente activo, un Estado configurador del orden económico y por ello normativizador del mismo, e incluso, en ocasiones, un Estado que interviene directamente -empresa pública- en la propia actividad empresarial*”²⁶.

En este momento histórico (1945-1982) las cooperativas no sólo no son prohibidas o meramente toleradas (como bajo el Estado liberal), sino que el Estado se compromete a su fomento²⁷. De éstas y, también, de otras entidades que comparten fines sociales y de interés general y conforman lo que se conoce tanto por la doctrina como por el legislador²⁸, como el sector de la economía social.

Este sector de la economía social ha sufrido durante muchos años de una acusada indeterminación en nuestro ordenamiento por la falta de un marco legal que definiera el concepto de economía social y las entidades que la conforman. De este modo se han utilizado en repetidas ocasiones otras denominaciones que compiten con el término economía social para referirse al mismo sector económico (aunque en realidad corresponden a realidades distintas o subsectores de la economía social). Entre las denominaciones más utilizadas podemos señalar la *economía solidaria*, la *economía de interés general* o las *non-profit organizations*. Se trata de conceptos cuyas diferencias con la economía social o cuya idoneidad para señalar la realidad a la que nos referimos han sido discutidas por la doctrina, si bien gracias a la reciente Ley 5/2011, de 29 de marzo de Economía social (LES), es posible superar algunas de las confusiones que se habían producido. No es objeto del presente trabajo ahondar en el estudio de la teoría de la economía social. Lo que nos interesa en este momento es señalar que las cooperativas, siempre y cuando cumplan con los principios que marca la ley, forman parte de un sector que abarca otros tipos de entidades con unos rasgos comunes que es conocido como el de

²⁵ CANO LÓPEZ, A. “*Teoría Jurídica de la Economía Social, la sociedad laboral: una forma jurídica de empresa de economía social*”, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, p. 90.

²⁶ *Ibíd.*, p. 90.

²⁷ Art. 129.2 CE.

²⁸ España ha sido pionera al crear un marco legal para dotar a todas las entidades de economía social de una ley que define el concepto y los principios que sirven para identificarlas como tales, en la ley 5/2011 de 29 de marzo, de economía social. V. el detallado estudio de dicha ley realizado por PANIAGUA ZURERA, M., “*Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

la economía social. Este sector se sitúa entre el estrictamente privado, propio de la empresa capitalista tradicional, y el sector público. Las entidades que conforman el sector, las empresas sociales, se caracterizan por tener forma jurídica de derecho privado y desarrollar una actividad económica en forma empresarial (rasgo que comparten con las empresas capitalistas tradicionales y las distingue del sector público) y tienen como fin la consecución de objetivos que respondan al interés general (diferenciándose de este modo de las empresas tradicionales que buscan un interés particular y aproximándose al sector público).

La regulación de la economía social surge a causa de la crisis del Estado social y participa en la racionalización de éste²⁹. Desde la década de los setenta se viene afirmando por un amplio sector académico que este modelo de Estado se encuentra en crisis por la incapacidad de sostener el gasto que implica asegurar la prestación de determinados servicios públicos. Es poco discutible el hecho de que el Estado es incapaz de hacerse cargo de todas las necesidades de sus ciudadanos, especialmente en una economía de mercado globalizada en la que *“la globalización acaba por hacer desaparecer la unidad de los espacios económicos y políticos, ..., el Estado ya no controla la economía ni tiene el poder de actuar en favor de la justicia social por medio de instituciones”*³⁰. Esto se debe fundamentalmente a que las empresas internacionales tienen una gran libertad de movimiento para establecerse en los Estados que les sean más favorables (el fenómeno del *“forum shopping”*) por lo que se escapan al Derecho y por ende al Estado.

Ante esta situación de incapacidad del Estado para asegurar las necesidades de los ciudadanos y controlar la economía, el derecho de la economía social *“trata de hacer compatible y a la vez eficiente la autonomía del intercambio propia del mercado, por un lado, y la intervención de un Estado social al borde de la quiebra fiscal en fomento de unas empresas que tratan de dirigirse a la satisfacción «económica» de necesidades sociales, por otro”*³¹. Por tanto se trataría de sustituir la intervención directa del Estado por la satisfacción de las necesidades de la ciudadanía a través de empresas de economía social que prestan dichos servicios adecuándose a la lógica del mercado.

²⁹ CANO LÓPEZ, *“Teoría Jurídica de la Economía Social...”*, ob. cit., p. 105.

³⁰ HENRY, H. *“Superar la crisis del Estado de Bienestar: el rol de las empresas democráticas, una perspectiva jurídica”*, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 24, 2013, p. 7. Consultado en la edición digital, disponible en: <http://www.ciriec-revistajuridica.es/>.

³¹ CANO LÓPEZ, *“Teoría Jurídica de...”*, ob. cit., p. 106.

Esta visión de la economía social como institución útil para la satisfacción de necesidades sociales que no puede satisfacer el Estado es la propia de una concepción instrumental, que es importante. Por ejemplo, está demostrada su importancia a la hora de favorecer el desarrollo local y que es muy beneficiosa para generar empleo en condiciones más favorables para los trabajadores, pero no es la única. En los últimos años la tendencia evolutiva que ha seguido la economía social es hacia una visión compensatoria, es decir, los entes que forman parte del sector de la economía social comienzan a ser considerados como un *contrapoder* o poder compensador que sitúa a la persona por encima del capital frente a las empresas capitalistas tradicionales cuyo principal objetivo es la maximización del capital en detrimento del resto de factores (principalmente el factor trabajo) sin importar la pobreza o el desempleo que puedan generar. En palabras de PANIAGUA ZURERA “*en el conjunto del sistema capitalista la tarea del sector de la economía social es, o debe ser, de contrapeso o compensación al espíritu capitalista*”³². Podemos ver cómo se plasma esta concepción en diversos textos legales y resoluciones de distintas instituciones. Así, entre otros, el art. 23.1 de la LE³³ alude al “*fomento del espíritu empresarial y de la economía social*”, y la Exposición de motivos de la Orden andaluza de 29 de junio de 2009, que regula y convoca programas de apoyo a la innovación y desarrollo de la economía social, afirma que es necesario avanzar “*en un modelo de gestión empresarial más participativo, solidario y con una más justa asignación de beneficios*”³⁴. También señala la necesidad de fomentar la economía social “*en el marco del tejido productivo andaluz, y en el de sus propios valores y principios económicos y sociales*”. El Parlamento Europeo ha realizado una declaración en relación al establecimiento de un estatuto jurídico para la mutualidades, asociaciones y fundaciones en la que hace énfasis en la importancia de crear unas condiciones equitativas que tengan como valores centrales la solidaridad, el control democrático y la preferencia por los objetivos sociales frente a los del beneficio³⁵. De igual modo ha

³² PANIAGUA ZURERA, “*Las empresas de...*”, ob. cit., p. 278.

³³ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

³⁴ Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa. Orden de 29 de junio de 2009, por la que establecen las bases reguladoras de un programa de apoyo a la innovación y al desarrollo de la economía social, y se efectúa su convocatoria para los ejercicios 2009 a 2013.

³⁵ “*Declaración por escrito sobre el establecimiento de un Estatuto Europeo para las mutualidades, asociaciones y fundaciones*”, DE 84/2010 (DC\835288ES.doc.), 10 de noviembre de 2010.

señalado que la economía social “*es un objetivo en sí mismo, indispensable para consolidar los valores asociados al modelo social europeo*”³⁶.

En conclusión, se está avanzando desde una concepción de la economía social (en la cual se integra el fenómeno cooperativo como uno de sus ejes fundamentales) de carácter instrumental³⁷, hacia una concepción compensatoria o de poder moderador frente al espíritu capitalista de las sociedades de capital. Esta visión se suma a la anterior y la complementa sin desplazarla. Es decir, aporta una nueva forma de entender la realidad de la economía social que reconoce su importancia como instrumento para la consecución de objetivos de interés general y su valía para propiciar un cambio de mentalidad. Desde el “*homo oeconomicus*”, preocupado exclusivamente por la maximización del capital, hacia una forma de gestión económica al servicio de las personas.

III. LA IMPORTANCIA CUANTITATIVA DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS EN ESPAÑA Y EN ANDALUCÍA

1. Las cifras de las sociedades cooperativas en España

Las cooperativas a pesar de ser un tipo societario mucho menos empleado que otras fórmulas más extendidas, como las sociedades de capital, tienen una relativa importancia en nuestra economía nacional. En la Comunidad Autónoma de Andalucía esta importancia es aún mayor ya que ostenta las primeras posiciones en número de cooperativas y de trabajadores.

En el año 2008 las cooperativas contribuyeron al valor añadido de la economía española con 10.407,801 millones de euros que representó el 38,69% del valor añadido de toda la economía social³⁸. Este dato pone de manifiesto que el cooperativismo además de haber extendido la mayoría de sus valores a la economía social, que los ha adoptado como suyos, es también pilar fundamental en cuanto a relevancia económica.

³⁶ “*Resolución sobre economía social*” (RR\764541ES.doc), 26 de enero de 2009. DOUE C 76, de 25 de marzo de 2010.

³⁷ Vinculada a su idoneidad como herramienta para la ejecución de planes de empleo, el desarrollo de la economía local y la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores entre otras.

³⁸ V. cuadro B: Valor Añadido Bruto de las entidades de la Economía Social en España. Año 2008. En MONZÓN, J. L. et al. “*Las grandes cifras de la Economía Social en España. Ámbito, entidades y cifras clave. Año 2008*”, Ed. CIRIEC-España, Valencia, 2010, p. 74.

Si nos fijamos en la evolución del número de trabajadores empleados por las cooperativas podremos apreciar una de sus fortalezas más marcadas frente a otros tipos societarios, que es la capacidad para mantener el empleo. Las cooperativas, junto con el resto de entidades que conforman la economía social, resistieron mejor los primeros embates de la crisis³⁹ que el sector privado tradicional, en cuanto a mantenimiento de puestos de trabajo se refiere. Sin embargo, a medida que se agravó la crisis estas empresas también sufrieron pérdidas netas de empleo arrastradas por la situación de la economía global. Aun así en España sólo se registró una caída del empleo en las cooperativas de un 9% entre los años 2008 y 2012, menos de la mitad que en las empresas del sector privado tradicional que fue del 19%⁴⁰.

Cuadro 1. Empresas de economía social: cooperativas y sociedades laborales. Número de empresas en situación de alta en la Seguridad Social. Distribución por tipo de empresa y Comunidades Autónomas a 31/12/2012.

| | COOP | % | SOC. LAB. | % | TOTAL | % |
|--------------------|---------------|------------|---------------|------------|---------------|------------|
| ANDALUCÍA | 4.033 | 18,76 | 2.838 | 23,08 | 6.871 | 20,33 |
| ARAGÓN | 754 | 3,51 | 445 | 3,62 | 1.199 | 3,55 |
| ASTURIAS | 233 | 1,08 | 453 | 3,68 | 686 | 2,03 |
| BALEARES | 208 | 0,97 | 131 | 1,07 | 339 | 1,00 |
| CANARIAS | 276 | 1,28 | 372 | 3,03 | 648 | 1,92 |
| CANTABRIA | 76 | 0,35 | 114 | 0,93 | 190 | 0,56 |
| CASTILLA LA MANCHA | 1.294 | 6,02 | 1.087 | 8,84 | 2.381 | 7,05 |
| CASTILLA LEÓN | 1.266 | 5,89 | 593 | 4,82 | 1.859 | 5,50 |
| CATALUÑA | 4.773 | 22,20 | 1.086 | 8,83 | 5.859 | 17,34 |
| COM. VALENCIANA | 2.582 | 12,01 | 986 | 8,02 | 3.568 | 10,56 |
| EXTREMADURA | 634 | 2,95 | 303 | 2,46 | 937 | 2,77 |
| GALICIA | 919 | 4,27 | 669 | 5,44 | 1.588 | 4,70 |
| MADRID | 1.044 | 4,86 | 1.367 | 11,12 | 2.411 | 7,13 |
| MURCIA | 1.380 | 6,42 | 722 | 5,87 | 2.102 | 6,22 |
| NAVARRA | 337 | 1,57 | 370 | 3,01 | 707 | 2,09 |
| PAÍS VASCO | 1.533 | 7,13 | 709 | 5,77 | 2.242 | 6,63 |
| RIOJA (LA) | 117 | 0,54 | 39 | 0,32 | 156 | 0,46 |
| CEUTA Y MELILLA | 40 | 0,19 | 10 | 0,08 | 50 | 0,15 |
| TOTAL | 21.499 | 100 | 12.294 | 100 | 33.793 | 100 |

Fuente: Monzón, J. L. y Cháves, R., datos del Ministerio de Empleo y Seguridad social⁴¹.

³⁹ Nos referimos a los años comprendidos entre 2008 y 2010.

⁴⁰ MONZÓN y CHAVES, "La Economía Social...", ob. cit., p. 93 in fine.

⁴¹ Este cuadro fue elaborado a partir del resumen sobre la situación de empresas de economía social y sus trabajadores en situación de alta en la Seguridad Social a 31 de diciembre de 2012, editado por la Dirección

El número de cooperativas registradas en la Seguridad Social a 31 de diciembre de 2012 fue de 21.499, de un total de 2.771.967 empresas⁴². Aunque estas cifras sean muy modestas (sólo suponen el 0,775% del total de empresas), como veremos más adelante, los moderados resultados cuantitativos se compensan con sus múltiples efectos beneficiosos para el territorio en el que desarrollan su actividad.

2. Las cifras de las sociedades cooperativas en Andalucía

La Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta la segunda posición en número de cooperativas dentro de España, superada únicamente por Cataluña, con un total de 4.033 cooperativas registradas de 21.499 existentes en España. Así pues las cooperativas andaluzas representan el 18,76% de la suma nacional⁴³. Si atendemos al número de cooperativas de nueva creación inscritas en los registros de cooperativas de Andalucía entre 2003 y 2012 podemos observar que hubo 3.053 cooperativas registradas, de las cuales la mayor parte se concentraron en Sevilla seguida por Málaga⁴⁴. Sin embargo la evolución de cooperativas creadas en dicho período pone de manifiesto una clara tendencia negativa, como consecuencia de la crisis⁴⁵.

En lo que respecta a las cifras de empleo, que tan negativa y virulentamente se ha visto afectado en los últimos años especialmente en Andalucía, entre el año 2003 y 2012 se crearon 22.797⁴⁶ nuevos puestos de trabajo gracias a las cooperativas. A pesar de que la tendencia es negativa a lo largo de dicho período, no es tan acusada como en otras sociedades.

General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las empresas y elaborado por la Subdirección General de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las empresas. Se ha extraído de CUADRADO SERRÁN y CIRUELA LORENZO, M. “*Las sociedades cooperativas...*”, ob. cit., p. 69.

⁴² *Ibíd.*, p. 69.

⁴³ Como se puede ver supra en el cuadro 1.

⁴⁴ V. cuadro 3. Creación de Cooperativas y Sociedades Laborales en Andalucía. Distribución por tipo de empresa y provincia en el período 2003-2012. En CUADRADO SERRÁN y CIRUELA LORENZO, “*Las sociedades cooperativas...*”, ob. cit., p. 71.

⁴⁵ CUADRADO SERRÁN y CIRUELA LORENZO, “*Las sociedades cooperativas...*”, ob. cit., p. 72.

⁴⁶ V. cuadro 4. Socios Trabajadores de Cooperativas y Sociedades Laborales en Andalucía. Distribución por tipo de empresa y provincia en el período 2003-2012. En CUADRADO SERRÁN y CIRUELA LORENZO, “*Las sociedades cooperativas...*”, ob. cit., p. 73.

Cuadro 2. Empleo generado por las cooperativas y sociedades laborales. Trabajadores y socios de trabajo en situación de alta en la Seguridad Social. Distribución por tipo de empresa y Comunidades Autónomas a 31/12/2012.

| | COOP | % | SOC. LAB. | % | TOTAL (*) | % |
|--------------------|----------------|------------|---------------|------------|----------------|------------|
| ANDALUCÍA | 53.639 | 18,70 | 13.698 | 20,31 | 67.337 | 19,00 |
| ARAGÓN | 6.412 | 2,23 | 1.726 | 2,56 | 8.138 | 2,30 |
| ASTURIAS | 2.721 | 0,95 | 2.974 | 4,41 | 5.695 | 1,61 |
| BALEARES | 2.059 | 0,72 | 1.109 | 1,64 | 3.168 | 0,89 |
| CANARIAS | 4.913 | 1,71 | 1.780 | 2,64 | 6.693 | 1,89 |
| CANTABRIA | 1.220 | 0,43 | 969 | 1,44 | 2.189 | 0,62 |
| CASTILLA LA MANCHA | 11.085 | 3,86 | 4.729 | 7,01 | 15.814 | 4,46 |
| CASTILLA LEÓN | 9.527 | 3,32 | 2.393 | 3,55 | 11.920 | 3,36 |
| CATALUÑA | 37.752 | 13,16 | 6.142 | 9,11 | 43.894 | 12,39 |
| COM. VALENCIANA | 48.149 | 16,78 | 5.049 | 7,49 | 53.198 | 15,01 |
| EXTREMADURA | 5.561 | 1,94 | 1.398 | 2,07 | 6.959 | 1,96 |
| GALICIA | 8.530 | 2,97 | 3.113 | 4,62 | 11.643 | 3,29 |
| MADRID | 14.207 | 4,95 | 7.809 | 11,58 | 22.016 | 6,21 |
| MURCIA | 17.255 | 6,01 | 4.563 | 6,77 | 21.818 | 6,16 |
| NAVARRA | 6.658 | 2,32 | 2.481 | 3,68 | 9.139 | 2,58 |
| PAÍS VASCO | 55.125 | 19,21 | 7.233 | 10,72 | 62.358 | 17,60 |
| RIOJA (LA) | 1.519 | 0,53 | 185 | 0,27 | 1.704 | 0,48 |
| CEUTA Y MELILLA | 580 | 0,20 | 94 | 0,14 | 674 | 0,19 |
| TOTAL | 286.912 | 100 | 67.445 | 100 | 354.357 | 100 |

(*) Incluye trabajadores del régimen general y trabajadores autónomos.

Fuente: Monzón, J. L. y Cháves, R., datos del Ministerio de Empleo y Seguridad social⁴⁷.

El número total de trabajadores empleados en las cooperativas andaluzas en el año 2012 ascendió a la suma de 53.639, un 18,70% de todos los trabajadores empleados en cooperativas en España, lo que sitúa a Andalucía en segunda posición por detrás del País Vasco⁴⁸.

A la luz de los datos expuestos se evidencia que las cooperativas siguen siendo hoy en día una alternativa a las empresas privadas tradicionales, son dinámicas y flexibles y favorecen el desarrollo económico y la generación de riqueza en toda España,

⁴⁷ Este cuadro fue elaborado a partir del resumen sobre la situación de empresas de economía social y sus trabajadores en situación de alta en la Seguridad Social a 31 de diciembre de 2012, editado por la Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las empresas y elaborado por la Subdirección General de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las empresas. Se ha extraído de CUADRADO SERRÁN y CIRUELA LORENZO, “Las sociedades cooperativas...”, ob. cit., p. 77.

⁴⁸ Como se puede comprobar supra en el cuadro 2.

especialmente en la región de Andalucía. Al mismo tiempo constituyen un valioso instrumento para la promoción de un desarrollo estable y sostenible capaz de integrar en el sistema productivo a las personas más desfavorecidas y de mantener la cohesión social al crear y mantener empleos incluso en tiempos de recesión.

IV. UN ANÁLISIS CUALITATIVO DE LA COOPERACIÓN

Una vez expuesta la relevancia en términos cuantitativos de las sociedades cooperativas para nuestra economía, nos resta el estudio de las externalidades positivas que aportan al conjunto de la sociedad. Como ya hemos señalado anteriormente, a pesar del moderado peso de esta forma empresarial en comparación con la hegemónica sociedad de capital, la verdadera relevancia de las cooperativas reside en sus efectos socioeconómicos que procederemos a desarrollar en este epígrafe.

En la literatura académica podemos encontrar un gran número de publicaciones que resaltan la especial significación en términos cualitativos de este tipo societario debido a sus particularidades e idiosincrasia. Así, por ejemplo, CUADRADO SERRÁN y CIRUELA LORENZO destacan que en las sociedades cooperativas (y las empresas de economía social en general) priman las personas y el fin social sobre el capital, dotándolas de *“una gestión más autónoma, transparente, democrática y participativa”*; los resultados de la actividad económica son distribuidos en función del trabajo aportado; promueven la solidaridad interna; *“el desarrollo local, la igualdad de oportunidades, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad, manteniendo su independencia respecto a los poderes públicos”*⁴⁹.

Las cualidades que la doctrina atribuye a las cooperativas son amplias y muy variadas. Por eso, nos ocuparemos tan solo de aquellas características que, a nuestro juicio, resultan de mayor importancia. Éstas son, en primer lugar, su capacidad para dotar de estabilidad a la economía en su conjunto; en segundo lugar, su idoneidad como instrumento para favorecer el desarrollo local; y por último, la mayor calidad del empleo generado por las cooperativas y su importancia para la cohesión social.

⁴⁹ CUADRADO SERRÁN y CIRUELA LORENZO, *“Las sociedades cooperativas...”*, ob. cit., p. 95.

La capacidad de dotar de mayor estabilidad a la economía se deriva de la consideración de las cooperativas como empresas contra-cíclicas. Diversos estudios económicos han argumentado a favor del carácter contra-cíclico de las cooperativas. Entre estos podemos señalar a GRÁVALOS y POMARES que en su estudio sobre la economía española entre 1986 y 1995 defienden que las cooperativas generan un efecto refugio para el empleo en momentos de crisis⁵⁰, es decir, en éstas existe una menor destrucción de empleo durante las crisis económicas porque integran a los desempleados que proceden de otras empresas. Otros autores, como SALA RÍOS⁵¹, consideran que es difícil sostener dicho comportamiento contra-cíclico tanto en las fases contractivas como expansivas de la economía. Sin embargo reconocen su capacidad para mantener el empleo y su mayor resistencia en momentos de crisis, defendiendo que su comportamiento no es contra-cíclico sino desvinculado de las condiciones generales de la economía. Dejando a un lado dichas discusiones, ambas posturas reconocen que las cooperativas son más resistentes a las contracciones económicas que las sociedades mercantiles de capital y su empleo es más estable. Esto se debe a la flexibilidad y grado de compromiso con la empresa que confiere el hecho de que los trabajadores también sean socios. Gracias a eso las cooperativas amortiguan los embates de la recesión dotando de mayor estabilidad a la economía. Pero sus efectos estabilizadores no se quedan en el mero mantenimiento de los puestos de trabajo. A diferencia de otros modelos empresariales, las cooperativas son capaces de volver a generar empleo cuando la actividad económica todavía no ha alcanzado la fase expansiva⁵² por lo que ayudan a recuperar la capacidad productiva con mayor rapidez.

El segundo rasgo a destacar es el papel de la empresa cooperativa en el desarrollo local, y es que el vínculo entre estas sociedades y el territorio en el que desarrollan su actividad es muy fuerte por lo que se evitan fenómenos de deslocalización y se fija el empleo de forma sostenida en el tiempo, sin el cual se produciría el envejecimiento y la migración de la población de la zona. En palabras de los profesores TARAZONA CANO y ALBORS ORENDO⁵³, *“las estrategias de desarrollo de las cooperativas se establecen a nivel local y no en centros de decisión alejados lo que fortalece los tejidos industriales*

⁵⁰ GRÁVALOS GASTAMINZA, M. A. y POMARES HERNÁNDEZ, I. “Cooperativas, desempleo y efecto refugio”, REVESCO, nº 74, 2001, p.74.

⁵¹ SALA RÍOS et al. “Un análisis del...”, ob. cit., p. 24.

⁵² *Ibidem.*, p. 25.

⁵³ TARAZONA CANO, P. y ALBORS ORENDO, P., “La economía social...”, ob. cit., p. 71.

locales, pues son iniciativas que surgen de las mismas comunidades naturales en estrecha relación con su entorno geográfico y social”.

En tercer lugar, uno de los rasgos más relevantes de las cooperativas es su capacidad para mantener la cohesión social y la calidad en el empleo. Además de su papel en la creación de puestos de trabajo y su mantenimiento incluso en época de recesión económica, las cooperativas han sido fundamentales para favorecer el acceso al empleo a los grupos más desfavorecidos y aquellos que son excluidos por la sociedad⁵⁴. Hoy en día la cooperación sigue cumpliendo la función de permitir el acceso al sistema productivo a colectivos que de otra forma encontrarían grandes obstáculos para desempeñar o participar en una actividad empresarial. En algunos casos el emprendimiento cooperativo viene dado por necesidad sobrevenida, pues al entrar en situación de insolvencia la empresa tradicional algunos trabajadores optan por continuar la actividad mediante la fórmula cooperativa. Esa capacidad, ya comentada, para favorecer el acceso de los trabajadores al sistema productivo en mejores condiciones que las que obtendrían mediante el trabajo asalariado redundaría en una mayor calidad en el empleo. Según CALDERÓN y CALDERÓN en las cooperativas el trabajo es de mayor calidad incluso durante la crisis económica por elementos como la igualdad de género, la estabilidad laboral, la flexibilidad para evitar despidos ajustando el número de horas de trabajo y la no discriminación o inclusión⁵⁵.

En conclusión, en la actualidad las cooperativas y demás empresas de economía social *“representan un modelo empresarial dinámico y flexible para la promoción del desarrollo económico y la generación de riqueza, impulsor del progreso económico y social de las regiones, constituyendo un valioso instrumento favorecedor de las relaciones interpersonales en la sociedad”*⁵⁶.

⁵⁴ MONZÓN CAMPOS y CHAVES ÁVILA, *“La Economía Social...”*, ob. cit., p. 93.

⁵⁵ CALDERÓN y CALDERÓN, *“La calidad del...”*, ob. cit., p. 55.

⁵⁶ CUADRADO SERRÁN y CIRUELA LORENZO, *“Las sociedades cooperativas...”*, ob. cit., p. 95.

V. UNA LEGISLACIÓN COOPERATIVA NO ADECUADA.

1. Planteamiento

La complejidad de la distribución de competencias de nuestro ordenamiento jurídico hace necesaria una breve aclaración antes de comenzar con el estudio pormenorizado de la legislación cooperativa. De hecho veintidós años después de la promulgación de la primera ley autonómica de cooperativas (la del País Vasco, en febrero de 1982) la competencia sobre la regulación sustantiva de las sociedades cooperativas sigue siendo cuestionada por parte de la doctrina. Pues hay quienes no consideran acertada la decisión del Tribunal Constitucional de reconocer la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de cooperativas.

Por otro lado nos interesa entender el papel que juega el cooperativismo dentro de la conocida como “*constitución económica*” y la “*economía social de mercado*” por la cual optó el constituyente. La legislación cooperativa tiene una gran relevancia en este sentido pues es un elemento vertebrador de nuestra economía social de mercado. Tanto en las normas programáticas de la Constitución (art. 129.2) y de derechos y libertades (art. 38), como en las del Estatuto de Autonomía de Andalucía (artículos 157.4 y 172.2), encontramos mandatos dirigidos a los poderes públicos para la promoción del cooperativismo.

2. La cooperación y la constitución económica

La Constitución española establece en su artículo 129.2 que “*Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas*”. De este precepto se derivan dos mandatos distintos para los poderes públicos. En primer lugar el deber de dotar a las cooperativas de una legislación adecuada. Mandato que muestra la preocupación del constituyente por la deficiente regulación que tuvieron durante el franquismo. El segundo mandato es el de fomentar este tipo societario en cuya redacción podemos apreciar cierto eco de la Constitución de la Segunda República al presentar elementos característicos del movimiento cooperativo anterior a la dictadura franquista.

Por ejemplo, la “*participación en la empresa*” y el establecimiento de “*los medios que faciliten el acceso de los trabajadores, a la propiedad de los medios de producción*”⁵⁷.

En cuanto a la localización del precepto dentro del texto constitucional consideramos que no ha sido acertada, ya que debería haber sido incluido dentro del Capítulo tercero del Título I “*De los principios rectores de la política social y económica*”, y no en el título VII “*Economía y Hacienda*” que incluye potestades estatales en materia económica. Sin embargo, como afirma el profesor PANIAGUA ZURERA, esto no es impedimento para afirmar que el artículo 129.2 es “*un principio rector de la política social y económica que engarza con los restantes mandatos constitucionales que concretan la proclamación y autodefinición de España como Estado social y Estado democrático*”⁵⁸. Entre ellos es esencial el artículo 9.2 que impone a los poderes públicos el deber de promover las condiciones necesarias y remover los obstáculos para que “*la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*”. El fomento de la cooperación responde perfectamente a este mandato constitucional pues es un medio idóneo para la promoción de grupos desfavorecidos o en especial situación de debilidad, siempre y cuando las cooperativas beneficiarias se adecuen a los principios que las caracterizan y persigan fines de interés general.

El art. 129.2 CE como principio rector, tiene la eficacia reconocida por el artículo 53.3 de la Constitución⁵⁹, en virtud del cual su respeto y protección “*informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*” aunque “*sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”.

En el caso de las cooperativas se ha producido ese desarrollo legal mediante las distintas leyes autonómicas y las leyes estatales de cooperativas. En Derecho estatal el fomento de la cooperación figura en la LES y la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (LCoop)⁶⁰. Además del reconocimiento legal y la condición informadora de la actuación de los distintos poderes públicos, la cooperación en tanto en cuanto es una forma de ejercer la iniciativa económica privada “*cuenta con el reconocimiento, la tutela*

⁵⁷ PANIAGUA ZURERA, “*La sociedad cooperativa...*”, ob. cit., p. 49.

⁵⁸ PANIAGUA ZURERA, “*La sociedad cooperativa...*”, ob. cit., p.49.

⁵⁹ PANIAGUA ZURERA, M. y JIMÉNEZ ESCOBAR, J., “*La necesidad de una legislación cooperativa adecuada: aspectos mercantiles, tributarios y de Derecho comunitario*”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 81, 2014, p. 64.

⁶⁰ Exposición de Motivos, art. 108 y disposiciones adicionales 2ª, 5ª, 11ª y 12ª LCoop.

y la funcionalización de la libertad de empresa en nuestro ordenamiento (art. 38 CE) y, en forma más amplia, con la garantía institucional del derecho de asociación (art. 22 CE y STC 173/1998, de 23 de julio)”⁶¹.

En virtud del principio constitucional de fomento de las sociedades cooperativas el Tribunal Constitucional en ciertas ocasiones ha permitido un tratamiento privilegiado de éstas frente a otros modelos empresariales (STC 103/1989, de 8 de junio). Asimismo en los casos en los que el precepto ha sido alegado por considerarse que determinada actuación de los poderes públicos establecía un trato desfavorable frente a otras formas de organizar la actividad empresarial, el TC ha considerado que son inconstitucionales aquellos “supuestos en los que se evidencie manifiestamente infundado o arbitrario el trato normativo desigual que, a su vez, determine un efecto desincentivador de la actividad” (FJ 2 STC 155/1993, de 6 de mayo). Por tanto este precepto no sólo justifica un trato más favorable hacia las cooperativas para su fomento⁶² sino que además las protege frente a una regulación desigual que tenga efectos desincentivadores para la actividad cooperativa (siempre y cuando esa desigualdad sea manifiestamente infundada o arbitraria).

3. La distribución de competencias normativas sobre cooperativas entre el estado y las comunidades autónomas

Dentro del conocido como “*bloque de constitucionalidad*” de nuestro ordenamiento jurídico se incluye el Estatuto de Autonomía de Andalucía (EAA), el cual atribuye a la Comunidad Autónoma las competencias exclusivas en materia de “*fomento, ordenación y organización de cooperativas y de entidades de economía social*” y “*la regulación y el fomento del cooperativismo*” como recoge el art. 58.1.4º. Asimismo incluye en su art. 157.4, dentro de los principios y objetivos básicos de la Comunidad Autónoma en el ámbito económico, la promoción de la economía social. Finalmente establece en su art. 172.2 que las cooperativas y demás entidades de economía social serán objeto de atención preferente en las políticas públicas. El citado art. 58.1.4º EAA

⁶¹ PANIAGUA ZURERA, “*La sociedad cooperativa...*,” ob. cit., p. 50.

⁶² Sin perjuicio del debido respeto a la prohibición de otorgar ayudas de Estado contenida en el art. 107 TFUE.

cuando atribuye las referidas competencias exclusivas sobre cooperativas aclara que la regulación y el fomento del cooperativismo incluye:

“a) La regulación del asociacionismo cooperativo.

b) La enseñanza y la formación cooperativas

c) La fijación de los criterios, la regulación de las condiciones, la ejecución y el control de las ayudas públicas al mundo cooperativo”.

Luego la regulación sustantiva de las sociedades cooperativas andaluzas corresponde a la Comunidad Autónoma. La ley vigente reguladora del régimen de las sociedades cooperativas es, como indicamos, la LSCA. Así ha sido desde la aprobación del Estatuto de Autonomía de 1981.

Una vez publicada la Constitución, tanto la Comunidad Autónoma del País Vasco como la de Cataluña incluyeron en sus respectivos estatutos de autonomía la competencia en materia de cooperativas al considerar que no era competencia exclusiva estatal *ex art.* 149.1 y poco después les siguieron el resto de comunidades. El País Vasco fue el primero en ejercer dicha competencia al publicar la Ley del País Vasco 1/1982, de 11 de febrero, sobre cooperativas que fue recurrida ante el Tribunal Constitucional el cual resolvió dictando la STC 72/1983, de 29 de julio. En ésta, el máximo intérprete de la Constitución, aceptó la competencia de la Comunidad Autónoma Vasca exponiendo el siguiente razonamiento en su primer fundamento jurídico: *“la Constitución no reserva de modo directo y expreso competencia alguna al Estado en materia de cooperativas y, en consecuencia, de acuerdo con el artículo 149.3 de la propia Norma, la Comunidad tiene las competencias que haya asumido en su Estatuto”*. Ahora bien, dicha competencia debe ser delimitada funcional y territorialmente.

Funcionalmente debe respetar la legislación mercantil *“en cuanto sea aplicable a las cooperativas”* (FJ 3 STC/1983, de 29 de julio) dado que el Estado tiene atribuida la competencia exclusiva en dicha materia, en virtud del artículo 149.1.6º CE. De esta forma las leyes autonómicas que regulan el régimen de las sociedades cooperativas remiten a la legislación mercantil estatal las materias relativas a contabilidad, auditoría, emisión de valores mobiliarios y obligaciones y concurso⁶³. Pero el Tribunal Constitucional en la comentada sentencia sólo determinó la mercantilidad de los preceptos cuestionados por

⁶³ PANIAGUA ZURERA, *“La sociedad cooperativa...”*, ob. cit., p.53.

el recurso, afirmando en su octavo fundamento jurídico que todo lo que afecte a la regulación del Registro Mercantil corresponde al Estado. En este mismo fundamento jurídico, como último párrafo de la fundamentación jurídica, afirma lo siguiente: “*si en algún supuesto, por aplicación de la legislación general de carácter mercantil, debiera calificarse de sociedad mercantil algún tipo de cooperativa. En este caso sería de aplicación la legislación mercantil, que es competencia exclusiva del Estado*”.

En conexión con el artículo 124 C. de c. esta interpretación implicaría que las cooperativas que realizaran “*actos de comercio extraños a la mutualidad*” (es decir, con no socios) deberían someterse al Derecho estatal y no al autonómico. Sin embargo nunca se ha aplicado ni parece que se vaya a hacer en un futuro⁶⁴.

Finalmente hemos de plantear la delimitación del ámbito territorial de aplicación de la legislación cooperativa estatal y autonómica. En la citada STC 72/1983 el Tribunal Constitucional estableció una doctrina, que será confirmada en sentencias posteriores, que distingue cuando las cooperativas realizan funciones típicas, que son “*las relaciones de las cooperativas con sus socios, es decir, son relaciones societarias internas*” y cuando “*ha de establecer relaciones jurídicas externas con terceros, que no pueden encuadrarse dentro de las «funciones» típicas de las mismas y que tienen un valor instrumental y necesario para la consecución del fin social*” (FJ 4 STC 72/1983). Hecha esta distinción establece, en el último párrafo del cuarto fundamento jurídico, que la Comunidad Autónoma podrá ejercer su competencia siempre que se refiera a cooperativas que realizan sus funciones típicas dentro del territorio de la Comunidad, aunque desarrolle funciones instrumentales fuera del territorio. La doctrina constitucional conllevaba que cualquier mínima realización de funciones típicas fuera del territorio comunitario determinaría la aplicación de la ley estatal.

No obstante el art. 2 LCoop establece dentro de su ámbito de aplicación “*las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal*”. El criterio empleado para la delimitación del ámbito de aplicación en la LCoop difiere del utilizado por el TC pues en caso de que una sociedad cooperativa desarrolle su actividad típica en varias comunidades (siempre y cuando en una lo haga con carácter principal) no se aplicará la Ley estatal. Como señala PANIAGUA, esta

⁶⁴ *Ibidem.*, p. 54.

modificación fue fruto de la existencia de un amplio consenso político al elaborar la Ley con respecto a la necesidad de evitar que las sociedades cooperativas quedaran sujetas a la Ley estatal en caso de desarrollar parte de su actividad típica en el territorio de más de una Comunidad. Pese a haberse separado del criterio del TC, el cambio es realizado por el legislador competente y por tanto no vemos argumentos para sostener su inconstitucionalidad (como algunos autores han planteado)⁶⁵.

En cuanto a la concreción del concepto jurídico indeterminado de “*con carácter principal*” entendemos que hay que aplicar tanto un criterio cuantitativo como uno cualitativo. Cuantitativo porque la actividad para ser principal tiene que ser porcentualmente superior a la realizada en otras comunidades para que se aplique la normativa de la Comunidad, y este margen debe ser significativamente amplio. En segundo lugar hay que aplicar un criterio cualitativo pues el desarrollo de la actividad debe realizarse efectivamente y de forma material en la Comunidad sin que se puedan buscar intencionadamente porcentajes de actividad en otras comunidades para eludir la legislación autonómica dado que sería un fraude de ley⁶⁶.

La LSCA delimita su ámbito de aplicación siguiendo el criterio marcado por la LCoop (art.3 LSCA), por tanto no se produce conflicto normativo alguno. Los problemas generados por la distribución competencial no provienen del ámbito de aplicación, ya que el criterio elegido por el legislador estatal ha sido asumido por todas. El origen se encuentra más bien en la disparidad de regímenes aplicables, que presentan profundas diferencias en función de la Comunidad Autónoma en la que se halle la cooperativa. Entre otras podemos señalar la existencia o no de limitación de la responsabilidad de los socios, el carácter rehusable de la solicitud de reembolso y la posibilidad de transmisión de las aportaciones al capital social. Estas diferencias desde un punto de vista técnico jurídico plantean la dificultad de conciliar los distintos regímenes cooperativos con la legislación estatal en materia contable, tributaria y concursal⁶⁷. Desde la perspectiva de la política legislativa, debemos mencionar el conocido como fenómeno del “*forum shopping*”. Al

⁶⁵ PANIAGUA ZURERA, M., “*La normativa aplicable a las sociedades cooperativas de crédito y a la actuación del Tribunal Constitucional como legislador positivo*”, Derecho Privado y Constitución, nº 20, 2006, pp. 295-296.

⁶⁶ PANIAGUA ZURERA, “*La sociedad cooperativa...*”, ob. cit., p.62.

⁶⁷ En relación a los problemas vinculados a la conciliación de la normativa cooperativa con la regulación contable y tributaria v. ALFONSO SÁNCHEZ, R., “*La legislación española sobre cooperativas y sociedades laborales: ¿una respuesta adecuada a las necesidades del sector?*”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 20, 2009, pp. 17-21. Consultado en edición digital, disponible en: <http://www.ciriec-revistajuridica.es/>.

haber diferencias de tanto calado entre los ordenamientos autonómicos algunas sociedades cooperativas optan por establecerse en una Comunidad u otra en busca de la legislación más favorable. Como consecuencia los distintos legisladores autonómicos pugnan por atraer a estas cooperativas a sus respectivos territorios. Esto redundaría en el debilitamiento de los principios cooperativos, fenómeno al que no es ajeno el régimen cooperativo andaluz, como tendremos oportunidad de explicar a lo largo de nuestro estudio⁶⁸.

VI. EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.

1. La finalidad del derecho concursal y las últimas reformas de la Ley concursal

Antes de abordar el estudio de las particularidades de las sociedades cooperativas en el concurso de acreedores debemos exponer sucintamente la finalidad del Derecho concursal y las reformas más recientes, que se han sucedido en un brevísimo lapso de tiempo.

Como consecuencia de la actual crisis económica el Derecho concursal ha sido reformado en repetidas ocasiones con la voluntad de evitar que la gran mayoría de procedimientos concursales se resuelvan con la liquidación de la empresa. El legislador ha procurado favorecer la continuidad de la actividad empresarial que es más beneficiosa tanto para los acreedores, que verían satisfecho su crédito con mayor probabilidad, como para el deudor y la sociedad en general. Por un lado, la destrucción del tejido productivo acarrea graves consecuencias sociales tales como el paro estructural, el envejecimiento de la población y la emigración. Por otro lado, la continuidad en el mercado de una empresa insolvente pone en riesgo la estabilidad financiera de las empresas que se relacionen con ésta y daña los intereses de sus acreedores. Consciente de ello el legislador establece el procedimiento concursal como instrumento legal para la reorganización de aquellas empresas que puedan ser viables o para gestionar su desaparición de una forma

⁶⁸ V. en relación al fenómeno del “*forum shopping*” en las sociedades cooperativas PANIAGUA ZURERA y JIMÉNEZ ESCOBAR, “*La necesidad de...*”, ob. cit., p. 68.

ordenada y justa para todos los acreedores en caso de que no sea posible continuar con la actividad⁶⁹.

Con el fin principal de crear nuevas soluciones y establecer incentivos para llegar a acuerdos que permitan la continuidad de la empresa se han realizado cinco reformas en sólo seis años que afectan al Derecho concursal. A la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LConc), hay que añadir el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica; la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial⁷⁰; y por último, el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

2. Las fases del procedimiento concursal

En el procedimiento establecido por la LConc podemos distinguir dos fases: la fase común y la fase final. La fase común o fase inicial comienza con la declaración formal del concurso por auto judicial y finaliza con la presentación del informe de la administración concursal sobre la masa activa y pasiva del concurso. Una vez entregado el informe al juez se da traslado a las partes que disponen de diez días para impugnarlo. Dependiendo de la resolución judicial se abrirá la fase final que puede ser de convenio, dando continuidad a la actividad empresarial, o de liquidación.

A) La fase común

Para que se inicie el concurso es necesario que se cumplan el presupuesto subjetivo, el presupuesto objetivo y el requisito formal de presentación de la solicitud y declaración judicial. El presupuesto subjetivo no plantea grandes problemas pues el

⁶⁹ ITURRIOZ DEL CAMPO, J., “*Los procesos concursales en situación de crisis: características de su aplicación a las sociedades cooperativas*”, REVESCO, nº 100, 2010, p. 138.

⁷⁰ Tramitado, este último, como Proyecto de Ley dando lugar a la publicación de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

concurso puede ser declarado “*respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*” ex art. 1.1 LConc. En cuanto al presupuesto objetivo viene determinado por la existencia de una situación de insolvencia, que se produce cuando “*el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*” como establece el art. 2 LConc. Como último requisito para que el juez pueda decidir sobre la apertura del procedimiento la LConc contiene en su art. 3 la legitimación activa para realizar la solicitud. En función de este artículo están legitimados “*el deudor y cualquiera de sus acreedores*” además de los socios que sean personalmente responsables y se excluye la posibilidad de que sea declarado de oficio. Si la solicitud es realizada por el deudor, el concurso es declarado voluntario y si lo solicita cualquier otro de los legitimados será concurso necesario.

En caso de que el juez declare el concurso nombrará en el mismo auto a la administración concursal que según el tipo de concurso ante el que nos encontremos realizará unas funciones u otras. En caso de concurso voluntario la función de la administración concursal es supervisar la actuación del deudor dando la autorización o confirmación a sus actos. En cambio, si el concurso es necesario, el deudor pierde las facultades de administración y disposición que pasan a ser ejercidas por la administración concursal.

El cometido principal de dicha administración en esta fase es la elaboración de un informe que servirá al juez para resolver si se inicia la fase de convenio o si por el contrario procede su liquidación. Una vez que el juez ha resuelto lo que procede finaliza la fase común y se abre la fase final.

B) La fase final

Como hemos dicho dependiendo de la decisión judicial esta fase podrá ser de convenio o de liquidación y presentan las siguientes notas características⁷¹.

a) Fase de convenio

Tiene como fin alcanzar un acuerdo voluntario entre el deudor y sus acreedores para satisfacer sus deudas. El convenio puede ser propuesto por el deudor o por los acreedores. Para que delibere y en su caso acepte el convenio se constituye la junta de acreedores que está presidida por el juez del concurso o administrador concursal y ejerce

⁷¹ ITURRIOZ DEL CAMPO, “*Los procesos concursales...*”, ob. cit., pp. 140-141.

las funciones de secretario el secretario judicial. A esta junta asisten los acreedores, el deudor concursado y los administradores concursales. El contenido del convenio que debe ser aprobado en la junta de acreedores puede incluir: quita, espera, oferta para la conversión de los créditos en otros activos, propuesta de enajenación de activos, plan de pagos y plan de viabilidad. Una vez acordado el convenio por la junta de acreedores se requiere aprobación mediante auto judicial a partir del cual es eficaz.

b) Fase de liquidación

Esta fase se inicia cuando la resolución judicial determina la apertura de la liquidación, bien porque no se ha aprobado el convenio, bien porque no se ha cumplido. Conlleva la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor que son asumidas por los administradores judiciales, el vencimiento anticipado de los créditos y la conversión en dinero de los que consistan en otras prestaciones.

VII. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

1. Una primera aproximación a los problemas que plantea la aplicación del derecho concursal a las sociedades cooperativas andaluzas

Nuestro sistema concursal busca satisfacer el interés de los acreedores de forma ordenada y lo más equitativamente posible, al mismo tiempo que toma en consideración otros intereses como son los de los trabajadores y la sociedad en general al ofrecer soluciones conservativas para la continuidad de la actividad empresarial. Sin embargo el régimen de las sociedades cooperativas y especialmente sus principios hacen que en éstas los intereses de socios y de trabajadores se den en unos mismos sujetos al mismo tiempo (como sucede en las cooperativas de trabajo).

El principio de puertas abiertas o de libre adhesión y baja voluntaria⁷² se traduce en el reconocimiento de un derecho de reembolso a favor de los socios por sus aportaciones al capital social *ex art. 60 LSCA*. Los socios, cuando causan baja, adquieren un derecho de crédito frente a la cooperativa por el valor de sus aportaciones al capital

⁷² Tradicionalmente este principio ha sido denominado como el principio de “puertas abiertas” sin embargo en la vigente ley de sociedades cooperativas andaluzas se utiliza el término “libre adhesión y baja voluntaria”, v. art. 4.a) LSCA.

social⁷³, de modo que ostentan, según parte de la doctrina, la doble condición de socios y acreedores (cuestión que discutiremos más adelante).

Por otro lado, los socios cooperativistas están obligados a participar en la actividad cooperativa que desarrolla la entidad para el cumplimiento de su fin social (letra b del art. 20 LSCA), que es la concreción del principio del mismo nombre formulado por el art. 4.d). Esto implica que los socios no se limitan a percibir un rendimiento por su aportación al capital social sino que además participan en la actividad prestando su trabajo o aportando bienes y servicios en función del tipo de actividad que desarrolle la sociedad cooperativa. Como consecuencia de dicha actividad cooperativa los socios a la vez que participan en la toma de decisiones de la cooperativa por el principio de gestión democrática⁷⁴, podrán actuar como acreedores, trabajadores o consumidores, según el tipo de cooperativas ante el que nos encontremos.

El carácter poliédrico de la posición jurídica de los socios de las cooperativas, derivado de la peculiar forma en la que la cooperativa organiza su actuación económica, unida a su peculiar estructura financiera, genera considerables problemas interpretativos a la hora de aplicar el Derecho concursal a las cooperativas andaluzas en situación de insolvencia. Éstos abarcan desde el momento de la solicitud, pasando por la calificación de créditos y delimitación de la masa concursal, hasta la liquidación y distribución del haber social.

Poco a poco iremos analizando cada una de las peculiaridades de las sociedades cooperativas andaluzas. Comenzaremos nuestro estudio por los sujetos legitimados para solicitar la declaración del concurso, que son: los acreedores, el deudor y, en caso de responder personalmente de las deudas, los socios.

2. El acreedor

Es el solicitante de la mayor parte de los concursos necesarios, sobre todo porque hay un mayor número de sociedades capitalistas que personalistas, y sólo en estas últimas el socio responde personalmente de las deudas y por tanto está legitimado para solicitar

⁷³ No tienen derecho al reembolso de su aportación íntegra en todo caso ya que antes deben practicarse las deducciones que correspondan por el órgano de administración que comunicará la liquidación efectuada y el importe a reembolsar al socio que cause baja.

⁷⁴ V. art. 4.b) LSCA.

el concurso. Pero no es la única causa, la LConc carece de incentivos para que los socios tomen la iniciativa a la hora de solicitar la declaración del concurso. Sin embargo los acreedores encuentran importantes estímulos para realizar la solicitud, tales como: la consideración como crédito privilegiado del derecho de crédito del solicitante hasta la mitad de su importe (art. 91.7º LConc), la obligación del deudor de consignar el importe del crédito en caso de oponerse a la solicitud (art. 19.2 LConc), y la consideración como créditos contra la masa de las costas y gastos en caso de ser declarado el concurso (art. 20.1 LConc)⁷⁵.

A tenor de lo dispuesto en el art. 3.1 LConc, está legitimado para solicitar la declaración de concurso “*cualquiera de sus acreedores*”. Ahora bien, según el art. 7.1 LConc, para ejercitar la acción “*deberá expresar en la solicitud el título o hecho en el que de acuerdo con el artículo 2.4 funda su solicitud*”. En el primer caso (cuando funda su derecho en un título) deberá acreditarlo mediante prueba documental y en el segundo caso (cuando deba acreditar alguno de los hechos recogidos en el 2.4 LConc) servirá cualquier medio de prueba admitido en derecho, aunque no es suficiente por sí sola la prueba testifical. Los socios que sean titulares de un derecho de crédito frente a la cooperativa estarán legitimados para solicitar la declaración del concurso al igual que cualquier otro acreedor *ex art. 3.1 LConc*.

A) Las personas especialmente relacionadas con el deudor

Como hemos señalado anteriormente, una de las consecuencias más beneficiosas para el acreedor solicitante del concurso es la atribución del carácter de privilegiados a sus créditos hasta en un cincuenta por ciento de su importe *ex art. 91.7º LConc*. Sin embargo el mismo precepto indica que dicha consecuencia sólo es aplicable a los créditos que no tengan consideración de subordinados y los que son titularidad de personas especialmente relacionadas con el concursado la tienen. Si el socio acreedor del concursado (o una sociedad del mismo grupo empresarial o los socios comunes de esta última que reúnan los requisitos del art. 93.2.1º LConc) ostenta al menos un diez por ciento del capital social sus créditos por préstamos o actos de análoga finalidad tendrán

⁷⁵ MELERO BOSCH, L. V., “*Los supuestos especiales de legitimación activa para la solicitud de concurso necesario*”, Revista de Derecho concursal y paraconcursal, nº 13, 2010, p. 160.

el carácter de subordinados y los demás créditos mantendrán la calificación que les corresponda.⁷⁶.

Esta situación se da con gran frecuencia en cooperativas con pocos socios suponiendo un grave perjuicio, ya que al cobrar después de satisfacer íntegramente a los acreedores privilegiados y ordinarios las posibilidades de que un acreedor subordinado vea satisfecho su crédito son muy pocas. La razón legal de esta medida es que se considera que las personas especialmente relacionadas con el concursado, recogidas en el art. 93 LConc, pueden ser culpables de desplazar el riesgo concursal sobre los restantes acreedores. Esta presunción se realiza de forma automática y con independencia de la conducta del deudor y por ello ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina que ha llegado a cuestionar incluso la constitucionalidad de la medida⁷⁷.

El hecho de perjudicar de tal forma a los acreedores especialmente vinculados con el deudor persona jurídica sin posibilidad de impugnación y sin condicionarlo a la existencia de dolo o fraude es discutible, desde un punto de vista político-legislativo. Pero en el caso de las cooperativas, esta medida resulta especialmente injusta cuando poseer más del diez por ciento de su capital social no se traduce en un mayor control de ésta, como sí ocurre en las sociedades de capital. En las sociedades cooperativas, debido al principio de gestión democrática y a la primacía del trabajo sobre el capital, los derechos políticos no son proporcionales a las aportaciones realizadas al capital social. Cada socio común tiene derecho a un voto, sin perjuicio de la posibilidad de las sociedades cooperativas de servicios de optar por el voto plural según prevé el art. 102.1 LSCA⁷⁸. Luego, el socio cooperativista y acreedor, verá enormemente mermada la posibilidad de ver satisfechos sus créditos y no encontrará incentivo para solicitar el concurso. Aunque no tenga un especial control sobre la toma de decisiones de la cooperativa que permita fundadamente suponer que pueda ser tratado de forma privilegiada por el deudor frente al resto de acreedores.

⁷⁶ V. art. 92.5º en relación con el art. 93.2.1º LConc.

⁷⁷ FAJARDO GARCÍA, I. G., “*La masa activa y pasiva en el concurso de las cooperativas*”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 16, 2005, pp. 53-54.

⁷⁸ En los últimos años hemos asistido a un progresivo acercamiento del régimen de las sociedades cooperativas al de las sociedades mercantiles de capital para obtener mayores beneficios y ser más competitivas en el mercado. La contrapartida de estas medidas ha sido el desdibujamiento del tipo societario que ha perdido algunos de sus rasgos diferenciadores. La posibilidad de optar por el voto plural en las sociedades cooperativas de servicios es un claro ejemplo pero hay muchos más en la LSCA, que iremos comentando conforme vayan apareciendo en nuestro estudio.

B) El derecho de reembolso y el dudoso carácter de acreedor del socio por sus aportaciones al capital social

A la hora de determinar los legitimados para solicitar el concurso, en condición de acreedores, cuando el deudor es una sociedad cooperativa andaluza hay una cuestión que debe ser tratada y sobre la que hay gran confusión en la doctrina. Nos referimos a la naturaleza jurídica del derecho de reembolso por las aportaciones efectuadas al capital social por parte de los socios.

En virtud del art. 60.1 LSCA “*las aportaciones sociales confieren a la persona socia que las desembolsa el derecho a su reembolso en caso de baja*”, lo que ha provocado que parte de la doctrina haya llegado a defender que el capital social no opera como tal en las cooperativas sino que tiene un carácter análogo al de un préstamo⁷⁹. Más adelante trataremos en profundidad las particularidades del capital social de las sociedades cooperativas pero lo que analizaremos en este momento es si el derecho de reembolso confiere a los socios el carácter de acreedores legitimados para realizar la solicitud de declaración del concurso.

Como establece el precepto antes citado, el reembolso es un derecho que se confiere a la persona socia que desembolsó las aportaciones sociales “*en caso de baja*”. Luego la obligación no nace hasta que se ha dado el presupuesto necesario, que es la pérdida de la condición de socio⁸⁰. Entendemos que un socio no ostentará la legitimación activa en el concurso en virtud de su derecho de reembolso pues para que nazca el crédito deberá causar baja. En tal caso, sí que estará legitimado pero en calidad de acreedor exsocio⁸¹.

⁷⁹ GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ califica como “*prestamistas*” a los socios por sus aportaciones al capital social en: GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C., “*Estudio del régimen económico y de la contabilidad de la empresa cooperativa en relación con la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas*”, 1988, Documentos de trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, nº 31, p. 7. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/24340/>. Asimismo BEL DURÁN y FERNÁNDEZ GUADAÑO consideran el capital social en las cooperativas como un “*préstamo especial*”, BEL DURÁN, P. y FERNÁNDEZ GUADAÑO, J., “*La financiación propia y ajena de las sociedades cooperativas*”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 42, 2002, p. 114.

⁸⁰ PRIMITIVO BORJABAD, G., “*Una primera aproximación al concurso de la sociedad cooperativa andaluza*”, Anuario de la Fundación Ciudad de Lleida, nº 16, 2005, pp. 115-116.

⁸¹ VARGAS VASSEROT defiende que hasta que el acuerdo del Consejo Rector sobre la liquidación de las aportaciones es firme y transcurre el tiempo para su pago el crédito no es exigible. Es entonces cuando se convierte en verdadero acreedor de la sociedad. V. VARGAS VASSEROT, C., “*El derecho de reembolso del socio en caso de baja y el concurso de las sociedades cooperativas*”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 21, 2010, p. 7.

3. El deudor y la obligación de solicitar el concurso

A tenor del art. 3 LConc el deudor es uno de los legitimados para solicitar el concurso. Al hacerlo, el concurso adquiere el carácter de voluntario, con importantes consecuencias sobre las facultades de los administradores que en principio pueden gestionar la sociedad y disponer de sus bienes aunque con la supervisión de la administración concursal.

Dado que la sociedad cooperativa es una persona jurídica, el órgano competente para realizar la solicitud en su nombre es su órgano de representación⁸². Éste es el consejo rector en aquellas cooperativas con más de diez socios comunes, o la administración única o administración solidaria cuando tengan diez o menos socios comunes y hayan optado por uno de estos modos de organizar la administración (art. 36 LSCA). No se exige acuerdo previo de la asamblea general, si bien los socios pueden solicitar a los administradores la convocatoria de la asamblea general Extraordinaria en la que podrán incluir en el orden del día la solicitud del concurso de acuerdo con el art. 29.2 LSCA. En caso de aprobarse, el órgano de administración se verá obligado a solicitar el concurso voluntario.

El deudor tiene el derecho de realizar la solicitud de concurso para así poder reorganizarse o, en caso de no ser viable la continuidad de la actividad empresarial, gestionar su desaparición de una forma ordenada. Dicha solicitud podrá fundarla en su insolvencia actual o inminente *ex art. 2.3 LConc*.

A diferencia de los demás legitimados, esta facultad no sólo es un derecho sino que bajo determinadas circunstancias, recogidas en el art. 2.4 LConc, es una obligación. En caso de incumplirse se producirán importantes consecuencias jurídicas para los administradores. El plazo con el que cuenta el deudor para solicitar la declaración de concurso es de dos meses desde que “*hubiera conocido o debido conocer*” la situación de insolvencia (art. 5.1 LConc). Para mayor seguridad jurídica el legislador ha señalado una serie de circunstancias reveladoras de la situación de insolvencia, ya que es un concepto jurídico indeterminado sujeto a un amplio margen de interpretación. Así pues, se presumirá que el deudor ha conocido o debido conocer su situación de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los supuestos contenidos en el art. 2.4 LConc que son: “*1º El*

⁸² V. párrafo segundo del art. 3.1 LConc.

sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 2º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 3º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. 4º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades”.

Estas presunciones legales admiten prueba en contrario y la lista de supuestos debe entenderse como de *numerus apertus*, ya que cualquier circunstancia que revele que el deudor conocía o debía haber conocido su estado de insolvencia y no solicitó el concurso permitiría considerar producido el incumplimiento de la obligación. Para ello servirá cualquier medio de prueba admisible en derecho.

La consecuencia jurídica del incumplimiento de la obligación de solicitar el concurso será la presunción, salvo prueba en contrario, de la existencia de dolo o culpa grave en la actuación del deudor (art. 165.1º LConc). Si además ésta hubiera generado o agravado la situación de insolvencia el concurso se calificará como culpable. Es decir, la realización del supuesto de hecho contemplado en el primer apartado del art. 165 LConc conlleva la presunción de la existencia del elemento subjetivo, que es el dolo o culpa grave, pero no el resto de requisitos que deben ser demostrados para que finalmente sea calificado como concurso culpable⁸³.

La calificación debe realizarse mediante sentencia, que contendrá los pronunciamientos relativos a: la determinación de las personas afectadas por la calificación, los posibles cómplices, la inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar a cualquier persona por un período de dos a quince años según la gravedad de los hechos, la pérdida de cualquier derecho como acreedores concursales o de la masa, la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa y a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172 LConc). Además de la prohibición de desarrollo de

⁸³ SACRISTÁN BERGÍA, F., “El riesgo de responsabilidad del órgano de administración de las cooperativas en situaciones de insolvencia, y de pérdidas patrimoniales”, REVESCO, nº 89, 2006, pp. 159-160.

actividades empresariales mientras dure el período de inhabilitación ex art. 13.2 C. de c.⁸⁴.

Cuando la sección de calificación es formada o reabierta a raíz de la apertura de la fase de liquidación el juez podrá condenar a todos o algunos de los administradores⁸⁵, *“que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”* (art. 172.1.bis LConc). En caso de que la condena recaiga sobre más de una persona, *“la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”* (párrafo tercero del art. 171.1.bis LConc).

El legislador autonómico ha querido llegar más lejos, estableciendo en el párrafo segundo del art. 79.3 LSCA que: el incumplimiento de la obligación de solicitar la declaración de concurso, determinará la responsabilidad solidaria de los administradores, por todas las deudas sociales generadas a partir del mes siguiente a que se constate la causa que justifica la declaración de concurso. Como podemos apreciar, la responsabilidad a la que se somete a los administradores de las sociedades cooperativas andaluzas, como consecuencia de la inobservancia de la obligación de solicitar el concurso, es considerablemente más elevada que la fijada por la LConc.

En primer lugar, porque no se requiere la existencia de dolo o culpa grave en la actuación de éstos, ni la generación o agravación del estado de insolvencia. En segundo lugar, porque tampoco se determina el grado de participación en los hechos de los administradores. Por el contrario se establece una responsabilidad objetiva, que opera automáticamente al incumplir la obligación de solicitar el concurso. Directamente se les hace responsables *“de todas las deudas sociales generadas a partir del mes siguiente a que se constate la causa que justifica la disolución o declaración de concurso”*.

⁸⁴ *“No podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales: 2.º Las personas que sean inhabilitadas por sentencia firme conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación.”*

⁸⁵ En este epígrafe nos centramos en la responsabilidad de los administradores pero la condena es extensible a otros sujetos como los *“liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165”* (art. 171.1.bis LConc).

Consideramos que resulta excesiva la responsabilidad fijada por la LSCA y vemos más lógica la regulación contenida en la LConc que, además de exigir el requisito del dolo o culpa grave, permite a los administradores impugnar las presunciones legales. También requiere, a diferencia de la LSCA, que la actuación de éstos haya generado o agravado el estado de insolvencia y obliga a que se individualice su grado de participación.

Por otro lado, consideramos que en este punto podría plantearse un posible conflicto competencial. Dado que los títulos competenciales en los que se apoya la LConc son los contenidos en los apartados 6º y 8º del art. 149.1 CE (disp. final 32ª LConc), que atribuyen dichas materias en exclusiva al Estado, podría estar vulnerándose la competencia estatal en materia civil o mercantil.

4. El socio y la responsabilidad ante las deudas sociales: los casos particulares de la sociedad cooperativa en constitución e irregular

La ley no habilita al socio para solicitar la declaración de concurso salvo que responda personalmente de las deudas de la sociedad *ex art. 3 LConc*. Como hemos visto en los epígrafes anteriores el acreedor que además es socio está legitimado para realizar la solicitud en virtud de su condición de acreedor del deudor. También puede un grupo de socios compeler al órgano de administración a convocar la asamblea general extraordinaria para que, si se aprueba, deban solicitar el concurso. Pero en ninguno de los casos expuestos la legitimación se funda en la condición de socio.

Para determinar si el Derecho concursal atribuye a los socios cooperativistas la legitimación activa en la declaración del concurso, tendremos que estudiar el régimen de responsabilidad de éstos por las deudas sociales. En caso de responder personalmente estarán legitimados y en caso contrario no ostentarán dicha facultad a tenor de lo establecido en el art. 3.3 LConc.

Esta cuestión tiene fácil solución cuando la sociedad cooperativa ha sido válidamente constituida e inscrita. La LSCA establece la plena responsabilidad limitada de los socios, tanto frente a deudas sociales (art. 53.2) como ante la imputación de pérdidas (art. 69.2). No era así en la LSCA de 1999, en la que había que diferenciar entre la *responsabilidad por las relaciones societarias externas y las internas*. En las

relaciones societarias externas o con terceros los socios, al igual que ahora, no respondían por las deudas sociales. Mientras que en las *relaciones societarias internas*, es decir, en las relaciones entre la cooperativa y sus socios, el socio usuario respondía de forma ilimitada de una parte de las deudas sociales frente a la sociedad cooperativa cuando los resultados cooperativos generaban pérdidas⁸⁶. En la vigente LSCA no se mantiene esta diferenciación sino que opta por la plena limitación de la responsabilidad. No obstante, hay dos supuestos en los que debido a la especialidad o transitoriedad de la situación de la sociedad el régimen de responsabilidad se ve alterado. Nos referimos a los casos particulares de la sociedad cooperativa en constitución e irregular.

A) La sociedad cooperativa en constitución

La sociedad puede iniciar la actividad en que consiste su objeto social desde la celebración de la asamblea constituyente, aunque no haya sido inscrita en el Registro de Cooperativas Andaluzas (RCA). Si bien, debe solicitar la inscripción registral en un plazo máximo de seis meses a partir de la celebración de dicha asamblea (art. 9.3 LSCA) para formalizar su constitución.

Desde la asamblea constituyente hasta su inscripción, o hasta que transcurra el plazo de seis meses sin inscripción, la cooperativa tiene un régimen particular. Esta situación transitoria afecta a la responsabilidad de los socios, de los gestores, a la denominación empleada al relacionarse con terceros e incluso a la personalidad jurídica.

En palabras del legislador, la responsabilidad de los socios por la actividad de la cooperativa *en constitución*⁸⁷ será la siguiente: “*durante este período, la responsabilidad de las personas socias por la actividad desplegada será ilimitada y solidaria*” (art. 9.3 LSCA). Mientras que los socios sólo responden con sus aportaciones al capital social por

⁸⁶ PANIAGUA ZURERA, M., “*Notas críticas a la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas*”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 24, 2013, pp. 43-44.

⁸⁷ Es el término que utiliza el legislador para designar a las sociedades cooperativas que han celebrado la asamblea constituyente pero no han sido inscritas y no han devenido irregulares por el transcurso de seis meses sin formalizar su constitución.

las deudas y pérdidas de la sociedad cuando ésta ha sido inscrita⁸⁸, en las sociedades cooperativas en constitución sus socios tienen una responsabilidad ilimitada y solidaria.

En segundo lugar, la ley les obliga a acompañar en sus relaciones con terceros la expresión *en constitución* (art. 9.3 LSCA), para dar publicidad a una situación que no podría conocerse de otro modo por no aparecer inscrita en el RCA.

Por último, en virtud del art. 9.2 LSCA, las personas gestoras responden “*solidariamente ante la sociedad cooperativa de las actividades realizadas para la constitución*”, de las que deben dar cuenta en el mes siguiente a la inscripción. Se trata de una responsabilidad interna, entre los partícipes del contrato de sociedad, por ello responderán ante la sociedad cooperativa, mientras que la responsabilidad de los socios es externa, responden por las deudas sociales ante los acreedores. La asamblea general podrá aceptar o rechazar los actos y contratos realizados o celebrados en su nombre por los gestores antes de la formalización de la constitución en el plazo de dos meses desde la inscripción de la sociedad cooperativa. Ahora bien, el artículo citado obliga a que se acepten aquellos que sean “*indispensables para su inscripción, así como aquellos que respondan a un mandato específico de la Asamblea constituyente*”. A tenor de este precepto, aquellos actos y contratos realizados o celebrados en nombre de la cooperativa, no incluidos en los dos supuestos previstos por la ley, podrán no ser aceptados por la asamblea general discrecionalmente. Esto implica que los gestores podrían ser obligados a responder ante la sociedad por los actos realizados incluso en el desarrollo del objeto social, siempre que no haya sido en cumplimiento de un mandato específico de la asamblea constituyente. La aceptación o no aceptación no afecta a la responsabilidad frente a terceros que se relacionen con la sociedad, que será en todo caso de la sociedad cooperativa por ser la única titular de dichas obligaciones. Tampoco afectará a la validez de actos y contratos, que se verá inalterada y obligará a la sociedad incluso en caso de no ser aceptados. De lo contrario se perjudicaría el interés de aquellos que contrataron con la sociedad. La consecuencia de la no aceptación será que la sociedad cooperativa dispondrá de una acción de repetición frente a los gestores por las obligaciones derivadas de actos o contratos no aceptados.

⁸⁸ V. art. 53.2 LSCA respecto a la responsabilidad por deudas y 69.2 LSCA respecto a la imputación de pérdidas a los socios.

El legislador ha querido de este modo proteger a los socios frente a posibles extralimitaciones de los gestores durante el período de tránsito hasta la definitiva constitución de la sociedad. Recordemos que mientras la sociedad esté en constitución los socios responden ilimitada y solidariamente frente a las deudas sociales. Así que es comprensible el mayor grado de control otorgado por el legislador a la sociedad. Sin embargo, es sorprendente que se permita a la sociedad iniciar la actividad en que consista su objeto social desde la celebración de la asamblea constituyente pero la asamblea general pueda no aceptar los actos realizados por los gestores a tal fin. Parece un contrasentido de la ley y podría llevar al abuso del derecho por parte de los socios.

B) La sociedad cooperativa irregular

De no realizarse la inscripción en el plazo de seis meses la cooperativa devendrá irregular y tendrá un régimen especial contenido en el art. 8 RSCA. Sin necesidad de esperar a que transcurran los seis meses, la sociedad también puede ser considerada irregular si se verifica la voluntad de no inscribirla. Cuando se dé alguno de estos dos supuestos *“todo socio o socia podrá instar la disolución de la sociedad en constitución y exigir, con la liquidación del patrimonio social, la restitución de las aportaciones que haya efectuado”* (art. 8.1 RSCA). Con el fin de incentivar a los socios para instar la disolución de la sociedad cooperativa, el RSCA prevé un régimen de responsabilidad agravada en el art. 8.2: *“los socios y socias responderán de los actos y contratos realizados en nombre de la sociedad cooperativa, personal, ilimitada y solidariamente”*.

Aunque no aparezca expresamente recogido ni en el reglamento ni en la ley, entendemos que la única solución frente a esta situación de irregularidad no es la disolución. Análogamente a lo dispuesto para las sociedades de capital⁸⁹, la sociedad cooperativa irregular debería poder regularizar su situación mediante la inscripción en el RCA⁹⁰. Inscrita la sociedad se formalizaría finalmente la constitución y dejaría de serle aplicable el art. 8 RSCA.

⁸⁹ V. 39.2 TRLSC.

⁹⁰ La razón de prever un régimen específico para la sociedad devenida irregular (tanto en las sociedades de capital como en las cooperativas) es la constatación o presunción de que los socios no tienen la voluntad de finalizar el proceso de constitución. En consecuencia, si los socios desean formalizar la inscripción deberían estar facultados.

El régimen previsto por el Reglamento para las sociedades cooperativas devenidas irregulares nos plantea dos consideraciones. En primer lugar, el régimen previsto en el Reglamento es idéntico al de las sociedades cooperativas en constitución. La única diferencia que encontramos es la previsión de la posibilidad de instar la disolución de la sociedad por los socios, pero su régimen de responsabilidad es idéntico. En segundo lugar, desde el punto de vista formal, el legislador no debería haber remitido la regulación del régimen de la sociedad cooperativa irregular al Reglamento de desarrollo. Especialmente teniendo en cuenta que afecta a la responsabilidad de los socios frente a terceros con los que se relacione la sociedad cooperativa.

C) La personalidad jurídica de la sociedad y la responsabilidad del socio

Una vez inscrita en el Registro de Cooperativas Andaluzas la sociedad cooperativa goza de personalidad jurídica en virtud del art. 9.1 LSCA. *Sensu contrario* podría interpretarse que hasta que no se produce la inscripción la sociedad, a pesar de haber celebrado la asamblea constituyente, no tiene personalidad jurídica como sociedad cooperativa. No obstante, esa solución no tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico, regido por el principio de libertad de forma. Debido a este principio debemos reconocer la eficacia *inter partes* del pacto constituyente. En otras palabras, parece claro que el contrato despliega sus efectos en su vertiente interna, que no es otra que la de determinar los derechos y obligaciones de las partes. Lo que puede ser más discutible es si produce efectos externos, o frente a terceros, ese pacto societario.

Según el profesor DÍAZ MORENO, el reconocimiento de la personalidad jurídica (a las sociedades mercantiles) “*supone que la sociedad goza de una personalidad distinta a la de los socios que la componen y que ella misma podrá ser titular de derechos y obligaciones, tendrá la consideración de comerciante, usará su propio nombre, tendrá un domicilio y una nacionalidad y será titular de un patrimonio propio con el que responderá de las deudas sociales*”⁹¹. Aunque el autor se refiere a las sociedades mercantiles todo lo anterior es aplicable a los demás tipos de sociedades salvo en lo relativo a la consideración de comerciante que dependerá del carácter mercantil de éstas. Asimismo DÍAZ MORENO advierte que la personalidad de las sociedades produce

⁹¹ DÍAZ MORENO, A., “*Las Sociedades Mercantiles*”, en Jiménez Sánchez, G. J. (coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 17ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p. 190.

efectos diversos según lo que establezca la concreta norma aplicable⁹². Por tanto, tendremos que acudir a la regulación concreta de la LSCA para saber si las sociedades cooperativas no inscritas tienen reconocida personalidad jurídica y con qué alcance.

En la citada ley vemos continuas referencias a los actos y contratos realizados por los gestores en nombre de la sociedad anteriores a su inscripción. Así pues el art. 8 establece que los gestores “*actuarán en nombre de la futura sociedad*”, el art. 9.2 determina que “*la Asamblea General deberá pronunciarse sobre la aceptación o no de los actos y contratos realizados o celebrados en su nombre*” y por último el art. 9.3 permite a las sociedades cooperativas “*iniciar la actividad en que consista su objeto social desde el momento en que celebren la asamblea constituyente*” con la condición de “*acompañar sus relaciones con terceros, la expresión en constitución*”.

Entendemos que la LSCA atribuye personalidad jurídica a las sociedades cooperativas en constitución, por los siguientes motivos. En primer lugar, permite a los gestores actuar en nombre de ésta y no en nombre propio. Dado que los gestores pueden realizar actos y celebrar contratos representando a la sociedad cooperativa, es titular de derechos y obligaciones⁹³, pudiendo actuar en el tráfico jurídico para desarrollar la actividad en que consista su objeto social. Finalmente, es titular de un patrimonio propio constituido por las aportaciones de los socios⁹⁴. La sociedad puede disponer de las aportaciones de los socios al capital social mientras está en constitución. Prueba de ello es el párrafo segundo del art. 5.3 del RSCA (relativo al procedimiento de constitución) que determina que “*Los gastos devengados por la constitución correrán de cuenta de la sociedad cooperativa*”.

Sin embargo, la personalidad jurídica de la sociedad cooperativa en constitución es básica o limitada, no despliega todos sus efectos hasta la inscripción. El efecto más importante, que se posterga hasta la inscripción, es la limitación de la responsabilidad por las deudas sociales. Dicha limitación supone la total separación entre los patrimonios de la sociedad y sus socios, debido a la incomunicabilidad de deudas. El legislador, con muy buen criterio, ha querido que el beneficio de que los socios respondan únicamente con las

⁹² *Ibíd*em, p. 190.

⁹³ A pesar de que se requiera una posterior aceptación, por parte de la asamblea general, de los actos y contratos realizados en su nombre, éstos son válidos. El hecho de no ser aceptados sólo afecta a la responsabilidad de los gestores frente a la sociedad, pero la sociedad quedará obligada.

⁹⁴ El art. art. 6.2.e) RSCA establece que el capital social estatutario debe estar suscrito en su totalidad en el acta de la asamblea constituyente y desembolsado al menos en un 50%, conforme a lo establecido en los artículos 54, 55 y 56 LSCA.

aportaciones suscritas al capital social frente a las deudas de la sociedad, se dé cuando ésta ha sido inscrita y por tanto goza de publicidad. Mientras la sociedad cooperativa esté en constitución no habrá incomunicación entre las deudas de la sociedad y el patrimonio de los socios y éstos responderán personalmente de las deudas sociales.

En virtud de esta interpretación la sociedad cooperativa en constitución tendría legitimación pasiva para ser declarada en concurso por reconocérsele personalidad jurídica. Para sostener esta afirmación nos basamos en los términos tan amplios en los que se ha formulado el presupuesto subjetivo en el art. 1 LConc. Si otorga legitimación pasiva a *“cualquier deudor, sea persona natural o jurídica”* e incluso a la herencia, consideramos que está justificada la inclusión de este tipo de sociedades en el supuesto de hecho⁹⁵. Además hemos de señalar que la LECiv establece que *“podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado”* (art. 6.2). En consecuencia los socios estarían legitimados activamente para solicitar la declaración por responder personalmente de las deudas sociales cuando la sociedad se encuentra en constitución (arts. 9.3 LSCA y 3.3 LConc). El secretario judicial, una vez solicitado el concurso, deberá practicar la inscripción de la sociedad cooperativa en el RCA a efectos de su debida publicidad registral conforme al art. 24.3 LConc.

Respecto a la sociedad cooperativa irregular, no queda clara en la ley la posibilidad de atribuirle personalidad jurídica y por tanto legitimación pasiva para ser declarada en concurso. El RSCA, al que se remite la Ley para la regulación del régimen de la sociedad cooperativa irregular, se limita a establecer la legitimación de todo socio para instar la disolución de la sociedad (art. 8.1) y la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria de los socios. Se echa en falta una mención expresa del legislador respecto al régimen que le es de aplicación como sí se hace para las sociedades irregulares en la Ley de Sociedades de Capital⁹⁶.

A pesar de esta indeterminación legal lo cierto es que la sociedad ha podido tener una presencia real en el tráfico, puede haberse relacionado con terceros. Negar su

⁹⁵ Art. 1 LConc: *“1. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica. 2. El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente”*.

⁹⁶ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

personalidad jurídica externa supondría la invalidez de los derechos adquiridos por los que contrataron con la sociedad. Pero el legislador, lejos de acoger esta última opción, admite la validez de dichos actos y determina que los socios responderán de los actos y contratos realizados en nombre de la sociedad cooperativa, personal, ilimitada y solidariamente. Este reconocimiento de la capacidad de realizar actos y contratos “*en nombre de la sociedad*” nos hace considerar que la LSCA también atribuye cierta personalidad jurídica en su vertiente externa a la sociedad cooperativa irregular. Al igual que en el caso de la sociedad cooperativa el reconocimiento legal de personalidad jurídica (aunque básica) otorgaría legitimación pasiva a la sociedad para ser declarada en concurso y la responsabilidad personal de sus socios les permitiría estar legitimados activamente para solicitarlo. De aceptarse esta posibilidad el secretario judicial debería practicar la inscripción de la sociedad en el RCA, como hemos defendido en el caso de la sociedad cooperativa en constitución.

VIII. LA DETERMINACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y PASIVA.

1. La determinación de la masa activa

Una vez declarado el concurso, la pieza fundamental del procedimiento concursal, en la cual se cimentará su posible solución, es la determinación de las deudas de las que debe responder el concursado. Es decir, la concreción de los acreedores de éste y de los créditos que ostentan contra él, que no es sino la delimitación de las masas activa y pasiva del concurso. Funciones que son encomendadas legalmente a la administración concursal, quien deberá realizar todas las actuaciones necesarias para la depuración de la masa de bienes y para el reconocimiento y clasificación de los créditos a satisfacer por el deudor. Dicha actuación se resumirá en el inventario de la masa activa y la lista de acreedores, que acompañarán al informe de la administración concursal con el resto de documentos previstos por los apartados 1 y 2 del art. 75 LConc.

El principio básico que rige en materia de formación de la masa activa es el de “*universalidad*”: deben ser incluidos en la masa activa del concurso todos los bienes patrimoniales del deudor existentes a fecha de la declaración de concurso y todos los posteriores, ya sea por continuación de la actividad o por recuperación de bienes que salieron indebidamente de su patrimonio.

Para poder determinar la masa activa han de tratarse tres cuestiones fundamentales: la determinación inicial de los bienes que la componen, la separación de los que no sean propiedad del deudor y la reintegración de aquellos que corresponda⁹⁷.

A) Concepto de masa activa

En virtud del principio de universalidad la LConc declara que “*constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquieran hasta la conclusión del procedimiento*” (art. 76.1 LConc).

En el siguiente apartado del mismo artículo, el legislador establece dos excepciones a la norma general. En caso de darse alguno de los siguientes supuestos, no se integrarían en la masa activa del deudor sino que la reducirían. En primer lugar, se exceptúan “*aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables*” (art. 76.2 LConc). La segunda excepción prevista por el legislador son los créditos con privilegios sobre los buques y aeronaves que podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio de las acciones que correspondan según su legislación específica (art. 76.3, párrafo primero). Ahora bien, la ejecución separada debe iniciarse en el año siguiente a la declaración del concurso. Si no el crédito no podrá ejecutarse de forma separada y será clasificado y graduado conforme a lo dispuesto en la LConc.

B) Separación de bienes de la masa activa.

En este punto la LConc ha utilizado una argumentación clara y sencilla. Comienza enunciando en su art. 80 el principio de la separación de los bienes que no pertenezcan al concursado. Inmediatamente después, fija en su art. 81 las posibles soluciones entre las

⁹⁷ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “*La determinación de la masa activa: aspectos sustantivos*”, en Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A., (coords.), Derecho Mercantil, vol. 10º, 15ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 313-329.

que puede optar el titular del bien que era susceptible de separación, pero ya no es posible porque ha sido enajenado antes de la declaración del concurso⁹⁸.

El principio de separación de los bienes que no son propiedad del concursado aparece recogido en la LConc de la siguiente forma: “*Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos*” (art. 80.1 LConc).

En caso de que alguno de dichos bienes no fuera susceptible de separación, porque hubiera sido enajenado por el deudor antes de la declaración de concurso a tercero de quien no pueda reivindicarse, el titular puede optar entre dos soluciones: “*exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación si todavía el adquirente no la hubiera realizado*” o, si no es posible o así lo prefiere el titular perjudicado, “*comunicar a la administración concursal, para su reconocimiento en el concurso, el crédito correspondiente al valor que tuvieron los bienes y derechos en el momento de la enajenación o en otro posterior, a elección del solicitante, más el interés legal*”. A dicho crédito le corresponderá ser clasificado como crédito ordinario.

C) Acciones de reintegración

Son acciones previstas por el legislador para rescindir aquellos actos realizados por el deudor, dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, que sean perjudiciales para la masa activa (art. 71.1 LConc). Su ejercicio se favorece notablemente mediante el establecimiento de una serie de presunciones legales sobre el perjuicio producido, que en algunos casos admitirán prueba en contrario y en otros no.

Se presume, *iuris et de iure*, el perjuicio patrimonial, “*cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso, excepto si contratasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente*” (art. 71.2 LConc).

⁹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “*Instituciones de Derecho Mercantil*”, vol. II, 36ª ed., Ed. Aranzadi, Madrid, 2013, p. 624.

En segundo lugar, los actos que se presumen perjudiciales pero admiten prueba en contrario son (art. 71.3 LConc): “1º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. 2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. 3º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso”.

En caso de que el acto que se pretende rescindir no se encuentre entre los supuestos antes mencionados, deberá probarse el perjuicio producido por quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LConc).

Ahora bien, la Ley establece, en su art. 71.5, que en ningún caso serán rescindibles los actos realizados por el deudor en el desarrollo de su actividad profesional o empresarial (en condiciones normales). Tampoco los comprendidos en leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados. En tercer lugar, prohíbe la rescisión de las garantías constituidas a favor de créditos de Derecho público y el FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en la normativa específica.

Al margen de las comentadas acciones rescisorias, podrá ejercitarse ante el juez del concurso cualquier otra acción de impugnación de actos del deudor que proceda conforme a Derecho (art. 71.6 LConc).

Para finalizar debemos señalar que el art. 71 bis LConc, introducido por el Real Decreto-Ley 3/2009⁹⁹, protege los acuerdos de refinanciación frente a las acciones de reintegración, bajo ciertas condiciones previstas en dicho artículo y al cual nos remitimos.

2. La determinación de la masa pasiva

La LConc comienza el Capítulo III, del Título IV, titulado “*de la determinación de la masa pasiva*”, distinguiendo entre créditos concursales, y créditos contra la masa. Los primeros constituyen la masa pasiva, mientras que los créditos contra la masa no

⁹⁹ Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

forman parte de ésta, en virtud del art. 84.1 LConc. Sólo los titulares de créditos concursales figurarán en la lista de acreedores, que estará referida a la fecha de solicitud del concurso y acompañará al informe de la administración concursal (art. 94.1 LConc). Aquellos que sean incluidos en dicho informe serán convocados a la junta de acreedores una vez abierta la fase de convenio y, en su caso, participarán en la fase de liquidación, una vez satisfechos los créditos contra la masa (arts. 118.1, 148.2 y 154 LConc).

A) Créditos contra la masa

Tradicionalmente se decía que los créditos contra la masa eran aquellos surgidos tras la declaración del concurso. Sin embargo en la redacción actual de la LConc se opta por una enumeración expresa, recogida en el art. 84.2 LConc, siendo éstos¹⁰⁰:

1.º Los créditos por salarios de trabajo efectivo devengados en los treinta días anteriores a la declaración de concurso, con el límite del doble del salario mínimo interprofesional. En este caso, como excepción a la regla, se consideran créditos contra la masa créditos nacidos con anterioridad a la declaración de concurso.

2.º Las costas y gastos judiciales derivados de la solicitud y declaración del concurso, adopción de medidas cautelares, así como por la publicación de las resoluciones judiciales y la asistencia y representación del concursado y la administración concursal durante la tramitación del procedimiento.

3.º Las costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que se inicien o continúen en interés de la masa.

4.º Los de alimentos del deudor y de las personas a las que tenga el deber legal de prestarlos.

5.º Los gastos generados por la continuación en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, entre los que deben incluirse los créditos laborales e indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral.

¹⁰⁰ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. “*Manual de Derecho Mercantil*”, vol. II, 19ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012, pp. 616-617.

6.º Los gastos que resulten de prestaciones a cargo del concursado en contratos con obligaciones recíprocas pendientes, que continúen en vigor tras el concurso. Además de los originados por obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento contractual.

7.º Los que correspondan a las cantidades debidas y de vencimiento futuro a cargo del concursado, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, rehabilitación de contratos, enervación de desahucios y en los demás previstos por la LConc.

8.º Los créditos que, en caso de rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por éste.

9.º Los que resulten de obligaciones válidamente contraídas por la administración concursal o, por el concursado sometido a intervención con la autorización de ésta.

10.º Los nacidos de obligaciones legales o de responsabilidad extracontractual del concursado, desde la declaración de concurso hasta su conclusión.

11.º La mitad de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería, concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el art. 71 bis o en la disposición adicional cuarta.

12.º Cualesquiera otros a los que la LConc atribuya tal condición. Por ejemplo, la retribución de los administradores concursales ex art. 34.1 LConc.

Aquellos créditos que se correspondan con alguno de los supuestos antes mencionados deberán ser satisfechos conforme al principio de “*prededucibilidad*”. Es decir, los administradores concursales deducirán de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa antes de pagar cualquier crédito concursal (154.1 LConc). Por tanto, los titulares de éstos verán asegurada la satisfacción de sus créditos con anterioridad a cualquier otro acreedor.

Ahora bien, salvo los créditos del primer apartado del art. 84.2 LConc, que se pagarán de forma inmediata, los créditos contra la masa serán satisfechos cuando corresponda según su vencimiento. Esto no impide que la administración concursal pueda alterar la regla del vencimiento si lo considera conveniente para el interés del concurso, siempre y cuando la masa activa sea suficiente para satisfacer la totalidad de los créditos contra la masa (art. 84.3 LConc). En ningún caso esta postergación puede afectar a los

créditos de los trabajadores, a los alimentos, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social¹⁰¹.

B) Créditos concursales

La clasificación de los créditos concursales es sin duda uno de los aspectos de mayor relevancia para los acreedores. En primer lugar, porque de la calificación de sus créditos dependerá, en gran medida, la posibilidad de cobrar en caso de liquidación. Pero también si se acordara un convenio pues el número de votos necesarios para su aprobación varía en función de la clasificación crediticia.

Como ya hemos señalado anteriormente, la finalidad principal del concurso es asegurar que los intereses de los acreedores del deudor insolvente se resuelvan de forma ordenada sin que unos se vean favorecidos en perjuicio de otros. Es por esto que el procedimiento concursal se rige por el principio *par conditio creditorum*, o el principio de la igualdad de tratamiento de los acreedores.

No obstante, el Derecho Concursal tradicional preveía un excesivo número de privilegios concursales que rompían con dicho principio y lo relativizaban. Hasta tal punto que sólo era predicable dentro de cada una de las categorías de acreedores, pero no entre ellas¹⁰².

Con la aprobación de la LConc se redujeron considerablemente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, al menos con respecto al régimen anterior. Aun así gran parte de la doctrina señala que es insuficiente para la verdadera realización del principio de la igualdad de tratamiento de los acreedores¹⁰³.

A tenor del art. 84.1 son créditos concursales todos los que no tengan la consideración de créditos contra la masa. Estos a su vez son clasificados a efectos del concurso en privilegiados, ordinarios y subordinados (art. 89.1 LConc), y dentro de los

¹⁰¹ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, “*Manual de Derecho...*”, ob. cit., p. 616.

¹⁰² *Ibidem*, p. 621.

¹⁰³ SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE consideran que, aunque el propósito de la LConc de reducir el número de excepciones se ha conseguido en parte, todavía son demasiadas y menoscaban el principio de igualdad de los acreedores, SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “*Instituciones de Derecho...*”, ob. cit., p. 629. Asimismo, BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ al comparar el Derecho Concursal español con el del resto de Europa, afirman que el legislador español no ha llegado tan lejos pero reconocen que el sistema actual es más razonable que el anterior, BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, “*Manual de Derecho...*”, ob. cit., p. 621.

privilegiados podemos distinguir: aquellos con privilegio especial (art. 90 LConc) y los que tienen un privilegio general (los recogidos en el art. 91 LConc).

Los créditos ordinarios son definidos negativamente en la Ley, como aquellos que no tengan la consideración de privilegiados ni de subordinados (art. 89.3 LConc). Así pues, comenzaremos explicando estos dos últimos tipos. Entendiendo que aquellos que no se encuadren ni en una ni en otra categoría tendrán la consideración de ordinarios.

a) Créditos privilegiados

Es la categoría, dentro de los créditos concursales, que disfruta de una mayor protección. La LConc, como hemos señalado, distingue por un lado los créditos con privilegio especial, que son aquellos que afectan a determinados bienes o derechos concretos y, por otro lado, los créditos con privilegio general, que afectan a la totalidad del patrimonio del deudor (art. 89.2 LConc)¹⁰⁴.

El pago de los primeros se efectuará con cargo a los bienes y derechos afectos. Como regla general mediante realización en subasta salvo dos excepciones previstas legalmente. Por un lado cuando, dentro del convenio y previa solicitud de la administración concursal o del acreedor, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago. Por otro lado, en caso de que la realización se efectúe fuera del convenio y el oferente satisfaga un precio superior al mínimo pactado pagando al contado o el valor de mercado con la aceptación expresa por parte del acreedor y el concursado (v. apartados 1 y 4 del art. 155 LConc).

Los créditos con privilegio general por su parte, son satisfechos con cargo al resto de bienes y derechos que conforman la masa activa¹⁰⁵ no afectos a privilegio especial o con su remanente (art. 156.1 LConc), pero antes que los ordinarios. El orden seguido en el pago será el establecido por el art. 91 LConc y si hubiera dos o más créditos dentro de un mismo tipo, de los mencionados en el citado artículo, se prorratearán *ex art.* 156.1 LConc.

El art. 90.1 LConc dispone que sean créditos con privilegio especial:

1º Los garantizados con hipoteca o con prenda sin desplazamiento sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados.

¹⁰⁴ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, “Manual de Derecho...”, ob. cit., p. 622.

¹⁰⁵ Una vez deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa.

2° Los garantizados con anticresis sobre los frutos del inmueble gravado.

3° Los refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

4° Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o compraventa a plazos de bienes muebles o inmuebles.

5° Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta sobre los valores gravados.

6° Los garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignoralos que estén en posesión del acreedor o de un tercero. En el caso de una prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente. La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso.

Por su parte, el art. 91 LConc establece que son créditos con privilegio general:

1° Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Así como, los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral. En todos los casos, devengados antes de la declaración de concurso.

2° Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.

3° Los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.

4º Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe.

5º Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. No obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el número 4.º de este artículo. Asimismo, la responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

6º Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación de acuerdo con el artículo 71.6 y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa.

7º Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe.

b) Créditos subordinados

Han sido regulados en la Ley como una categoría de créditos que se postergan en el procedimiento concursal con respecto a los ordinarios. En la página siguiente expondremos los supuestos de hecho que dan lugar a tal calificación, pero antes señalaremos los motivos que orientan la subordinación de estos créditos frente a los demás. En determinados casos dicha postergación se deberá a la falta de diligencia del acreedor (como en el apartado 1º del art. 92 LConc, cuando se da comunicación tardía o no se comunican los créditos). También por la menor consideración del crédito con respecto a los demás, porque así lo hayan pactado las partes (apartado 2º) o porque sean accesorios de otros créditos (apartado 3º); o bien por tener carácter sancionador, para así evitar que la sanción perjudique a los demás acreedores que no son responsables de la conducta del concursado (apartado 4º). En otros casos porque se presume una posible actuación fraudulenta por parte del acreedor especialmente relacionado con el deudor (apartado 5º del citado artículo). Finalmente como forma de reprobación la constatación de

que el titular del crédito ha obrado de mala fe o por la obstaculización del cumplimiento del contrato en perjuicio del concurso (apartados 6º y 7º respectivamente)¹⁰⁶.

Como se puede apreciar, en algunos de los supuestos contemplados por la LConc la subordinación sigue un criterio de calificación que podría ser considerado como objetivo¹⁰⁷. Cuestión que ha sido discutida por la doctrina, especialmente la imposibilidad de impugnación de la mencionada presunción de actuación en fraude de ley contenida en el art. 92.5¹⁰⁸.

Al margen de estas cuestiones sobre la idoneidad del criterio seguido por el legislador para catalogar los supuestos de subordinación de los créditos en el concurso, nos interesa conocer las consecuencias de ser clasificado como tal. En primer lugar, como ya hemos señalado, son créditos postergados y, si se abriese fase de liquidación, serían satisfechos en último lugar tras los créditos ordinarios (158.1 LConc). Los créditos que tuvieran el carácter de subordinados lo mantendrán sin que pueda aplicárseles el privilegio general previsto para los créditos del acreedor solicitante del concurso (art. 91.7 LConc). No computan para la aceptación de una propuesta de convenio (art. 124 LConc). Tampoco tienen derecho de voto, aunque sí pueden asistir e intervenir, en la junta de acreedores (cfr. arts. 118.1 y 122.1 LConc), ni de adhesión o voto en la tramitación escrita (cfr. arts. 115 bis.4 y 122.1 LConc). Aun así, quedarán sometidos al convenio en cuya aprobación no han participado. Si es consecuencia de la especial relación del acreedor con el concursado, se extinguirán las garantías que pudiera tener el crédito (art. 97.2 LConc). Por último, también cuando se trate de las personas especialmente relacionadas con el concursado, se presumirá *iuris tantum* que los actos dispositivos a título oneroso realizados en su favor son perjudiciales a efectos de su reintegración (art. 71.3.1º LConc)¹⁰⁹.

Son créditos subordinados los fijados en el art. 92 LConc:

1º Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido

¹⁰⁶ DÍAZ MORENO, A., “La masa pasiva. Los créditos concursales. Los créditos contra la masa”, en Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A., (coords.), Derecho Mercantil, vol. 10º, 15ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 367-368.

¹⁰⁷ SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Instituciones de Derecho...”, ob. cit., p. 633.

¹⁰⁸ FAJARDO GARCÍA, “La masa activa...”, ob. cit., pp. 53-54.

¹⁰⁹ DÍAZ MORENO, A., “La masa pasiva...”, ob. cit., pp. 377-378.

comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de ésta. Salvo las excepciones previstas en este mismo apartado.

2º Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados.

3º Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde ésta alcance. La finalidad del precepto es evitar que las obligaciones accesorias acaben perjudicando a los demás acreedores. Por ello se obliga a que se satisfaga en primer lugar el principal de los créditos¹¹⁰.

4º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias. También deben entenderse incluidos los créditos públicos por recargos administrativos, que tendrán la consideración de “*sanción*” a efectos concursales aunque en sentido técnico-jurídico no lo sean¹¹¹.

5.º Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo 93, con las excepciones comprendidas en el propio artículo 92.5.

6º Los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien haya sido declarado en sentencia parte de mala fe.

7º Los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.

¹¹⁰ V. BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, “*Manual de Derecho...*”, ob. cit., p. 625.

¹¹¹ V. Ibídem, p. 625, BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ señalan una serie de sentencias judiciales que apoyan esta idea, tales como: la SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 19 de enero de 2006; sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 23 de junio de 2005 (AC 2005/1079); sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 11 de abril de 2005 (AC 2005/1113) y la STS de 21 de enero de 2009 (RJ 2009\399).

IX. LA ESTRUCTURA FINANCIERA DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS ANDALUZAS

1. Planteamiento

La estructura financiera es el aspecto más relevante para los acreedores de las sociedades cooperativas pues determina los recursos económicos con los que contará para hacer frente al pago de sus deudas. En apartados anteriores ya hemos esbozado la complejidad del régimen económico de estas sociedades pero es ahora cuando nos vamos a acercar con mayor detenimiento.

Tal y como afirma la profesora FAJARDO GARCÍA las principales especialidades de las cooperativas con respecto a la formación de la masa concursal derivan de dos aspectos. En primer lugar, de la particular estructura financiera de la cooperativa caracterizada por un capital social variable como consecuencia del principio de puertas abiertas o de libre adhesión y baja voluntaria, la existencia del FRO con carácter irrepartible¹¹² hasta la transformación o liquidación de la sociedad y el FFS que es inembargable y, en todo caso, irrepartible. En segundo lugar, FAJARDO GARCÍA señala la especial naturaleza de la actividad económica desarrollada por la cooperativa ya que ésta gestiona bienes y fondos propiedad de sus socios¹¹³ en nombre propio, conformando lo que la doctrina denomina *masa de gestión*. Pero además las distintas leyes de cooperativas de nuestro ordenamiento (entre la que se encuentra la LSCA) permiten constituir secciones que gozan de autonomía de gestión y patrimonio separado para desarrollar actividades económicas específicas¹¹⁴.

No es objeto del presente trabajo realizar un exhaustivo análisis del régimen económico de las sociedades cooperativas andaluzas pues lo haría excesivamente extenso y perdería concreción. Por ello, al examinar su estructura financiera, nos ceñiremos al estudio de las cuestiones que de forma más directa afectan al concurso. Estas son: el capital social y su carácter variable y la inembargabilidad e irrepartibilidad de los fondos legales obligatorios.

¹¹² Parcialmente en el caso de las sociedades cooperativas andaluzas.

¹¹³ Al analizar la denominada masa de gestión explicaremos que esta afirmación no puede realizarse en todo caso.

¹¹⁴ FAJARDO GARCÍA, “*La masa activa...*”, ob. cit., p. 10.

2. El capital social

A) Particularidades del capital social en las sociedades cooperativas andaluzas frente a las sociedades de capital

El capital social en la sociedad cooperativa andaluza se forma con las aportaciones suscritas por los socios (art. 54.1 LSCA) y, si los hubiera, de los inversores (art. 25.1 LSCA). La LCoop permite que las participaciones especiales tengan la consideración de aportaciones al capital social cuando su vencimiento no tenga lugar hasta la aprobación de la liquidación de la cooperativa (art. 53). Sin embargo el legislador andaluz no ha querido emular en este punto a la Ley estatal y ha fijado que en ningún caso puedan formar parte del capital social dichas participaciones (art. 63.2 LSCA).

El art. 54 LSCA, relativo al capital social, comienza fijando una doble acepción para éste: la de capital social contable y la de capital social estatutario. El primero, según el citado artículo, es el resultante de las aportaciones suscritas en cada momento. Mientras que el segundo se corresponde con la parte del capital social contable que ha de reflejarse estatutariamente, mediante una cifra cuya variación se rige por los requisitos establecidos legalmente. Esta coexistencia del capital social real o material con la institución del capital social mínimo estatutario provoca que la propia noción de capital social sea ambigua¹¹⁵.

Un segundo aspecto que aporta complejidad al capital social de las sociedades cooperativas andaluzas es la existencia de tres clases de aportaciones: las aportaciones obligatorias, que deben ser realizadas necesariamente por los socios y pueden ser acordadas al constituirse la sociedad o con posterioridad (art. 55 LSCA); las aportaciones voluntarias, cuya suscripción resulta opcional (art. 56 LSCA); y las aportaciones de nuevo ingreso, las cuales son fijadas por la asamblea general para los aspirantes a socio o socia (art. 58.1 LSCA). El régimen de las aportaciones al capital social se complica aún más tras la última reforma de la LSCA que introduce la distinción entre aportaciones reembolsables y no reembolsables, que explicaremos en detalle en el punto c) del presente epígrafe.

A diferencia de las sociedades de capital, las sociedades cooperativas no tienen un capital social mínimo determinado legalmente. No obstante, éste debe ser fijado en los

¹¹⁵ PANIAGUA ZURERA, “*La sociedad cooperativa...*”, ob. cit., p. 243.

estatutos, estar suscrito en su totalidad y desembolsado al menos hasta la mitad (art. 54.2 LSCA). El capital social real, o contable, en las sociedades cooperativas andaluzas tiene carácter variable como consecuencia del principio de libre adhesión y baja voluntaria, que se manifiesta en el derecho de reembolso al causar baja. En caso de que el capital social contable quedara por debajo de la cifra de capital social estatutario, la ley obliga a que la asamblea general acuerde la reducción de este último (art. 54.2, párrafo segundo LSCA), es decir, sería necesaria una modificación de los estatutos. Éste era su único instrumento de anclaje hasta que el legislador andaluz incluyó en 2011 la posibilidad de establecer aportaciones cuyo reembolso es rehusable incondicionalmente por el órgano de administración.

La variabilidad del capital social además se ve compensada por la obligatoriedad de la participación de los socios en la actividad cooperativa (letra b del art. 20 LSCA) y especialmente con las reservas legales. El legislador siendo conecedor de la menor garantía que supone el capital social en las sociedades cooperativas ha exigido tradicionalmente una mayor dotación de reservas. Aunque, como hemos comentado con anterioridad, la tendencia seguida por la legislación cooperativa andaluza en las últimas reformas efectuadas ha sido la de aproximar su régimen al de las sociedades de capital¹¹⁶. Así pues, siguiendo criterios economicistas¹¹⁷, el legislador andaluz ha reducido significativamente el importe de las reservas legales en la reforma efectuada por la Ley 14/2011, de 23 de diciembre¹¹⁸.

A pesar de todo, la dotación de reservas ha sido y sigue siendo el principal apoyo de las sociedades cooperativas andaluzas para asegurar la solidez de sus recursos propios. Ésta junto con el comentado límite a la reducción del capital social real o contable por debajo de la cifra de capital social estatutario y la reciente inclusión de aportaciones al capital social no reembolsables, constituyen la principal garantía para satisfacer los intereses de los acreedores.

¹¹⁶ La Comunidad Autónoma de Andalucía no es la única que ha seguido estos pasos, de igual modo han actuado otras comunidades autónomas y el legislador estatal.

¹¹⁷ Frente a la anterior *orientación social o clasista* de la legislación cooperativa española, en la actualidad toma cada vez una mayor importancia la *orientación funcional o economicista* que defiende como finalidad cooperativa la promoción de los intereses económicos de sus socios actuales. Lleva implícita, dada su finalidad, la tendencia hacia la aproximación de la legislación cooperativa a la normativa de los tipos sociales capitalistas tradicionales y es la orientación que adopta la LSCA. V. PANIAGUA ZURERA, “*Notas críticas a...*”, ob. cit., pp. 15-29.

¹¹⁸ Expondremos en detalle las reformas realizadas relativas a las reservas legales cuando desarrollemos el régimen de los distintos fondos (el FRO y el FFS).

B) La variabilidad del capital social y el debate abierto por la NIC 32

En el apartado anterior hemos adelantado que la función de garantía del capital social en las sociedades cooperativas se ve limitada por su carácter variable. A pesar de esta vulnerabilidad financiera, la mayor parte de la doctrina le reconocía cierta utilidad para hacer frente a las obligaciones contraídas por la sociedad en tanto en cuanto era considerado un recurso propio. Esto ha sido así porque, históricamente la normativa contable ha incluido dentro del patrimonio neto (como recurso propio) cualquier figura que fuera calificada por el derecho sustantivo como capital social¹¹⁹.

La controversia surge cuando es aprobada la Norma Internacional de Contabilidad número 32¹²⁰, que establece criterios para determinar qué instrumentos financieros deben ser considerados como pasivo y cuales como patrimonio neto. Su aplicación a las aportaciones de los socios al capital social en las cooperativas supuso una modificación en su calificación patrimonial. Pasaron a tener la consideración de pasivo financiero debido a la obligación de la cooperativa de reembolsar las aportaciones en caso de ejercer su derecho de baja voluntaria¹²¹.

La cuestión no es baladí y motivó un intenso debate en la doctrina, pues este cambio de clasificación reducía la solvencia de las sociedades cooperativas reflejada en los estados contables y por tanto dañaba su imagen frente a terceros. El debate producido a raíz de la aprobación de la mencionada norma motivó la publicación de la Interpretación CINIIF 2¹²², resolviendo que “*Las aportaciones de los socios serán consideradas patrimonio neto si la entidad tiene el derecho incondicional a rechazar el rescate de las mismas*”. *Sensu contrario* si no puede rechazar incondicionalmente su devolución tendrá la consideración de pasivo.

La clasificación contable del capital social en las sociedades cooperativas queda clara tras la aprobación de la NIC 32 y la interpretación CINIIF 2. Aun así, es conveniente

¹¹⁹ MATEOS RONCO, A., “*Los procesos concursales en sociedades cooperativas. Especificidades en la información económico-financiera*”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 60, 2008, p. 231.

¹²⁰ Fue adoptada por la Comisión Europea mediante el Reglamento (CE) nº 2237/2004 de la Comisión, el 29 de diciembre de 2004.

¹²¹ MATEOS RONCO, “*Los procesos concursales...*”, ob. cit., pp. 231-232.

¹²² Fue acogida por la Comisión Europea mediante el Reglamento (CE) nº 1073/2005 de la Comisión, de 7 de julio de 2005 que modifica el Reglamento (CE) nº 1725/2003, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la Interpretación CINIIF 2.

exponer los principales argumentos que han servido (y siguen sirviendo) a una y otra parte en el debate para defender el carácter de recurso ajeno o propio del capital social.

Los argumentos esgrimidos han sido los siguientes:

De una parte se ha abogado que en las sociedades cooperativas el capital social está constituido por las aportaciones de los socios, que son propiedad de éstos y no de la sociedad cooperativa¹²³. En contra de este argumento la profesora FAJARDO GARCÍA defiende que las aportaciones realizadas por los socios pasan a formar parte del patrimonio de la sociedad cooperativa y con ellas responde del cumplimiento de sus obligaciones¹²⁴. De otro modo difícilmente podría defenderse la atribución de personalidad jurídica propia y la separación de patrimonios entre la sociedad cooperativa y los socios.

Otros autores consideran que el capital social de estas sociedades es un préstamo especial que hacen los socios en favor de la sociedad, cuya duración está vinculada a la permanencia de los mismos en el proceso productivo¹²⁵. Frente a esto se ha argumentado que el socio no tiene un derecho de reembolso por la totalidad de las aportaciones realizadas, sino a la liquidación de éstas en el momento de producirse la baja según el balance de cierre del ejercicio. El importe resultante puede ser mayor o menor que las aportaciones realizadas ya que dependerá de la existencia o no de pérdidas imputables al socio y del tipo de baja¹²⁶.

La negación de la condición de recurso propio del capital social en las sociedades cooperativas por su variabilidad ha llevado a parte de la doctrina a defender que el único recurso propio con el que cuentan las cooperativas son las reservas¹²⁷. Otros autores reconocen que la variabilidad del capital social limita su función de garantía (sólo predicable del capital social estatutario), la cual se ve compensada con la mayor dotación

¹²³ MARTÍN LÓPEZ, S., LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G. e ITURRIOZ DEL CAMPO, J., “Consideraciones sobre la naturaleza del capital social en las sociedades cooperativas de trabajo asociado”, REVESCO, nº 91, 2007, p. 100 *in fine*.

¹²⁴ FAJARDO GARCÍA, “La masa activa...”, *ob. cit.*, p. 18.

¹²⁵ BEL DURÁN, P. y FERNÁNDEZ GUADAÑO, J., “La financiación propia...”, *ob. cit.*, p. 114.

¹²⁶ VARGAS VASSEROT, “El derecho de reembolso del socio en caso de baja y el concurso de las sociedades cooperativas”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 24, 2013, p. 4.

¹²⁷ Entre otros GÓMEZ APARICIO, P., “El capital social en las sociedades cooperativas. Las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas a la luz de los principios cooperativos”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 45, 2003, p. 71.

de reservas legales¹²⁸. Sin embargo esto no implica que el capital social no cumpla, aunque en menor medida, dicha función ni determina que deba ser considerado como recurso ajeno.

Atendiendo al derecho positivo vigente no podemos sino concluir que el capital social en las sociedades cooperativas, a efectos contables, es un recurso ajeno. No obstante, esto no debe llevarnos a confusión acerca de la naturaleza jurídica del capital social. La consideración de éste como un recurso ajeno ha llevado a algunos a calificar al capital social como un préstamo o a negar que la sociedad sea la propietaria de las aportaciones. En este punto coincidimos con VARGAS VASSEROT cuando señala que “*esté donde esté situado el capital social en el balance de la cooperativa, seguirá siendo capital social*”¹²⁹. La modificación de la normativa contable no puede alterar la regulación sustantiva relativa a la calificación jurídica del capital social. Como tampoco puede determinar que el capital social sea propiedad de los socios, pues forma parte del patrimonio de la cooperativa (como hemos señalado anteriormente).

La NIC 32 no ha aumentado el riesgo de tener que solicitar el concurso de las sociedades cooperativas. El concepto de insolvencia utilizado por la LConc es distinto al concepto de insolvencia empleado por los economistas. Lejos de recurrir a la información contable, la LConc define la insolvencia como la imposibilidad de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art.2.2).

Por el contrario sus efectos económicos sobre las sociedades cooperativas sí han sido de gran importancia. El cambio operado ha supuesto una pérdida del valor contable del capital por lo que financieramente estas sociedades parecen menos estables que otros tipos sociales, desde la misma constitución. Sus posibilidades de obtener financiación en el mercado se ven reducidas por este motivo y con ello se incrementa su riesgo de insolvencia económica¹³⁰.

La profesora MATEOS RONCO destaca la aparente incoherencia de estas normas contables que, “*mientras por una parte apelan a la prevalencia de la esencia económica de las operaciones por encima de la forma legal (prevalencia del fondo sobre la forma), parecen sin embargo olvidar que el cambio en dichas normas no puede (ni debe)*

¹²⁸ PANIAGUA ZURERA, “*La sociedad cooperativa...*”, ob. cit., pp. 243-244.

¹²⁹ VARGAS VASSEROT, “*El derecho de...*”, ob. cit., p. 17.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 15-17.

*modificar la esencia de las mismas*¹³¹. Señala como causa de esta paradoja el desconocimiento por parte de los organismos emisores de la realidad económica y la singularidad cooperativa. Estas normas están concebidas para entidades que participan en el mercado de capitales y su finalidad es guiar las decisiones de los inversores.

C) La repercusión de la NIC 32 en la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas: el capital social no reembolsable y la libre transmisión de aportaciones sociales

La recepción por parte del ordenamiento jurídico europeo de la NIC 32 y su interpretación CINIIF 2 afectó a la propia esencia de las sociedades cooperativas. La consideración de su capital social como un recurso ajeno, en lugar de un recurso propio, empeoró considerablemente la imagen de solvencia de éstas. Esta circunstancia movió al legislador andaluz a incluir reformas en la LSCA que permitieran que el capital social de la sociedad cooperativa pudiera tener la consideración de recurso propio¹³². Aunque el legislador no se pronuncie exactamente con esas palabras, al manifestar en la exposición de motivos de la LSCA que la distinción entre aportaciones sociales reembolsables y no reembolsables se incluye en la ley por “*imperativo de la legislación comunitaria*” está haciendo referencia a los citados reglamentos por los cuales se adoptan las NIC.

Las modificaciones operadas sobre el régimen del capital social tienen dos ejes principales: por un lado, se permite atribuir la potestad discrecional al órgano de administración para rehusar incondicionalmente el reembolso de las aportaciones sociales; y por otro lado se admite la libre transmisión de aportaciones sociales si así lo establecen los estatutos.

La institución del *rehúse* se establece en los apartados primero y segundo del art. 60 LSCA, que a su vez es desarrollado por el art. 49 del RSCA. A tenor de los preceptos antes citados podemos diferenciar dos tipos de regímenes aplicables al capital social en las sociedades cooperativas, que dependerá de lo acordado por los socios en los estatutos o por la Asamblea General. Por un lado, estarán las sociedades cooperativas que habiliten al órgano de administración para poder rehusar incondicionalmente la solicitud del

¹³¹ MATEOS RONCO, “*Los procesos concursales...*”, ob. cit., p. 232.

¹³² La normativa estatal de cooperativas también fue modificada por el mismo motivo. Respecto a la recepción de la NIC 32 y sus repercusiones en la normativa estatal de sociedades cooperativas v. PANIAGUA ZURERA, M., “*El capital social cooperativo en derecho español y su armonización con las normas internacionales de contabilidad*”, REVESCO, nº 90, 2006, pp. 57-91.

reembolso de las aportaciones sociales. Por otro lado, tendremos aquellas sociedades que no lo acuerden o lo hagan pero el *rehúse* sea condicional, en cuyo caso todas las aportaciones serán exigibles salvo que hayan regulado estatutariamente la libre transmisión de las aportaciones (art. 49.3 RSCA).

En caso de acordar la posibilidad de rehusar incondicionalmente las aportaciones les será aplicable el régimen contenido en el art. 49.1 RSCA. También entendemos que el mismo régimen debe aplicarse a aquellas aportaciones que, siendo reembolsables, se transforman en aportaciones cuyo reembolso puede ser rehusado incondicionalmente por el órgano de administración, cuando así lo acuerde la asamblea general en virtud del párrafo primero del art. 60.2 de la LSCA. Consideramos, al igual que VARGAS VASSEROT, que esta disposición es poco respetuosa con los derechos de los socios históricos que, si no están de acuerdo con el cambio, deberán abandonar la sociedad sin prever ningún régimen de devolución íntegra y anticipada de sus aportaciones¹³³. Asimismo nos parece errada la omisión realizada por el legislador andaluz al no determinar la mayoría exigible para que se produzca la transformación de las aportaciones. A nuestro modo de ver, dada la importancia del acuerdo, debería requerirse la mayoría necesaria para una modificación de los estatutos. Pero al no exigirse una mayoría reforzada ni en la Ley ni en el Reglamento, la transformación podría ser aprobada por una mayoría simple.

Respecto al régimen aplicable a las aportaciones no reembolsables, el art. 49.1.a) RSCA atribuye al órgano de administración la potestad discrecional de rehusar de manera incondicional el reintegro de las aportaciones sociales. En el mismo precepto se advierte que dicha potestad no podrá ser ejercida con arbitrariedad, si bien es una advertencia innecesaria pues conforme a derecho ninguna actuación puede ser arbitraria (art. 7 C.c.). Podría inferirse de esta prohibición de arbitrariedad que el legislador es consciente de que esta potestad puede prestarse a un mal uso. Por ello quiere remarcar que el ejercicio de esta potestad no debe beneficiar a unos socios en detrimento de otros. Esto nos plantea un problema de difícil solución. Si el órgano de administración denegara el reembolso a unos socios y se lo concediera a otros, estaría actuando de forma parcial y contraria a la diligencia debida. En consecuencia, el socio podría exigirle responsabilidad por el perjuicio causado, en virtud del art. 50.2 LSCA. Por otro lado, si se fijasen criterios para

¹³³ VARGAS VASSEROT, C., “Aportaciones exigibles o no exigibles: ésa es la cuestión”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 22, 2011, p. 14.

la concesión o rehúse del reembolso, el capital social dejaría de ser recurso propio pues no podría rehusarse su reembolso de manera incondicional. Para evitar este problema VARGAS VASSEROT afirma que “*sería conveniente que la sociedad regulase, estatutariamente o través del Reglamento interno, el procedimiento para rehusar el pago de los reembolsos, exigiendo, por ejemplo, un acuerdo motivado por parte del Consejo Rector de las razones que han llevado a ello o la necesidad de ratificación del acuerdo por la Asamblea General*”¹³⁴.

Los demás preceptos que regulan el *rehúse* incondicional contienen medidas encaminadas a proteger los derechos de los titulares de aportaciones rehusadas. Así, el socio al que se le haya rehusado el reembolso de sus aportaciones tiene derecho a transmitirlos, conforme a los requisitos contenidos en la LSCA y RSCA (art. 49.1 letra b). En segundo término, si se suscribieran nuevas aportaciones al capital social primero deberán adquirirse aquellas cuyo reembolso haya sido rehusado, salvo disposición estatutaria en contra (art. 49.1 letra c). En tercer lugar, si la asamblea general acordara remunerar las aportaciones al capital social, la remuneración de las aportaciones rehusadas será preferente con respecto al resto de aportaciones (art. 49.1 letra d). Por último si se acuerda la devolución de estas aportaciones, con carácter previo a la disolución de la sociedad, no podrá aplicarse el aplazamiento previsto en el art. 48.2.d) RSCA (art. 49.1 letra e).

El segundo supuesto es aquel en el que la sociedad cooperativa decide no acordar el *rehúse* incondicional del reembolso de las aportaciones al capital social. En tal caso caben dos situaciones distintas: que no se regule la facultad de *rehúse*, o bien que se regule pero no de forma incondicional. En ambos casos se considerará que el reembolso de todas las aportaciones es exigible, salvo el supuesto de libertad de transmisión de aportaciones al que nos referiremos más adelante (art. 49.3 RSCA).

Respecto a la inclusión en los estatutos del derecho de *rehúse* pero con carácter condicional, es contemplada por la Ley en el párrafo segundo del art. 60.2. Este precepto faculta a los socios para incluir en los estatutos sociales que, cuando en un ejercicio económico el importe de devolución de las aportaciones alcance determinada cifra del capital social contable en ellos establecida, los nuevos reembolsos puedan ser rehusados. De esta forma se mantiene el principio de libre adhesión y baja voluntaria y al mismo

¹³⁴ *Ibidem*, p. 17.

tiempo se asegura que la salida precipitada de socios no perjudique la estabilidad financiera de la sociedad cooperativa. Por su parte el RSCA sólo añade que, de contenerse esta previsión estatutaria, no podrán establecerse criterios de preferencia en el reembolso de las aportaciones exigibles (art. 49.2 RSCA). Entendemos que esta medida no confiere el carácter de recurso propio al capital social, aunque sí proporciona una cierta estabilidad temporal al evitar la comentada salida precipitada de socios. Para ilustrar con mayor claridad nuestra tesis utilizaremos un ejemplo. Imaginemos que los estatutos de una sociedad cooperativa contienen la siguiente disposición en aplicación del art. 60.2 LSCA: *“En el caso de que en un ejercicio el importe de la devolución de las aportaciones alcance el veinte por ciento del capital social contable, los nuevos reembolsos estarán condicionados al acuerdo favorable del órgano de administración”*. Una interpretación errónea podría llevarnos a la conclusión de que ese límite del veinte por ciento de aportaciones reembolsables convierte el ochenta por ciento restante en no reembolsable, y por tanto es un recurso propio. Continuando con el supuesto planteado, imaginemos que en esa misma cooperativa en un ejercicio la sociedad debe reembolsar aportaciones que representen el quince por ciento del capital social y el ejercicio siguiente el mismo porcentaje. Si no se han suscrito nuevas aportaciones el capital social se habrá visto reducido en un treinta por ciento, sin poder oponer la cláusula estatutaria antes propuesta, pues en ningún ejercicio se ha rebasado el límite del veinte por ciento. Para que el capital social tenga la consideración de recurso propio su reembolso debe poder ser rehusado incondicionalmente. En este caso está condicionado a que se supere en un mismo ejercicio el límite fijado, por tanto no reúne los requisitos exigidos para su consideración como recurso propio.

La libre transmisión de participaciones aparece recogida en el art. 61.1.a) de la LSCA que a su vez se remite a los arts. 89, 96.3 y 102.2 (relativos a la cooperativa de trabajo, de consumo y de servicio respectivamente). También debemos atender al desarrollo reglamentario contenido en los arts. 77 y 98 del RSCA, en los que se fija el procedimiento a seguir para realizar la transmisión.

En virtud de lo establecido en el art. 61.1.a) de la LSCA podemos distinguir tres tipos de transmisiones en función de los sujetos intervinientes en el intercambio, que son: las realizadas entre socios o inversores, dentro de la misma clase; entre un socio y un inversor; y entre socios y terceros ajenos a la sociedad.

Para que pueda producirse cualquiera de éstas transmisiones el mismo precepto impone que debe haber sido establecida previamente en los estatutos la libertad de transmisión. Si el importe obtenido por la transmisión de las participaciones fuera superior a su valor de liquidación, un diez por ciento de dicha ganancia deberá destinarse al FRO (v. letra c de los arts. 89.1 y 102.2 LSCA). La libertad de transmisión de participaciones no exime de la obligación de preaviso que debe ser cumplida por todo aquel socio que quiera causar baja (art. 89.2 y letra d del art. 102.2 de la LSCA).

Pero la disposición que, a nuestro juicio, resulta más sorprendente es la atribución al órgano de administración de la potestad de rehusar el reembolso de las aportaciones del socio que cause baja y no las haya logrado transmitir (v. arts. 89.3 LSCA y 98 RSCA). Es decir, en una sociedad cooperativa en la que no se haya previsto estatutariamente el *rehúse*, puede denegarse la solicitud de reembolso del socio que pudiendo transmitir su participación (porque así lo permitan los estatutos) no lo logre.

Según establece el legislador en la Exposición de motivos, el aspecto positivo de esta medida es que: *“De una parte, se hace partícipe a la persona socia en el incremento o pérdida patrimonial que ha contribuido a generar en la entidad a la que pertenece y, de otra, se refuerza la solidez de dicha entidad, que no resulta afectada por su salida”*. A fin de lograr la deseada estabilidad financiera de la sociedad cooperativa el legislador atribuye una competencia al órgano de administración que no ha sido prevista estatutariamente. En consecuencia la persona socia puede terminar siendo *prisionera* de la sociedad en caso de no poder transmitir sus aportaciones, en contra de uno de los principios cooperativos fundamentales (el principio de puertas abiertas).

Respecto a los requisitos y trámites para realizar la transmisión, son los siguientes:

En el primer supuesto, cuando los intervinientes fueran socios, regirá la plena libertad de transmisión, requiriéndose únicamente la comunicación al órgano de administración de la transmisión prevista y de la ya realizada (v. letra a de los arts. 89.1 y 102.2 LSCA).

El párrafo segundo del art. 61.1.a) admite que un socio pueda transmitir su participación en el capital social a un inversor. Para ello es necesario que el inversor cumpla con los requisitos estatutariamente establecidos para adquirir la condición de socio y que el órgano de administración lo admita conforme al art.18 de la misma ley.

En último lugar está el supuesto de transmisión de participaciones a terceros ajenos a la sociedad. Su procedimiento es más complejo que los anteriores para garantizar el derecho de preferente adquisición y retracto que ostentan los trabajadores no socios (en las cooperativas de trabajo) y la propia cooperativa. En virtud del art. 77.2 RSCA el procedimiento a seguir en las cooperativas de trabajo es el siguiente:

En primer lugar, el transmitente deberá comunicar por escrito al órgano de administración el número de participaciones que va a transmitir, la identidad del adquirente, las cualidades en función de las cuales reúne los requisitos para adquirir la condición de socio, el precio de adquisición y demás condiciones de la transmisión. Una vez recibida la comunicación previa el órgano de administración comprobará si el adquirente reúne los requisitos de admisión y acto seguido lo notificará a los trabajadores con contrato indefinido no socios. Si éstos no hicieran uso de su derecho de preferente adquisición se notificará al resto de trabajadores (letra a del art. 77.2 RSCA). En caso de que ninguno de los trabajadores ejerza su derecho la sociedad cooperativa también tendrá derecho de preferente adquisición (letra c del art. 77.2 RSCA). Transcurridos tres meses desde la comunicación previa sin que haya sido ejercitado el derecho de preferente adquisición se podrá realizar la transmisión (letra d del art. 77.2 RSCA). Finalmente, tras la transmisión de las participaciones, deberá realizarse una nueva comunicación conjunta al órgano de administración con el mismo contenido que la anterior. Si los términos de la transmisión difieren respecto de la comunicación previa, tanto los trabajadores como la cooperativa tendrán un derecho de retracto, en el mismo orden antes expuesto (art. 77.4 RSCA).

En cuanto a las cooperativas de consumo y de servicios, se rigen por el mismo procedimiento contenido en el art. 98 RSCA. Es similar al de las cooperativas de trabajo pero se diferencia en que únicamente la sociedad cooperativa ostenta el derecho de preferente adquisición y de retracto.

Las medidas comentadas en el presente apartado tienden claramente hacia una aproximación de las características del capital social de las sociedades cooperativas al de las sociedades de capital. Debemos reconocer que este régimen favorece en mayor medida la estabilidad financiera. Sin embargo la orientación economicista tomada por el legislador andaluz está diluyendo los principios cooperativos. En esta ocasión se ve afectado el principio de puertas abiertas o de libre adhesión y baja voluntaria. Pero no es el único principio que se ha visto afectado, es una tendencia que afecta a todo el régimen

de la sociedad cooperativa y hace que pierda o que se difuminen los elementos que conformaban su identidad como tipo societario autónomo.

D) La calificación concursal del derecho de reembolso por las aportaciones realizadas al capital social.

La reforma comentada en el apartado anterior ha alterado el régimen del capital social al introducir la diferenciación entre aportaciones reembolsables y no reembolsables (o aquellas cuya devolución puede ser rehusada incondicionalmente). Alteración que afecta de especial manera a la calificación en el procedimiento concursal del derecho de reembolso derivado de la titularidad de dichas aportaciones, si existe tal derecho.

Cuando las aportaciones sean reembolsables el socio tendrá derecho a su devolución en caso de baja (art. 60.1 LSCA). Por tanto si abandonara la sociedad pasaría a ser titular de un derecho de crédito, por valor del importe resultante de la liquidación de sus aportaciones, frente a la cooperativa. El exsocio acreedor de la sociedad cooperativa por dicho crédito se integraría con el resto de acreedores en la masa pasiva del concurso. Este crédito además tendría la clasificación de ordinario en el procedimiento concursal, dado que no incurre en ninguno de los supuestos de los arts. 90, 91 y 92 LConc.

En cuanto a los titulares de aportaciones cuyo reembolso es rehusado o los titulares de aportaciones reembolsables que no causaran baja en la sociedad, no serán integrados en la masa pasiva pues no son acreedores. Como hemos señalado la mera titularidad de aportaciones al capital social no otorga la condición de acreedor debido a que el derecho de reembolso nace sólo en caso de baja, cuando las aportaciones son reembolsables. Cuando el órgano de administración pueda rehusar incondicionalmente el reembolso la baja no será suficiente para que surja el derecho de crédito, además se requerirá el acuerdo favorable de éste.

No obstante, debemos matizar un aspecto relativo a las aportaciones al capital social que pueden ser rehusadas incondicionalmente. El órgano de administración puede acordar su reembolso discrecionalmente obligando de esta forma a la sociedad a devolver una cantidad a la cual no tenía por qué hacer frente. Debido a dicha discrecionalidad consideramos que en caso de acordarse la devolución de estas aportaciones, se estaría realizando un acto claramente perjudicial para la masa activa. Consecuentemente, todas

las devoluciones de aportaciones que pudiendo haber sido rehusadas por el órgano de administración y no lo fueron, comprendidas en los dos años anteriores a la declaración del concurso, serían rescindibles conforme al art. 71.1 LConc.

Para recibir el importe de sus aportaciones, los socios a los que se rehusó el reembolso o los que no ejercieron su derecho, tendrán que esperar a la adjudicación del haber social resultante tras la liquidación. El art. 82.1 LSCA establece que una vez saldadas las deudas sociales y tras reintegrar el importe de los fondos sociales voluntarios a los socios (de existir y estar dotados), se reintegrarán las aportaciones de los socios al capital social. El mencionado artículo establece que deberá comenzarse por las aportaciones cuyo reembolso haya sido rehusado y después se reintegrarán las restantes, teniendo preferencia las aportaciones voluntarias sobre las obligatorias. Anteponiendo el pago de las aportaciones cuyo reembolso fue rehusado, se procura compensar a sus titulares. No obstante, el gesto es más bien simbólico pues antes han debido ser satisfechos los créditos de todos los acreedores.

3. Los fondos legales obligatorios: el Fondo de Reserva Obligatorio y el Fondo de Formación y Sostenibilidad

A) El Fondo de Reserva Obligatorio

La función de este fondo es asimilable a la de las reservas legales de las sociedades de capital, aunque presenta ciertas particularidades como su irrepertibilidad¹³⁵ hasta la transformación o liquidación de la sociedad cooperativa (art. 70.3 LSCA). A efectos contables es un fondo propio y figura en el pasivo del balance, como se deriva de su calificación como reserva legal por el PCSC¹³⁶ (norma cuarta). Mediante la dotación del FRO la sociedad cooperativa incrementa la solvencia financiera de la empresa y refuerza su grado de autofinanciación¹³⁷, compensando de este modo la especial vulnerabilidad que sufre por la variabilidad del capital social.

¹³⁵ La irrepertibilidad será parcial si así lo contemplan expresamente los estatutos.

¹³⁶ Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas.

¹³⁷ FERNÁNDEZ GUADAÑO, J., “La nueva estructura financiera de acuerdo con la Ley 27/1999, de cooperativas”, REVESCO, nº 77, 2002, p. 11.

El art. 70.1 LSCA fija como su destino “*la consolidación, desarrollo y garantía de la sociedad cooperativa*”. Principalmente va dirigido a cubrir las pérdidas sociales, si bien la LSCA permite que el porcentaje de los resultados extracooperativos positivos destinados al FRO se emplee en “*inversiones productivas, cooperación e integración entre empresas, o en materia de internacionalización*”, si así lo acuerda la Asamblea General (letra b del art. 68.2 LSCA). En caso de optar por esta posibilidad, el importe destinado a tales fines debe aplicarse a una partida de reserva voluntaria que tendrá carácter irrepartible hasta que efectivamente se materialice la inversión. Si en tres años no se ha realizado la inversión, dicho importe se reclasificará volviendo a integrar el FRO (letra a del art. 53 RSCA). El Reglamento además define las actuaciones que merecen la consideración de inversiones productivas, siendo “*aquellas encaminadas a la introducción de un producto, servicio o proceso de producción, nuevo o mejorado, o bien a la aplicación de un nuevo método de comercialización o de organización que mejoren la productividad y la competitividad de la sociedad*” (letra b del art. 53 RSCA).

Respecto a su dotación, se nutre de seis fuentes distintas *ex art. 70.1 LSCA*, que son:

En primer lugar el porcentaje de los resultados cooperativos positivos de cada ejercicio que marque la asamblea general. Como mínimo será del veinte por ciento hasta que el fondo alcance la mitad del valor del capital social, cuando la sociedad contabilice por separado los resultados cooperativos y extracooperativos (letra a del art. 68. 2 LSCA). Cuando la sociedad cooperativa aplique la contabilización única prevista en el art. 67 LSCA, el porcentaje mínimo a aplicar será del veinte por ciento sobre el resultado, que incluirá tanto resultados cooperativos como extracooperativos (art. 52 RSCA).

De los resultados extracooperativos (si son positivos) deberá aplicarse en cada ejercicio como mínimo un veinticinco por ciento, a determinar por la asamblea general (letra b del art. 68.2 LSCA).

En tercer lugar, cuando se permita la libre transmisión de las aportaciones al capital social, si el valor de transmisión supera el importe que correspondería tras su liquidación, el diez por ciento de la diferencia entre esas dos cantidades deberá destinarse al FRO.

Por último, también habrá que incluir en el FRO las deducciones practicadas sobre las aportaciones obligatorias cuando algún socio causa baja, las cantidades abonadas por

los nuevos socios como cuotas de ingreso y la mitad de la plusvalía resultante de la regularización del balance (si la hubiese).

Si realizamos una comparación entre los porcentajes sobre los resultados que debían ser destinados al FRO bajo la LSCA de 1999 y la ley vigente, podemos advertir una drástica reducción de estos. En la actualidad, como hemos señalado anteriormente, debe destinarse un veinte por ciento de los resultados cooperativos y un veinticinco por ciento de los extracooperativos. Además, una vez que el FRO alcance el cincuenta por ciento del capital social, deja de ser obligatorio seguir destinando parte de los resultados a dicho fondo (art. 70.2 LSCA)¹³⁸. Asimismo se ve mermada la dotación al permitir la Ley que todo o parte del importe destinado al FRO procedente de los resultados extracooperativos, en lugar de integrar dicho fondo, se emplee en inversiones productivas, integración de empresas e internacionalización, conforme al art. 68.2. b) LSCA y el 53 RSCA.

Por el contrario, la LSCA de 1999 obligaba a que la reserva legal se dotara sin límite alguno durante toda la vida de la empresa. Bajo la anterior ley debía destinarse igualmente un veinte por ciento de los excedentes de los resultados cooperativos. No obstante, al alcanzar la mitad del importe del capital social seguía siendo obligatorio dotar parte de estos resultados al FRO, aunque el porcentaje se reducía a un quince por ciento. Respecto a los resultados extracooperativos, se diferenciaban los resultados por operaciones con terceros y los resultados extraordinarios. De los primeros se detraía el ochenta por ciento mientras que de los segundos el cien por cien.

Ante esta significativa reducción de los porcentajes sobre los resultados destinados a las reservas legales obligatorias, “*hasta situarlos en parámetros similares al resto de las empresas convencionales*”¹³⁹, PANIAGUA ZURERA se cuestiona en qué lugar quedan los valores y principios cooperativos. Tales como “*el valor cooperativo de la solidaridad, el valor ético de la vocación social, o los principios cooperativos de participación económica de los socios, de educación, formación e información, o de interés por la comunidad*”¹⁴⁰. En esta medida podemos observar, una vez más, la manifestación de la tendencia seguida por el legislador hacia el modelo cooperativo

¹³⁸ “*Siempre que no haya pérdidas pendientes de compensar*” y el excedente, de optarse por no seguir dotando el FRO, se destinará “*a favorecer el acceso de las personas trabajadoras a la condición de socio o socia, conforme a lo establecido en el artículo 58.3*” (art. 70.2 LSCA).

¹³⁹ Según manifiesta el legislador en la Exposición de motivos de la LSCA.

¹⁴⁰ PANIAGUA ZURERA, “*Notas críticas a...*”, ob. cit., pp. 47-48.

economicista, que difumina los elementos que tradicionalmente han caracterizado a las sociedades cooperativas y del que ya hemos hablado en ocasiones anteriores.

Por último debemos mencionar que en caso de fusión de la cooperativa el FRO deberá integrarse en el correspondiente fondo de la sociedad cooperativa nueva o absorbente (art. 75.2 LSCA). Si se produjera una escisión se deberá detallar el importe del FRO que vaya a transmitirse a las sociedades cooperativas resultantes o absorbentes, en el último caso deberá ser proporcional al patrimonio que se escinde (art. 76.3 LSCA). De acordarse la cesión global del activo y del pasivo o la transformación de la cooperativa, la mitad del FRO se pondrá a disposición de la Junta de Andalucía para la promoción de las sociedades cooperativas andaluzas. Si se hubiese dispuesto en los estatutos su irrepartibilidad, se pondrá a disposición de la Junta de Andalucía la integridad del FRO (arts. 77.3 y 78.2 LSCA). Finalmente, si se liquidara el patrimonio de la sociedad el treinta por ciento del remanente del FRO, tras saldar las deudas sociales y tras reintegrar el importe de los fondos sociales voluntarios y las aportaciones al capital social a los socios, se pondrá a disposición de la Junta de Andalucía para el fin antes señalado. De esta forma, con carácter general, se mantiene la irrepartibilidad del FRO hasta la transformación o liquidación de la cooperativa. Si bien ya no podemos sostener su irrepartibilidad absoluta, dado que bajo la vigente LSCA cabe disponer estatutariamente su repartibilidad parcial.

a) La irrepartibilidad parcial del Fondo de Reserva Obligatorio

La vigente LSCA en su art. 70.3 determina que con carácter general el FRO *“tendrá el carácter de irrepartible hasta la transformación o liquidación de la sociedad cooperativa, a menos que los estatutos de la entidad contemplen expresamente su reparto parcial”*. De establecerse el reparto parcial, el art. 60.5 exige al socio una permanencia de al menos cinco años para que se le reintegre una parte alícuota de la mitad del importe del FRO generado a partir de su ingreso. La cantidad a la que tendrá derecho se determinará en función de la actividad desarrollada en la cooperativa.

El citado precepto rompe con el principio de irrepartibilidad del FRO que tradicionalmente había regido la legislación cooperativa. La obligatoriedad de dotar dicho fondo, unida a su carácter irrepartible, respondía al *“principio cooperativo de intercooperación, en su vertiente de solidaridad con los futuros socios, así como de*

*solidaridad con el movimiento cooperativo en caso de disolución de la sociedad*¹⁴¹. Principio que se recoge en la LSCA en el apartado g) del art. 4, aunque unido al más amplio principio de cooperación empresarial. La mencionada solidaridad con los futuros socios, se justifica en el sacrificio del beneficio que supone para los socios actuales, en favor de la mayor sostenibilidad de la cooperativa en el largo plazo. Los socios en lugar de lucrarse con el resultado de la actividad dotaban mayores reservas para mejorar la solvencia de la sociedad cooperativa, o esa era al menos la finalidad. Por otro lado, en caso de disolución el excedente del FRO, tras la liquidación, se destinaba a la promoción de las sociedades cooperativas, coadyuvando a la solidaridad con el movimiento cooperativo.

Este planteamiento lejos de plasmarse de modo efectivo en la realidad, desincentivó la dotación de reservas legales en las sociedades cooperativas. Según afirman BEL DURÁN y FERNÁNDEZ GUADAÑO, el carácter irrepartible y no remunerado del FRO provoca en algunos casos la baja de los socios que entienden que parte de su riqueza se la queda la sociedad a fondo perdido, sin obtener contraprestación alguna. Además señalan una segunda vía para la *recuperación indirecta* de estos fondos, arrojar pérdidas mediante el incremento de la retribución económica anticipada¹⁴². Como ya señalamos, la dotación procedente de los resultados tanto cooperativos como extracooperativos depende de que éstos sean positivos. Consecuentemente, si se aplica el mecanismo antes referido, el fondo no recibe dotación alguna y por tanto carece de sentido. Muchas cooperativas, entre ellas las agrarias, han acogido con entusiasmo este modelo de gestión huyendo del carácter irrepartible del FRO, tal y como señala PANIAGUA ZURERA¹⁴³.

Permitir por un lado, que parte del FRO sea repartible en caso de baja y por otro lado, mantener unos porcentajes mínimos sobre los resultados que deben ser destinados a reservas no excesivamente elevados, evita que se dé la práctica antes comentada. Por ello consideramos que esta medida tiene un efecto positivo sobre las sociedades cooperativas, incentivando la dotación de reservas y en consecuencia mejorando su

¹⁴¹ GÓMEZ APARICIO, P. y MIRANDA GARCÍA, M., “Sobre el régimen económico y financiero particular de las sociedades cooperativas”, REVESCO, nº 90, 2006, p. 44.

¹⁴² BEL DURÁN, P. y FERNÁNDEZ GUADAÑO, J., “La financiación propia...”, ob. cit., p. 110.

¹⁴³ PANIAGUA ZURERA, “La sociedad cooperativa...”, ob. cit., p. 280.

solvencia. Aunque también reconocemos que la reducción de los porcentajes ha sido desmesurada y que no debería haberse llegado a tal extremo.

El legislador podría haber justificado la medida con el argumento de evitar *la política del beneficio cero*, pero por el contrario ha empleado otros motivos que pueden llevar a confundir la verdadera naturaleza de estas reservas. Así, en la Exposición de motivos LSCA, se caracteriza la dotación de reservas legales y su carácter irrepartible como contrapartida exigible a las ayudas públicas que reciben las sociedades cooperativas. Como hemos dicho al comienzo de este apartado, la mayor dotación de reservas y su carácter irrepartible responden al principio de intercooperación, en su vertiente de solidaridad con los futuros socios y con el movimiento cooperativo. Desde una perspectiva económica, el FRO busca incrementar la solvencia de la sociedad cooperativa. Recordemos que entre las cualidades de las sociedades cooperativas más destacadas por la doctrina económica se encuentra su comportamiento contra-cíclico, que les permite resistir mejor los efectos de las crisis económicas que otras empresas convencionales. Por eso nos preguntamos si el legislador ha valorado adecuadamente las repercusiones económicas que tendrá esta reducción de la dotación a reservas sobre las sociedades cooperativas andaluzas. Parece que ha preferido favorecer el mayor crecimiento cortoplacista en detrimento de la estabilidad económica.

B) El Fondo de Formación y Sostenibilidad.

A diferencia del FRO, que es asimilable a las reservas legales de las empresas convencionales, la existencia del FFS es una singularidad de las sociedades cooperativas que no encuentra equivalente alguno en la regulación del resto de tipos societarios. Tradicionalmente se ha vinculado a los principios cooperativos de *“formación e información de sus miembros”*, el *“compromiso con la comunidad”* y la difusión de los principios cooperativos en su entorno (letras f y k del art. 4 LSCA). Tras la nueva formulación de los principios de las sociedades cooperativas andaluzas contenida en la vigente ley hay que añadir los principios de *“igualdad de género, con carácter transversal al resto de principios”* y la *“sostenibilidad empresarial y medioambiental”* (letras i y j del art. 4 LSCA). Como otra novedad del FFS con respecto a la LSCA de 1999 debemos señalar la configuración de éste como *“instrumento al servicio de la responsabilidad social empresarial de las sociedades cooperativas”* (art. 71.1 LSCA).

El fondo se dotará, cuando la contabilización de los resultados se haga por separado, con un mínimo de un cinco por ciento de los resultados cooperativos y un veinticinco por ciento de los resultados extracooperativos. En ambos casos se determinarán por la Asamblea General para cada ejercicio y sólo se dotarán si los resultados son positivos¹⁴⁴ (letras a y b del art. 71.3 LSCA). Cuando los resultados se contabilicen de forma conjunta el porcentaje a aplicar será de al menos un diez por ciento (art. 52 RSCA). También se nutrirá de las sanciones pecuniarias impuestas a sus socios por infracciones disciplinarias; las subvenciones, donaciones u otras ayudas recibidas de los socios o de terceros para el cumplimiento de los fines del fondo; y por último, los rendimientos que generen los bienes y derechos afectos a éste (letras c, d y e del art. 71.3 LSCA).

Las actividades a las que se puede destinar el FFS son aquellas enmarcables en la responsabilidad social empresarial (art. 71.4 LSCA). Singularmente a la formación de los socios; las relaciones intercooperativas; políticas de igualdad de género y sostenibilidad empresarial; la difusión del cooperativismo y promoción del entorno o la comunidad local; actividades de formación y promoción para socios y trabajadores con dificultades de integración; fomentar la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible; y finalmente, la formación de los trabajadores en riesgos laborales.

La Ley en el apartado séptimo obliga a la determinación reglamentaria de los porcentajes mínimos que deben destinarse a la promoción de la igualdad de género y sostenibilidad empresarial. Así, el art. 56.1 del RSCA fija que *“las sociedades cooperativas deberán destinar del Fondo de Formación y Sostenibilidad, un porcentaje mínimo del diez por ciento al fomento de una política efectiva de igualdad de género y un quince por ciento a actividades que contribuyan a la sostenibilidad empresarial”*.

Las líneas básicas para la aplicación del FFS son determinadas por la asamblea general ordinaria que aprueba las cuentas del ejercicio. Cuando durante el ejercicio no se haga uso de todo el importe dotado, deberá materializarse en cuentas de ahorro o títulos de Deuda Pública. Los rendimientos generados por éstos se destinarán al propio fondo y no pueden ser pignorados ni afectados a préstamos o cuentas de crédito (art. 71.6 LSCA). Para el desarrollo de las actividades a las que debe destinarse el fondo pueden colaborar

¹⁴⁴ Las mismas consideraciones realizadas respecto a la política de beneficio cero para evitar dotar el FRO son aplicables al FFS.

con otras sociedades o asociaciones cooperativas, con instituciones públicas o privadas, así como entidades dependientes de las administraciones públicas. También pueden aportar la dotación, en todo o en parte, a las federaciones andaluzas de cooperativas de ámbito regional y sus asociaciones (art. 71.4 LSCA).

A efectos contables el FFS figura en el pasivo del balance, aunque separado del resto de fondos y del capital social (art. 71.5 LSCA). El legislador andaluz ha querido recoger en la Ley la clasificación contable de este fondo, sin embargo debemos señalar que la legislación contable no es competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía sino que es exclusiva del Estado (art. 149.1.6º CE). En la medida en que el legislador autonómico se limita a reproducir lo establecido en la legislación estatal¹⁴⁵ la norma es constitucional. Ahora bien, si la normativa contable fuera modificada y el mencionado precepto la contraviniera, éste devendría inconstitucional. Para evitar este tipo de problemas el legislador debería haber evitado la errada técnica legislativa consistente en la reproducción de normas vigentes y haberse remitido a la normativa estatal.

a) La inembargabilidad del Fondo de Formación y Sostenibilidad y su configuración como patrimonio separado

El FFS tiene carácter inembargable e irrepartible, y exclusivamente responde de las deudas contraídas para el cumplimiento de sus fines (art. 71.1 LSCA). Para la mejor identificación de los bienes y derechos afectos a este fondo, la Ley determina que tanto sus dotaciones como la aplicación de éstas deben aparecer recogidas de forma separada en la contabilidad social (art. 71.5 LSCA). Con el fin de preservar su afectación e inembargabilidad, la LSCA prohíbe en el párrafo segundo de su art. 71.6 que se pignoren, afecten a préstamos o cuentas de crédito las cuentas de ahorro o Títulos de Deuda Pública en los que se materialice. PANIAGUA ZURERA al analizar el artículo 56.6 de la LCoop, con similar contenido al 71.6 de la LSCA, señala que este precepto: *“debe ser objeto de una interpretación extensiva que vete cualquier supuesto, con independencia de la modalidad jurídica empleada, en el que el importe de esta reserva sirva de garantía de los recursos financieros captados por la cooperativa, por sus socios o por terceros”*¹⁴⁶.

¹⁴⁵ La contabilización separada del Fondo de Educación, Formación y Promoción y otras contribuciones obligatorias similares (es el caso del FFS) se regula en la norma sexta del PCSC y establece que *“El registro contable de dicho fondo se corresponde con una partida específica del pasivo del balance creada al efecto para estas sociedades”*.

¹⁴⁶ PANIAGUA ZURERA, *“La sociedad cooperativa...”*, ob. cit., p. 283.

En los supuestos de fusión o escisión de la sociedad cooperativa, el FFS mantiene su afectación y pasa a integrarse en el mismo fondo de la cooperativa resultante (arts. 75.2 y 76.3 LSCA). Si se produjera la cesión global del activo y del pasivo, la transformación de la sociedad o su liquidación, se pondrá a disposición de la Junta de Andalucía que lo destinará en exclusiva a la promoción de las sociedades cooperativas andaluzas (art. 77.3, 78.2 y 82.1 letra d LSCA).

Como hemos señalado al comienzo la única excepción a su carácter inembargable se produce cuando debe responder por deudas contraídas en el cumplimiento de sus fines, lo que implica que el FFS no puede emplearse para la satisfacción de las deudas sociales (art. 53.1 LSCA). Por el contrario, si este fondo fuese insuficiente para hacer frente a las deudas derivadas de sus propios fines, *“nada impide la comunicación de responsabilidad del resto del patrimonio de la cooperativa. Todo el patrimonio de la cooperativa respondería del cumplimiento de tales obligaciones”*, como defiende FAJARDO GARCÍA¹⁴⁷.

A pesar de que la mayoría de la doctrina coincide en mantener la inembargabilidad del FFS, algunos autores han defendido que los activos en los cuales se materializa dicho fondo no deberían ser inembargables sino que en caso de declararse el concurso deberían desafectarse y servir a la satisfacción de los intereses de los acreedores.

Entre aquellos que consideran que los activos en los que se materializa este fondo siguen siendo inembargables e irrepartibles, incluso en caso de liquidación de la sociedad cooperativa, están ITURRIOZ y MARTÍN LÓPEZ¹⁴⁸. En consecuencia estos activos deberán separarse de la masa activa, pues no pueden servir a la satisfacción colectiva de los acreedores, de acuerdo con el art. 76.2 de la LConc. Desde el punto de vista técnico no resultaría especialmente complicado ya que, como hemos dicho, la Ley obliga a su contabilización separada. De igual modo, PRIMITIVO BORJABAD¹⁴⁹ defiende que, si la cooperativa entrara en concurso, este fondo que debe ser entregado a la Administración no sería un crédito de los contenidos en los arts. 90 y 91 de la LConc, pues no nace hasta el acuerdo de disolución. Según este autor deberá realizarse la separación de la masa activa y su posterior entrega en el procedimiento de liquidación.

¹⁴⁷ FAJARDO GARCÍA, *“La masa activa...”*, ob. cit., p. 49.

¹⁴⁸ ITURRIOZ, J. y MARTÍN LÓPEZ, S., *“Algunas especialidades financieras del concurso de acreedores de la sociedad cooperativa”*, Anuario de Derecho Concursal, nº 19, 2010, p. 197.

¹⁴⁹ PRIMITIVO BORJABAD, *“Una primera aproximación...”*, ob. cit., p. 106.

En contra se manifiesta VARGAS VASSEROT quien defiende que en los supuestos de concurso de cooperativas, debería derogarse su carácter inembargable en favor de la satisfacción de los créditos de los acreedores sociales. Este autor considera que los intereses privados de los acreedores se encuentran más necesitados de protección que “*el interés genérico de promoción del cooperativismo que subyace en el destino de este fondo*”. En su opinión “*el pago preferente de las deudas sociales con el importe de este fondo en caso de concurso o de liquidación y el incremento de las expectativas de cobro de los acreedores de las cooperativas sí que es una buena forma de promover el cooperativismo*”¹⁵⁰.

La medida propuesta para mejorar las posibilidades que tienen los acreedores para satisfacer sus créditos es válida desde una perspectiva técnico-jurídica y corresponde al legislador pronunciarse en favor de esta u otra opción. No obstante, atendiendo al fin perseguido, que no es otro que el incremento de los recursos con los que cuenta la sociedad cooperativa para responder a sus deudas, consideramos que hay otras soluciones más idóneas. A nuestro juicio es preferible aumentar la dotación de las reservas ya previstas en la Ley para incrementar la solvencia de la sociedad cooperativa.

X. LAS ESPECIALIDADES DERIVADAS DE LA ACTUACIÓN ECONÓMICA DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS ANDALUZAS.

1. La masa de gestión económica

Este término fue acuñado por VICENT CHULIÁ¹⁵¹ y en adelante fue adoptado por la doctrina para referirse al conjunto de productos, fondos o bienes de cualquier tipo, que entregan los socios para su gestión por la cooperativa en interés de sus socios. A diferencia de otras sociedades, en las sociedades cooperativas sus socios tienen entre sus obligaciones inherentes a su condición la de “*participar en la actividad cooperativizada que desarrolla la entidad para el cumplimiento de su fin social*” (letra b del art. 20 LSCA). Por tanto, en función del tipo de cooperativa, los socios cooperativistas deberán entregar a ésta bienes o productos (en una cooperativa de servicios), producir o fabricar

¹⁵⁰ VARGAS VASSEROT, “*El derecho de...*”, ob. cit., p. 6.

¹⁵¹ VICENT CHULIÁ, F., “*El régimen económico de la cooperativa en la Ley de 19 de diciembre de 1974*”, REVESCO, n° 36-38, 1975-1976, p. 162.

bienes o servicios en el seno de la cooperativa (en las cooperativas de trabajo) o pagar a la cooperativa por los bienes o servicios que reciben de ella (en las cooperativas de consumo). Determinar la titularidad de esos bienes e importes es fundamental en sede concursal pues de ello dependerá su inclusión en la masa activa como patrimonio del deudor (art. 76.1 LConc) o su separación y entrega a sus propietarios (art. 80.1 LConc)¹⁵².

FAJARDO GARCÍA señala cuatro consecuencias extraíbles de la atribución de la titularidad sobre la masa de gestión a los socios: la primera es que ésta no responderá frente a los acreedores sociales. Si, por el contrario, se integrara en el patrimonio de la sociedad cooperativa, los acreedores personales de los socios no podrían reclamar los bienes e importes incluidos en la masa de gestión. En segundo lugar, la sociedad cooperativa no compraría ni vendería a los socios, sino que sería una mera gestora de esta masa. Como consecuencia de lo anterior, los resultados obtenidos de la gestión realizada por la sociedad cooperativa pertenecerán a los socios, y deberán distribuirse entre éstos en proporción a los bienes o fondos aportados por cada uno. Por último, si los bienes son propiedad de los socios a ellos corresponderá asumir los riesgos. Incluyendo tanto los derivados de su gestión, como los de su pérdida o deterioro¹⁵³.

Claramente los acreedores sociales serán los primeros interesados en que la masa de gestión se integre en el patrimonio social, ya que de lo contrario verían enormemente reducidas la posibilidad de satisfacer sus créditos. En cuanto a los socios, mantener la titularidad de los bienes y fondos aportados a la sociedad cooperativa para el desarrollo de su actividad supondría una importante garantía para su patrimonio personal. Del mismo modo los acreedores de los socios preferirán que éstos sean considerados titulares de la masa de gestión dado que así podrán satisfacer sus créditos con dichos bienes.

Paras dar respuesta a la cuestión planteada debemos comenzar con el análisis del apartado segundo del art. 62 LSCA, relativo a las *“aportaciones no integradas en el capital social y otras formas de financiación”*. Éste estipula que *“Las entregas que realicen los socios y socias de fondos, productos o materias primas para la gestión cooperativa y, en general, los pagos que satisfagan para la obtención de servicios propios de la entidad no integrarán el capital social y estarán sujetos a las condiciones pactadas*

¹⁵² VARGAS VASSEROT, C., *“La solvencia y garantías de las cooperativas en el tráfico. Algunas peculiaridades de su concurso”*, Revista de Derecho concursal y paraconcursal, nº 8, 2008, p. 291.

¹⁵³ FAJARDO GARCÍA, I. G., *“La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios”*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 85-86.

con la sociedad cooperativa”. Precepto que hay que poner en relación con el contenido del art. 61.3 LSCA, en virtud del cual los acreedores de los socios “*no tendrán derecho sobre sus aportaciones, al ser estas inembargables*” (refiriéndose a las aportaciones al capital social). Los mencionados preceptos reproducen, en lo esencial, los arts. 86.2 y 85.5 LSCA de 1999 e igualmente se asemejan al art. 52.3 LCoop y la disposición adicional tercera de la misma ley. VARGAS VASSEROT considera que a la luz de estos preceptos se puede entender, en principio, que los bienes entregados por la cooperativa para su gestión y los pagos realizados por los servicios prestados por la cooperativa pertenecen a los socios; y que, por el contrario, las aportaciones al capital social son inembargables por los acreedores de los socios. En consecuencia, al entregar los bienes para la gestión cooperativa no habría transmisión de la propiedad¹⁵⁴. Los partidarios de esta interpretación identifican la actuación de la sociedad cooperativa con la intermediación gestora o el mandato sin representación. Según FAJARDO GARCÍA, “-salvo posibles excepciones- la cooperativa actúa como mandatario, gestionando bienes y servicios de sus socios o para sus socios”, aunque la cooperativa contrata sobre ellos en nombre propio normalmente esos bienes no son adquiridos en propiedad por ésta ya que lo hace por cuenta de sus socios¹⁵⁵. Esto plantea dos problemas: por un lado, otorga una excesiva protección a los socios frente a los acreedores sociales y por otro lado, generaliza un modo de actuación económica propio de las cooperativas agrarias a todas las demás. Dicho modelo aplicado a las cooperativas de trabajo, por ejemplo, plantearía serias dudas en relación a la titularidad de los bienes producidos.¹⁵⁶

El mismo autor antes citado nos plantea otra interpretación, que vemos más acertada. El art. 52.3 LCoop (y el 62.2 LSCA) únicamente nos indica que la masa de gestión económica no se integra en el capital social y que la fuente aplicable a esos bienes y fondos es lo pactado con la sociedad cooperativa. Pero no dice que sean inembargables y propiedad de los socios. Por tanto su integración en la masa activa del concurso dependerá de las condiciones acordadas con la sociedad cooperativa¹⁵⁷. Asimismo PANIAGUA ZURERA defiende que, de acuerdo con nuestra legislación cooperativa, la transmisión o no de la propiedad de las entregas o pagos realizados por el socio depende

¹⁵⁴ VARGAS VASSEROT, C., “*La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros*”, Revista de Derecho de Sociedades, nº 27, 2006, pp. 120-125.

¹⁵⁵ FAJARDO GARCÍA, “*La masa activa...*”, ob. cit., p. 49; e, ídem, “*La gestión económica...*”, ob. cit., pp. 85 y ss.

¹⁵⁶ VARGAS VASSEROT, “*La Actividad Cooperativizada...*”, ob. cit., pp. 120-125.

¹⁵⁷ VARGAS VASSEROT, “*La solvencia y...*”, ob. cit., pp. 293-294.

de las relaciones contractuales entre la cooperativa y el socio, de las actuaciones realizadas sobre los bienes o pagos por la cooperativa y de los contratos con terceros¹⁵⁸.

Somos conscientes de la inseguridad jurídica que plantea esta solución interpretativa pues impide, a primera vista, conocer la titularidad de los bienes e importes entregados por los socios. Dada la variabilidad del capital social, la inembargabilidad del FFS, la posibilidad de no dotar reservas legales mediante la política de beneficio cero, y otras peculiaridades de las sociedades cooperativas; en muchas ocasiones estos bienes constituirán el principal activo con el que los socios podrán ver satisfechos sus créditos. Sin embargo, como hemos señalado, la solución no puede ser generalizar el modelo de la cooperativa como gestor, pues hay tipos cooperativos en los que causaría graves inconvenientes. Por otro lado, considerar que en todo caso se transmite la propiedad provocaría que, por ejemplo, en las cooperativas de vivienda las sucesivas transmisiones hicieran más costosa la operación por sus consecuencias tributarias. Permitir que las distintas sociedades cooperativas configuren su propio modelo, creemos que es la mejor forma de conciliar los intereses en juego.

2. La calificación concursal de los créditos de los socios de las cooperativas de trabajo

La LSCA permite que estatutariamente se prevea la existencia de socios de trabajo en aquellas cooperativas que no tengan el carácter de cooperativas de trabajo (art. 14.1). Éstos se rigen por las mismas normas aplicables a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo (art. 14.3 LSCA), por tanto todas las consideraciones que realicemos en adelante deberán entenderse referidas a ambos.

Antes de comenzar con el análisis de la cuestión, debemos advertir que la relación entre los socios trabajadores y la cooperativa ha sido, y sigue siendo, una de las materias más controvertidas en los estudios especializados en el régimen de sociedades cooperativas. El mayor motivo de discusión fue si la naturaleza jurídica de esta relación era laboral o societaria, aspecto que ha querido dejar cerrado el legislador al establecer expresamente su carácter societario (art. 84.1 LSCA). Consecuentemente el art. 87.1

¹⁵⁸ PANIAGUA ZURERA, “*La sociedad cooperativa...*”, ob. cit., pp. 108-109; e, idem, “*Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*”, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, pp. 408-423.

LSCA determina que las fuentes reguladoras de los de los derechos y obligaciones de los socios de trabajo son societarias: los estatutos, el reglamento de régimen interior y los acuerdos de la asamblea general. Además la contraprestación recibida por el socio a cambio de su trabajo tiene la consideración de “*anticipos societarios*” y se niega la posibilidad de calificarla como salario, a tenor del artículo antes citado.

Ante las reiteradas manifestaciones relativas a la naturaleza jurídica societaria de la relación y la expresa negación del carácter salarial de la contraprestación, parece evidente la opción elegida por el legislador. Sin embargo no debemos dar una respuesta apresurada pues, a pesar de haber sido tan tajante la Ley en esta cuestión, hay determinados preceptos que matizan lo anterior aportando algunas notas de laboralidad. En primer lugar, la LSCA cuando establece las fuentes que regulan los derechos y obligaciones de los socios de trabajo fija como límite “*las disposiciones que determinen los derechos y garantías legalmente establecidos en el derecho laboral común*”. Esta remisión al Derecho laboral supone un límite a la capacidad de configurar el régimen de la prestación del trabajo por la sociedad. El hecho de que el legislador haya querido extender los derechos y garantías previstos en el Derecho laboral para los trabajadores, en lugar de dejar que se determine exclusivamente por los acuerdos y pactos sociales, choca con la naturaleza societaria de la relación.

En segundo lugar, la sociedad cooperativa está obligada a entregar los anticipos societarios antes señalados, debiendo hacerlo periódicamente y en un plazo no superior a un mes (art. 87.1 LSCA). Aunque la Ley no diga a cuenta de qué percepciones futuras son los anticipos, la LCoop fija que los socios trabajadores tienen derecho a recibir “*percepciones a cuenta de los excedentes de la cooperativa denominados anticipos societarios*” (art. 80.4). Confrontando el citado precepto autonómico y el estatal podemos concluir que los anticipos recogidos en la LSCA también son a cuenta de los excedentes de la cooperativa. Dado que son pagos realizados a cuenta del posterior resultado de la sociedad cooperativa, los anticipos sólo deberían repartirse en caso de que existieran excedentes o beneficios¹⁵⁹. Pero la ley otorga a los socios el derecho a percibir estos anticipos sin especificar qué ocurre cuando los resultados de varios ejercicios consecutivos son negativos. Entendemos que es un derecho no condicionado a la existencia de ganancias, porque la ley no lo establece y porque resulta imposible saber

¹⁵⁹ VARGAS VASSEROT, “*La Actividad Cooperativizada...*”, ob. cit., p. 195.

con total seguridad cual será el resultado del ejercicio económico. El carácter mensual de estas percepciones y su obligatoriedad para la sociedad cooperativa, a nuestro juicio, provoca que los anticipos guarden cierto parecido con los salarios percibidos por los trabajadores por cuenta ajena.

A la vista de lo anterior podemos concluir que la naturaleza jurídica de la relación entre los socios de trabajo y la cooperativa es una relación societaria, si bien su régimen en algunos puntos recurre a soluciones propias de las prestaciones laborales. Como afirma PANIAGUA ZURERA la comentada relación “*está configurada como una prestación de trabajo o servicios, aunque no sea un contrato de trabajo en sentido estricto, en un contexto o marco societario*”¹⁶⁰.

Expuesta la naturaleza jurídica de la relación podremos entender con mayor facilidad el debate doctrinal acerca de la clasificación concursal de los créditos derivados de la relación entre el socio de trabajo y la cooperativa. Los autores especializados en la materia aportan dos posibles soluciones. En primer lugar tenemos aquellos que asimilan las percepciones recibidas por los socios trabajadores a salarios. El segundo sector académico considera que el trabajo realizado por los socios debe puede ser considerado trabajo personal no dependiente.

Entre los defensores de la primera tesis podemos citar a PRIMITIVO BORJABAD. Este autor reconoce el carácter societario de la vinculación entre el socio y la cooperativa. Además niega que la contraprestación por el trabajo realizado en el seno de la cooperativa sea salarial, pues le falta ajenidad. No obstante, defiende la asimilación de los créditos de los socios de trabajo a los salariales con base en la comentada referencia al Derecho laboral que realiza la LSCA pero también la LCoop y otras leyes autonómicas. Siguiendo este razonamiento llega a la conclusión de que los comentados créditos deberán ser considerados créditos contra la masa. Estos incluirán aquellos que se han generado en los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso, en cuantía no superior al doble del salario mínimo interprofesional¹⁶¹. Los que sean anteriores a la declaración del concurso y no se incluyan en los mencionados treinta días deberían ser calificados como créditos con privilegio general conforme al art. 91.1 LConc. En cuanto a los créditos derivados de los servicios prestados desde la declaración del concurso hasta

¹⁶⁰ PANIAGUA ZURERA, “*La sociedad cooperativa...*”, ob. cit., p. 111.

¹⁶¹ PRIMITIVO BORJABAD, “*Una primera aproximación...*”, ob. cit., p. 111.

su conclusión, tendrían la consideración de créditos contra la masa en virtud del art. 84.2.5º LConc¹⁶². Otros autores, en la misma línea, proponen calificar como laboral la relación socio-cooperativa a efectos concursales, pero en atención a argumentos distintos. Sostienen que dentro de la filosofía de conservación de empresas y correlativo mantenimiento del empleo que preside la reforma concursal, se podría considerar la naturaleza laboral de este vínculo, siendo conceptuados como créditos contra la masa¹⁶³.

Entendemos que esta interpretación es contraria a la Ley y por tanto no puede ser admitida como solución para el concurso de las sociedades cooperativas andaluzas. La LSCA niega expresamente la posibilidad de considerar estos créditos como salariales (art. 87.1), por tanto no es posible asimilarlos ni siquiera a efectos concursales.

Un segundo sector doctrinal, consciente de que a la relación del socio y la cooperativa le falta la nota de ajenidad y a la vista de su consideración legal como societaria, propone asimilar las prestaciones de los socios al trabajo personal no dependiente. Según esta tesis las obligaciones contraídas por la sociedad por el trabajo de sus socios en los treinta días anteriores a la declaración del concurso no podrían considerarse créditos contra la masa. Respecto a los créditos generados por la actividad cooperativizada desarrollada desde la declaración del concurso hasta que el juez acuerde el cese de la actividad, defienden ITURRIOZ DEL CAMPO y MARTÍN LÓPEZ que debe calificarse como crédito contra la masa. Para ello argumentan que, la no realización de esta actividad supondría la imposibilidad de la continuidad de la actividad productiva de la cooperativa. Pero no señalan el supuesto de los contenidos en el art. 84.2 LConc en el que deben incluirse para tener la consideración de créditos contra la masa. Entendiendo que es trabajo personal no dependiente, sus créditos devengados en los seis meses anteriores a la declaración del concurso deben clasificarse como créditos con privilegio general, conforme al art. 91.3º LConc¹⁶⁴.

A nuestro juicio esta solución tampoco es posible pues no vemos la alegada falta de dependencia, sin la cual no habría concordancia entre la realidad y el supuesto de hecho en el que se pretende subsumir. La dependencia como nota de laboralidad supone el

¹⁶² Dentro del contenido material de este precepto deben entenderse incluidos los salarios devengados tras la declaración del concurso. V. CABALLERO GARCÍA, F., *“Los créditos contra la masa”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 63.

¹⁶³ DOMÍNGUEZ CABRERA, M. P., *“La cooperativa de consumidores y usuarios en concurso”*, Cuadernos de Derecho y Comercio, nº 54, 2010, p. 287.

¹⁶⁴ ITURRIOZ DEL CAMPO y MARTÍN LÓPEZ, *“Algunas especialidades financieras...”*, ob. cit., pp. 202-206; e, ídem, ITURRIOZ DEL CAMPO, *“Los procesos concursales...”*, ob. cit., pp. 146-148.

sometimiento del trabajador al poder organizativo y disciplinario del empresario, manifestándose en el deber de acatar las órdenes dadas por el empresario y en la posibilidad de ser sancionados disciplinariamente. VARGAS VASSEROT recoge que parte de la doctrina niega la dependencia de los socios de las cooperativas por su participación en la toma de decisiones y por el esquema igualitario del cooperativismo. No obstante, acertadamente advierte que la voluntad social es diversa de la del socio quien está sometido a lo que acuerden los órganos de la sociedad cooperativa. Además el socio de trabajo puede ser sancionado disciplinariamente, independientemente de que su origen sea el incumplimiento de los estatutos a los que se ha sometido libremente o el Reglamento de régimen interno aprobado por la asamblea general de la que forma parte¹⁶⁵.

Tras la discusión de las dos soluciones propuestas por la doctrina hemos visto que no cabe la asimilación de los créditos objeto de análisis a salarios, porque así lo dice expresamente la ley; y que tampoco se puede asimilar al trabajo personal no dependiente por existir una dependencia entre el socio de trabajo y el empleador (la sociedad cooperativa). Por tanto consideramos que estos créditos configuran un supuesto no asimilable a otras formas de prestación del trabajo, de las contenidas en la LConc. Esta conclusión nos lleva a calificar los créditos anteriores a la declaración del concurso como ordinarios, que es la clasificación reservada por la LConc para los supuestos que no pueden calificarse como créditos privilegiados o subordinados.

Como se desprende del debate antes expuesto, tanto los autores que abogan por la asimilación a una relación laboral, como los que defienden su carácter de trabajo personal no dependiente comparten una misma preocupación. Ésta es que la no consideración como créditos contra la masa de la remuneración de los trabajadores desde la declaración del concurso conllevaría la imposibilidad de continuar con la actividad económica. Desde la primera opción se argumentaba la filosofía de conservación de empresas y el mantenimiento del empleo. Desde la segunda, ITURRIOZ DEL CAMPO y MARTÍN LÓPEZ advierten que las prestaciones realizadas por los socios son vitales para la viabilidad de la empresa y si los socios de trabajo no obtienen remuneración por éstas previsiblemente elegirán no continuar con la actividad. También se podría añadir que no proteger a los socios trabajadores de las cooperativas de igual forma que a los de otras

¹⁶⁵ VARGAS VASSEROT, “*La Actividad Cooperativizada...*”, ob. cit., p. 187-190.

sociedades desincentivaría la elección de este tipo societario y por ello podría ser contrario al art. 129.2 CE.

Los motivos alegados sobre la idoneidad de calificar como crédito contra la masa esta deuda son muy relevantes, pero ninguno es suficiente para justificar tal clasificación a la vista de la legislación vigente. Para que sea posible es necesario encontrar un supuesto en el art. 84.2 LConc en el que puedan encajar estas obligaciones contraídas por la sociedad cooperativa. A nuestro modo de ver, las mencionadas obligaciones pueden subsumirse en el supuesto de hecho contenido en el art. 84.2.5º LConc relativo a los créditos “*generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso*”. Esta disposición responde al principio de continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial reflejada en el art. 44.1 LConc, que determina que “*la declaración del concurso no interrumpirá la continuación de la actividad empresarial*”¹⁶⁶. Probablemente con el fin de facilitar ese objetivo el legislador ha formulado este supuesto de hecho en unos términos muy amplios, incluyendo todos los créditos derivados de la actividad profesional o empresarial. Los anticipos societarios son un gasto que necesariamente debe ser asumido por la sociedad cooperativa para así poder continuar con su actividad, siendo imposible sin el trabajo prestado por los socios de la cooperativa.

3. Las secciones: los efectos concursales de la afectación de un patrimonio separado a su actividad

La última peculiaridad del régimen de las sociedades cooperativas andaluzas, con relevancia en el procedimiento concursal, que vamos a estudiar es la constitución de secciones en el seno de la cooperativa. En el presente epígrafe analizaremos su régimen general, pero no abordaremos casos más específicos como el de las cooperativas de vivienda o las secciones de crédito que superan el objeto de nuestro estudio.

La doctrina define las secciones de las sociedades cooperativas como una demarcación autónoma funcional, con una gestión separada que genera un patrimonio independiente y afecto a las responsabilidades derivadas de esa gestión específica¹⁶⁷.

¹⁶⁶ CABALLERO GARCÍA, “*Los créditos contra...*”, ob. cit., p. 63.

¹⁶⁷ FAJARDO GARCÍA, G., “*Las secciones de crédito en el ordenamiento jurídico español*”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 32, 1999, p. 11.

La razón de su constitución responde a la necesidad de estructurar u organizar la actividad de la sociedad cooperativa. Es por tanto, una diferenciación interna que realiza la cooperativa para la mejor gestión de las actividades específicas que desarrolla. Un gran número de estudios especializados sobre el régimen económico de las sociedades cooperativas ha mostrado su preocupación por las dificultades que tienen las cooperativas para su integración y mejor aprovechamiento de las economías de escala. Sin embargo, como señala VARGAS VASSEROT, este problema no se da sólo en sentido ascendente, sino que también se produce en sentido inverso. Es decir, las sociedades cooperativas también necesitan mecanismos internos para gestionar las particularidades y diferencias objetivas que puedan darse en su seno, sin necesidad de recurrir a la creación de sociedades distintas¹⁶⁸. Esto se puede lograr con la creación de secciones, sin embargo su autonomía patrimonial no es comparable a la de las filiales con respecto a su matriz, como explicaremos a continuación.

El art. 12.1 LSCA habilita a las sociedades cooperativas andaluzas para constituir secciones “*con autonomía de gestión y patrimonio separado*”, para el desarrollo de actividades económicas específicas o complementarias a su objeto social. En el mismo precepto resuelve cualquier duda que pueda surgir en relación a la comunicación de deudas entre el patrimonio separado de la sección y el patrimonio general de la sociedad cooperativa: “*Del cumplimiento de las obligaciones contraídas específicamente por cada sección responderá, en primer lugar, su patrimonio separado, sin perjuicio de la responsabilidad general y unitaria de la entidad, que dispondrá de acción de repetición contra los socios y socias que integren dicha sección*”. El legislador autonómico no ha optado por una regulación diferente a la estatal en este punto, el citado precepto reproduce en términos casi idénticos el contenido de los apartados primero y segundo del art. 5 LCoop¹⁶⁹. La interpretación de estos artículos nos lleva a la conclusión de que no existe una limitación de responsabilidad entre la sección y la cooperativa, sino que se trata de

¹⁶⁸ VARGAS VASSEROT, C., “*Integración y diferenciación cooperativa: de las secciones a los grupos de sociedades*”, Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, nº 44, 2010, pp. 164-166.

¹⁶⁹ “1. Los Estatutos de la cooperativa podrán prever y regular la constitución y funcionamiento de secciones, que desarrollen, dentro del objeto social, actividades económico-sociales específicas con autonomía de gestión, patrimonio separado y cuentas de explotación diferenciadas, sin perjuicio de la contabilidad general de la cooperativa. La representación y gestión de la sección corresponderá, en todo caso, al Consejo Rector de la Cooperativa.

2. Del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la actividad de la sección responden, en primer lugar, las aportaciones hechas o prometidas y las garantías presentadas por los socios integrados en la sección, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la cooperativa”.

una prelación de responsabilidad con eficacia interna, pero no frente a terceros¹⁷⁰. La afectación a la actividad de la sección de un patrimonio separado no obsta la responsabilidad patrimonial universal de la cooperativa¹⁷¹, si bien dispondrá de una acción de repetición contra los socios que integran la sección.

Por el tenor literal de la Ley queda patente que la sociedad cooperativa responde de las deudas contraídas por la sección, aunque deberán satisfacerse preferentemente con el patrimonio de esta última. Por el contrario, no queda tan claro si la sección debe responder de las deudas generadas por la actividad general de la cooperativa o de las contraídas como consecuencia de la actividad específica de otra sección. Entendemos que siendo la sociedad cooperativa la única que ostenta personalidad jurídica y por ello la titular activa y pasiva de las relaciones jurídicas establecidas con terceros, responderá de cualquier deuda el patrimonio de la cooperativa en su totalidad. De lo contrario se vulneraría el principio de universalidad en virtud del cual “*Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor*” (art. 76 LConc). La separación de patrimonios producida por la constitución de una sección sólo tiene eficacia interna y cumple una finalidad meramente organizativa, sin que por ello pueda considerarse que exista una posible limitación de la responsabilidad. Declarado el concurso, tanto los patrimonios separados de las secciones como el patrimonio general de la cooperativa integrarán la masa activa con la que se deberán satisfacer los derechos de crédito que ostenten los acreedores de la sociedad cooperativa. No cabrá, a nuestro modo de ver, diferenciación entre los acreedores de las secciones y de la cooperativa pues el único deudor es la sociedad, sin perjuicio de las acciones de repetición que procedan.

En conclusión, la existencia de patrimonios separados por la constitución de secciones no afecta a la determinación de la masa activa y pasiva en el concurso de sociedades cooperativas andaluzas.

¹⁷⁰ FAJARDO GARCÍA, “*La masa activa...*”, ob. cit., p. 45.

¹⁷¹ PRIMITIVO BORJABAD, “*Una primera aproximación...*”, ob. cit., p. 133; y VARGAS VASSEROT, “*Integración y diferenciación cooperativa: de las secciones a los grupos de sociedades*”, ob. cit., p. 166.

XI. CONCLUSIONES

Las sociedades cooperativas tienen en la actualidad una considerable importancia en la economía andaluza, como revelan los más de cincuenta mil trabajadores empleados por éstas y las más de cuatro mil cooperativas que figuraban registradas en 2012¹⁷². Además, como señalamos al comienzo del trabajo, las características de las sociedades cooperativas hacen que la doctrina económica las considere un instrumento idóneo para salvar empresas en crisis y mantener, e incluso incrementar, el empleo. Por otro lado el constituyente apostó por este tipo societario disponiendo un mandato constitucional para su fomento. Dicho mandato obliga al legislador a dotar a las cooperativas de una legislación adecuada, pues la existencia de un marco regulador coherente con sus principios definitorios y adaptado a la realidad económica, es imprescindible para que puedan ser una verdadera alternativa empresarial.

A pesar de ello, hemos podido ver a lo largo del estudio cómo la propia LSCA adolece de graves deficiencias en su regulación, generando interpretaciones doctrinales dispares e incluso contradictorias. Estos problemas interpretativos se incrementan cuando se trata de aplicar al ya de por sí complejo régimen cooperativo andaluz la legislación concursal. Hemos señalado en nuestro trabajo que esto puede explicarse en cierta medida porque la LConc se redactó pensando fundamentalmente en las sociedades de capital. No obstante, aunque el legislador hubiera tomado en consideración el régimen específico de las sociedades cooperativas, la situación no sería muy diferente. Resulta prácticamente imposible conciliar la LConc y el régimen de la sociedad cooperativa porque no existe un único régimen. En el epígrafe relativo al marco jurídico hemos mencionado los inconvenientes provocados por las marcadas diferencias presentes en los distintos regímenes cooperativos. Son dos, el fenómeno del *forum shopping* y la conciliación entre la normativa cooperativa autonómica y otras materias que afectan a las cooperativas pero que son de competencia estatal. Con tal fin, no sólo consideramos deseable sino fundamental para dotar de una legislación adecuada a las sociedades cooperativas coordinar los esfuerzos de los legisladores autonómicos para aportar soluciones similares en los aspectos más relevantes de la regulación cooperativa.

Las dudas interpretativas se acrecientan cuando se analiza la regulación concreta de las sociedades cooperativas andaluzas en situación de insolvencia. Como hemos puesto

¹⁷² V. el epígrafe III.2. “Las cifras de las sociedades cooperativas en Andalucía”.

de relieve en este trabajo, desde la determinación de los sujetos legitimados para solicitar el concurso surgen importantes dudas.

Por la participación del socio en la actividad cooperativizada los socios se convierten en acreedores de la sociedad. Considerarlos personas especialmente relacionadas con el deudor por ser titulares de más de un diez por ciento del capital social no nos parece una solución acertada. Principalmente porque el mayor o menor porcentaje de participación en éste no influye en los derechos políticos del socio y en segundo lugar porque desincentiva la solicitud del concurso por parte del socio acreedor. Por otro lado, contrariamente a lo defendido por algunos autores, hemos manifestado que los socios no son acreedores de la sociedad por su derecho de reembolso, al menos hasta que causan bajan de la sociedad que es cuando nace la obligación.

En relación a la legitimación activa del deudor, la Ley es clara al atribuirla al órgano de administración. Sin embargo hemos considerado desacertada la inclusión en la LSCA de unas consecuencias por el incumplimiento de la obligación de solicitar el concurso que no respetan las debidas garantías para el obligado. El art. 79.3 LSCA hace responsables a los administradores que incumplieron la obligación de solicitar el concurso *“de todas las deudas sociales generadas a partir del mes siguiente en que se constate la causa que justifica la disolución o declaración de concurso”*. No exige la existencia de dolo o culpa, no requiere probar que la actuación de los administradores ha generado o agravado el estado de insolvencia y tampoco debe ser probado el daño producido.

Respecto a la legitimación de los socios, concluimos que con carácter general no estarán legitimados pues no responden personalmente de las deudas sociales. No obstante, en los casos específicos de la sociedad cooperativa en constitución y la sociedad cooperativa irregular los socios sí responden personalmente, y por tanto están legitimados activamente.

Con la finalidad de abordar el estudio de una forma sistematizada hemos estructurado el resto del trabajo en dos áreas. En primer lugar hemos analizado los efectos concursales de la estructura financiera de las sociedades cooperativas andaluzas y en segundo lugar la forma en la que desarrolla su actividad económica.

Entre las características de la estructura financiera de las sociedades cooperativas andaluzas, cobra una especial importancia, en sede concursal, el derecho de reembolso por las aportaciones al capital social. Tras la entrada en vigor de la LSCA, el derecho de

reembolso se ha visto afectado por la atribución al órgano de administración de la facultad de rehusar el reembolso incondicionalmente, si así se dispone estatutariamente. Dicha facultad también se le atribuye, aunque no se incluya estatutariamente, si los estatutos sociales regulan la posibilidad de transmitir libremente las participaciones en el capital social. Como consecuencia, aquellos socios que causen baja y se les reconozca el derecho de reembolso serán acreedores concursales y su crédito tendrá carácter ordinario. Por el contrario, aquellos a quienes se rehúse el reembolso o no hayan ejercido su derecho no tendrán la consideración de acreedores concursales, y se les reintegrará su participación después de saldar las deudas sociales.

El FRO ha sido tradicionalmente el mayor garante de la solvencia de las sociedades cooperativas. De hecho la doctrina económica lo consideraba, hasta la última reforma, el único recurso propio con el que contaba la cooperativa. Las dotaciones que debían nutrir este fondo eran superiores a las que realizan otras sociedades como reserva legal, este hecho unido a su carácter irrepartible provocó la *política de beneficio cero*. La vigente LSCA ha reducido significativamente los porcentajes que deben dotarse al FRO, en comparación con la Ley anterior, y ha permitido que estatutariamente se disponga su repartibilidad parcial (hasta la mitad). Como aspecto positivo de esta medida podemos destacar que incentivará la dotación de reservas evitando la *política de beneficio cero*. Pero por otro lado, la equiparación de la dotación a reservas legales de las cooperativas con otras sociedades podría causar que las sociedades cooperativas ya no tengan ese comportamiento contra-cíclico que tanto ha destacado la doctrina económica. Es decir, con unos niveles similares de reservas es de esperar que ya no se les pueda atribuir una mayor resistencia a las crisis económicas.

Al contrario que el FRO, el FFS no ha visto reducida su dotación y sigue manteniendo su carácter irrepartible, incluso en caso de disolución. No obstante, algunos autores cuestionan su inembargabilidad y defienden que sería más conveniente que en sede concursal el fondo se destinara a satisfacer las deudas sociales, en lugar de entregarse a la Junta de Andalucía para el fomento de sociedades cooperativas. A esto hemos respondido que, si la finalidad es incrementar la solvencia de la sociedad cooperativa, hay otros medios más adecuados como el incremento de las reservas legales que tanto han sido reducidas.

En la segunda área de estudio hemos tratado tres puntos. El primero relativo a la titularidad de los fondos y bienes aportados por los socios para el desarrollo de la

actividad cooperativizada. En segundo lugar, la calificación concursal de los créditos de los socios trabajadores. Por último, los efectos concursales de la organización de la actividad mediante la constitución de secciones, que según la ley tienen autonomía de gestión y patrimonio separado.

En el primer punto hemos concluido que la transmisión de la propiedad de las aportaciones a la sociedad y, en consecuencia, su integración en la masa activa del concurso dependerá de varios factores. Estos son, las relaciones contractuales entre el socio y la cooperativa, las actuaciones realizadas sobre los bienes o pagos de la cooperativa y los contratos con terceros. A pesar de la inseguridad que provoca esta solución, consideramos que es lo más adecuado para conciliar los intereses de todos los implicados y que no resulta posible una solución generalizable a todos los tipos cooperativos.

También resulta compleja la determinación de la calificación concursal de los créditos de los socios trabajadores por la prestación de servicios a la sociedad cooperativa. La doctrina propone dos soluciones: asimilar sus créditos a los de los trabajadores asalariados o a la del trabajo personal no dependiente. Sin embargo consideramos que la primera opción debe ser descartada por la negación de su carácter salarial por parte de la LSCA. La segunda solución propuesta tampoco nos parece adecuada porque apreciamos la existencia de dependencia entre el socio trabajador y la sociedad cooperativa, con base en su sometimiento a las decisiones de los órganos sociales y a su régimen disciplinario. A nuestro modo de ver, estos créditos no encajan en ningún supuesto de hecho de los contenidos en los arts. 90 y 91 de la LConc por lo que deben ser considerados ordinarios. Respecto a la actividad desplegada a partir de la declaración del concurso, entendemos que el pago de los anticipos a los trabajadores es un gasto necesario para la continuidad de la actividad empresarial. Por ello defendemos su consideración como créditos contra la masa, en virtud del art. 84.5 LConc.

El último aspecto analizado del régimen de las sociedades cooperativas andaluzas es la relevancia concursal de la creación de secciones. Aunque el legislador dispone que las secciones tienen afecto un patrimonio separado, para el desarrollo de su actividad específica, consideramos que debe ser incorporado a la masa activa del concurso. Analizando detenidamente el art. 12.1 LSCA vemos que más que una separación de patrimonios lo que se establece es un orden de prelación para el pago de las deudas sociales. Como establece la misma disposición, la creación de la sección no afecta a “la

responsabilidad general y unitaria de la entidad”, que es la única que ostenta personalidad jurídica y, por tanto, es la titular de las relaciones jurídicas. La existencia de secciones tendrá efectos en las relaciones internas de la entidad pero no frente a terceros, de cuyos créditos responderá el patrimonio íntegro de la cooperativa¹⁷³.

Para finalizar nuestro trabajo nos gustaría realizar una última reflexión que va más allá de la interpretación del régimen de las sociedades cooperativas andaluzas en relación al Derecho concursal. Nos gustaría hacer una valoración global de la vigente LSCA y el modelo cooperativo elegido por el legislador andaluz. Desde un punto de vista formal destaca la falta de un adecuado debate parlamentario por la tramitación de la Ley como urgente y las numerosas remisiones que la LSCA hace al reglamento ejecutivo. A lo largo de nuestro estudio hemos dado cuenta de la gran relevancia de algunas de las cuestiones reguladas reglamentariamente, entre ellas: el régimen de la sociedad cooperativa devenida irregular y la transmisión de participaciones del capital social. Son aspectos que afectan a los derechos y obligaciones de los socios, e incluso a la responsabilidad frente a terceros, por lo que consideramos que deberían haber sido desarrollados legalmente. Respecto al contenido de la Ley, hemos criticado en más de una ocasión la tendencia seguida por el legislador hacia un modelo cooperativo economicista. La aproximación del régimen de las sociedades cooperativas andaluzas a las sociedades capitalistas tradicionales conlleva la pérdida de sus valores y principios definitorios. En consecuencia el modelo societario cooperativo se desdibuja y deja de tener el sentido o fundamento que justifica su existencia. Como afirma PANIAGUA ZURERA, y a cuya tesis nos adherimos, *“la función institucional y sistémica de la economía social –y, por tanto, de la cooperación y sus formas jurídicas- es el enriquecimiento del nuestras economías mixtas mediante su actuación como poder compensador en los mercados. Un poder fáctico que pueda ejercer cierto control social y económico frente a los abusos de otros modelos de empresas, ya sean privadas o públicas. Un sector de la economía con unos valores y objetivos propios, como la democratización y la humanización del sistema económico y de sus empresas y empresarios; un pluralismo empresarial efectivo, con empresas que no respondan a los valores del mercado neoliberal; el perfeccionamiento*

¹⁷³ Salvo el FFS que como ya hemos comentado es inembargable en todo caso y debe separarse de la masa concursal.

de la competencia económica y la reducción de los fallos del mercado; y la tan necesaria dotación o atribución de contenido social y ético a la libertad de empresa”¹⁷⁴

¹⁷⁴ PANIAGUA ZURERA, “*Notas críticas a...*”, ob. cit., pp. 57-58.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO SÁNCHEZ, R., “*La legislación española sobre cooperativas y sociedades laborales: ¿una respuesta adecuada a las necesidades del sector?*”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 20, 2009, pp. 1-33. Consultado en la edición digital, disponible en: <http://www.ciriec-revistajuridica.es/>.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “*Las cooperativas en el desarrollo social*” (A/RES/64/136), DE 18 de diciembre de 2009.
- BEL DURÁN, P. y FERNÁNDEZ GUADAÑO, J., “*La financiación propia y ajena de las sociedades cooperativas*”. CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 42, 2002, pp. 101-130.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. “*Manual de Derecho Mercantil*”, vol. II, 19ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012.
- CABALLERO GARCÍA, F., “*Los créditos contra la masa*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- CALDERÓN, B. y CALDERÓN, M. J. “*La calidad del empleo de las entidades de la economía social en el período de crisis*”, Ekonomiaz, nº 79, 2012, pp. 30-57.
- CANO LÓPEZ, A. “*Teoría Jurídica de la Economía Social, la sociedad laboral: una forma jurídica de empresa de economía social*”, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.
- COMOS TOVAR, C. y GONZÁLEZ MARINA, G. (coord.), “*La Economía Social en España 2010/2011*”, Ed. Cepes, Madrid, 2011.
- CUADRADO SERRÁN, M. y CIRUELA LORENZO, A. M., “*Las sociedades cooperativas y sociedades laborales como motor de desarrollo económico y social: análisis de su impacto socioeconómico en la región de Andalucía*”, REVESCO, nº 115, 2014, pp. 57-100.
- DÍAZ MORENO, A., “*Las Sociedades Mercantiles*”, en Jiménez Sánchez, G. J. (coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 17ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2014, pp. 181-196.

- DOMÍNGUEZ CABRERA, M. P., “*La cooperativa de consumidores y usuarios en concurso*”, Cuadernos de Derecho y Comercio, nº 54, 2010, pp.253-296.
- ENRIQUE, C., “*De operario a empresario*”, RTVE, 27 de mayo de 2014, URL: <http://www.rtve.es/television/20140527/repor-tve-operario-empresario/943724.shtml> [consulta: 15 de agosto de 2014].
- FAJARDO GARCÍA, I. G., “*La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*”, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- “*Las secciones de crédito en el ordenamiento jurídico español*”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 32, 1999, pp. 9-38.
 - “*La masa activa y pasiva en el concurso de las cooperativas*”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 16, 2005, pp. 9-54.
- FERNÁNDEZ GUADAÑO, J., “*La nueva estructura financiera de acuerdo con la Ley 27/1999, de cooperativas*”, REVESCO, nº 77, 2002, pp. 7-29.
- GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C., “*Estudio del régimen económico y de la contabilidad de la empresa cooperativa en relación con la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas*”, 1988, Documentos de trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales; nº 31. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/24340/>.
- GÓMEZ APARICIO, P., “*El capital social en las sociedades cooperativas. Las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas a la luz de los principios cooperativos*”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 45, 2003, pp. 57-80.
- GÓMEZ APARICIO, P. y MIRANDA GARCÍA, M., “*Sobre el régimen económico y financiero particular de las sociedades cooperativas*”, REVESCO, nº 90, 2006, pp. 28-56.
- GRÁVALOS GASTAMINZA, M.A. y POMARES HERNÁNDEZ, I. “*Cooperativas, desempleo y efecto refugio*”, REVESCO, nº 74, 2001, pp. 69-84.
- HENRÝ, H. “*Superar la crisis del Estado de Bienestar: el rol de las empresas democráticas, una perspectiva jurídica*”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de

Economía Social y Cooperativa, nº 24, 2013, pp. 1-10. Consultado en la edición digital, disponible en: <http://www.ciriec-revistajuridica.es/>.

ITURRIOZ DEL CAMPO, J., “*Los procesos concursales en situación de crisis: características de su aplicación a las sociedades cooperativas*”, REVESCO, nº 100, 2010, pp. 134-159.

ITURRIOZ, J. y MARTÍN LÓPEZ, S., “*Algunas especialidades financieras del concurso de acreedores de la sociedad cooperativa*”, Anuario de Derecho Concursal, nº 19, 2010, p. 189-207.

LEJARRIAGA, G. et al. “*El emprendimiento colectivo como salida laboral de los jóvenes: análisis del caso de las empresas de trabajo asociado*” REVESCO, nº 112, 2013, pp. 36-65.

MARTÍN LÓPEZ, S., LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G. e ITURRIOZ DEL CAMPO, J., “*Consideraciones sobre la naturaleza del capital social en las sociedades cooperativas de trabajo asociado*”, REVESCO, nº 91, 2007, pp. 93-119.

MATEOS RONCO, A., “*Los procesos concursales en sociedades cooperativas. Especificidades en la información económico-financiera*”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 60, 2008, pp. 209-246.

MELERO BOSCH, L. V., “*Los supuestos especiales de legitimación activa para la solicitud de concurso necesario*”, Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, nº 13, 2010, pp. 157-174.

MELIÁN NAVARRO, A. y CAMPOS CLIMENT, V., “*Emprendedurismo y Economía Social como mecanismo de inserción sociolaboral en tiempos de crisis*”, REVESCO, nº 100, 2010, pp. 43-67.

MONZÓN CAMPOS, J.L., “*El cooperativismo en la historia de la literatura económica*”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 44, 2003, pp. 9-32.

MONZÓN CAMPOS, J. L. y CHAVES ÁVILA, R., “*La Economía Social en la Unión Europea*”. Informe elaborado para el Comité Económico y Social Europeo por el

CIRIEC, Ed. Unidad de Visitas y Publicaciones del Comité Económico y Social Europeo, Bruselas, 2012.

PANIAGUA ZURERA, M., *“Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa”*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997.

- *“La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social”*, en Jiménez Sánchez, G. (coord.), *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo 12, volumen 1º, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.
- *“La normativa aplicable a las sociedades cooperativas de crédito y a la actuación del Tribunal Constitucional como legislador positivo”*, *Derecho Privado y Constitución*, nº 20, 2006, pp. 283-329.
- *“El capital social cooperativo en derecho español y su armonización con las normas internacionales de contabilidad”*, *REVESCO*, nº 90, 2006, pp. 57-91.
- *“Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social”*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.
- *“Notas críticas a la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas”*, CIRIEC-España, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 24, 2013, pp. (1-63). Consultado en la edición digital, disponible en: <http://www.ciriec-revistajuridica.es/>.

PANIAGUA ZURERA, M. y JIMÉNEZ ESCOBAR, J., *“La necesidad de una legislación cooperativa adecuada: aspectos mercantiles, tributarios y de Derecho comunitario”*, CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 81, 2014, pp. 61-93.

PARLAMENTO EUROPEO, *“Resolución sobre economía social”* (RR\764541ES.doc), 26 de enero de 2009. DOUE C 76, 25 de marzo de 2010.

- *“Declaración por escrito sobre el establecimiento de un Estatuto Europeo para las mutualidades, asociaciones y fundaciones”*, DE 84/2010 (DC\835288ES.doc.), 10 de noviembre de 2010.

- PASTOR SEMPERE, C., “*Recuperación de pequeñas y medianas empresas en concurso a través de sociedades cooperativas y su contribución a la «responsabilidad social concursal»*”, Deusto Estudios Cooperativos, nº 2, 2013, pp. 61-82.
- PRIMITIVO BORJABAD, G., “*Una primera aproximación al concurso de la sociedad cooperativa andaluza*”, Anuario de la Fundación Ciudad de Lleida, nº 16, 2005, pp. 75-124.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “*La determinación de la masa activa: aspectos sustantivos*”, en Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A., (coords.), Derecho Mercantil, vol. 10º, 15ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 313-329.
- TARAZONA CANO, P. y ALBORS ORENGO, P., “*La economía social y el desarrollo local*”, Revista del CIDEA, nº 45, 2005, pp. 70-75.
- SACRISTÁN BERGÍA, F., “*El riesgo de responsabilidad del órgano de administración de las cooperativas en situaciones de insolvencia, y de pérdidas patrimoniales*”, REVESCO, nº 89, 2006, pp. 139-166.
- SALA RÍOS, M. et al., “*Un análisis del comportamiento cíclico de las cooperativas y sociedades laborales españolas y de su relación con la actividad económica*”, REVESCO, nº 115, 2014, pp. 7-29.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “*Instituciones de Derecho Mercantil*”, vol. II, 36ª ed., Ed. Aranzadi, Madrid, 2013.
- VARGAS VASSEROT, C., “*La Actividad Cooperativizada y las Relaciones de la Cooperativa con sus Socios y con Terceros*”, Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades, nº 27, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006.
- “*La solvencia y garantías de las cooperativas en el tráfico. Algunas peculiaridades de su concurso*”, Revista de derecho concursal y paraconcursal, nº 8, 2008, pp. 281-294.
 - “*Integración y diferenciación cooperativa: de las secciones a los grupos de sociedades*”, Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, nº 44, 2010, pp. 159-176.

- “*Aportaciones exigibles o no exigibles: ésa es la cuestión*”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 22, 2011, pp. 1-45. Consultado en la edición digital, disponible en: <http://www.ciriec-revistajuridica.es/>.
- “*El derecho de reembolso del socio en caso de baja y el concurso de las sociedades cooperativas*”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 24, 2013, pp. 1-22. Consultado en la edición digital, disponible en: <http://www.ciriec-revistajuridica.es/>.

VICENT CHULIÁ, F., “*El régimen económico de la cooperativa en la Ley de 19 de diciembre de 1974*”, REVESCO, nº 36-38, 1975-1976, pp. 157-184.