

Deusto Estudios Cooperativos

Núm. 2 (2013)

www.deustoestudioscooperativos.deusto.es

Sumario

Artículos

Transformación de fundación en cooperativa

Juan Ramón Manzano
Malaxechevarría

La transformación de una cooperativa, bajo Ley estatal o vasca, en sociedad limitada o anónima

Iñigo Nagore Aparicio

Recuperación de pequeñas y medianas empresas en concurso a través de sociedades cooperativas y su contribución a la «responsabilidad social concursal»

Carmen Pastor Sempere

La axiología de la cooperación como elemento sustentador del liderazgo cooperativo

José Eduardo de Miranda

La pugna entre el *shareholder primacy model* y la *stakeholder theory* en la doctrina y práctica anglosajona. Estado de la cuestión

Iñigo Zavala Ortiz de la Torre

La relación género y cooperativa en Cuba. Perspectivas dentro del marco jurídico experimental de la cooperativa

Orisel Hernández Aguilar



Deusto Estudios Cooperativos

Revista del Instituto de Estudios Cooperativos
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto

Núm. 2 (2013)



Deusto Estudios Cooperativos

Núm. 2 (2013)

Facultad de Derecho
Universidad de Deusto
Bilbao 2013

Cargos de la revista *Deusto Estudios Cooperativos*

DIRECCIÓN

D. Enrique Gadea Soler
Universidad de Deusto

COORDINACIÓN EDITORIAL

D. Alberto Atxabal Rada
Universidad de Deusto

CONSEJO DE REDACCIÓN

- | | |
|--|---|
| D. ^a Marina Aguilar Rubio
<i>Universidad de Almería</i> | D. ^a Sagrario Navarro Lérida
<i>Universidad de Castilla-La Mancha</i> |
| D. ^a Alejandra Cobo del Rosal Pérez
<i>Universidad Rey Juan Carlos</i> | D. ^a Carmen Pastor Sempere
<i>Universidad de Alicante</i> |
| D. ^a Gemma Fajardo García
<i>Universidad de Valencia</i> | D. Fernando Sacristán Bergía
<i>Universidad Rey Juan Carlos</i> |
| D. ^a Belén García Álvarez
<i>Universidad de Deusto</i> | D. ^a María José Senent Vidal
<i>Universidad Jaime I</i> |
| D. Santiago Larrazabal Basañez
<i>Universidad de Deusto</i> | D. ^a Sonia Martín López
<i>Universidad Complutense</i> |
| D. Alfredo Muñoz García
<i>Universidad Complutense</i> | D. Carlos Vargas Vasserot
<i>Universidad de Almería</i> |

CONSEJO ASESOR

- | | |
|---|--|
| D. ^a Pilar Alguacil Marí
<i>Universidad de Valencia</i> | D. ^a Marta Izquierdo Muciño
<i>Universidad Autónoma del Estado de México</i> |
| D. ^a Saioa Arando Lasagabaster
<i>Universidad de Mondragón</i> | D. Gustavo Lejarriaga Pérez de las Vacas
<i>Universidad Complutense</i> |
| D. ^a Baleren Bakaikoa Azurmendi
<i>Universidad del País Vasco</i> | D. Alejandro Martínez Charterina
<i>Universidad de Deusto</i> |
| D. ^a Paloma Bel Durán
<i>Universidad Complutense</i> | D. José Eduardo Miranda
<i>Universidad José Bonifacio (Sao Paulo)</i> |
| D. Dante Cracogna
<i>Universidad de Buenos Aires</i> | D. José Luis Monzón Campos
<i>Universidad de Valencia</i> |
| D. Renato Dabormida
<i>Universidad Degli Studi del Piemonte Orientale</i> | D. José María Pérez de Uralde
<i>Universidad del País Vasco</i> |
| D. Javier Divar Garteiz-Aurrecoa
<i>Universidad de Deusto</i> | D. Siegbert Rippe
<i>Universidad de Montevideo</i> |
| D. ^a Josefina Fernández Guadaño
<i>Universidad Complutense</i> | D. Orestes Rodríguez Musa
<i>Universidad de Pinar del Rio</i> |
| D. Carlos García-Gutiérrez Fernández
<i>Universidad Complutense</i> | D. ^a Roxana Sánchez Boza
<i>Universidad Nacional de San José de Costa Rica</i> |
| D. Alberto García Müller
<i>Universidad de Los Andes</i> | D. Adolfo Sequeira Martín
<i>Universidad Complutense</i> |
| D. Alfredo Ispizua Zuazua
<i>Gobierno Vasco</i> | |

Colabora:

EUSKO JAURLARITZA



GOBIERNO VASCO

ENPLEGU ETA GIZARTE
GAIETAKO SAILA

DEPARTAMENTO DE EMPLEO
Y ASUNTOS SOCIALES

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

ISSN (impreso): 2255-3444

ISSN (digital): 2255-3452

Déposito legal: BI - 1707-2012

Impreso en España/Printed in Spain

Deusto Estudios Cooperativos

Núm. 2 (2013)

Sumario

Presentación de la revista	9
Artículos	
<i>Transformación de fundación en cooperativa</i> Juan Ramón Manzano Malaxechevarría	13
<i>La transformación de una cooperativa, bajo Ley estatal o vasca, en sociedad limitada o anónima</i> Iñigo Nagore Aparicio	31
<i>Recuperación de pequeñas y medianas empresas en concurso a través de sociedades cooperativas y su contribución a la «responsabilidad social concursal»</i> Carmen Pastor Sempere	61
<i>La axiología de la cooperación como elemento sustentador del liderazgo cooperativo</i> José Eduardo de Miranda	83
<i>La pugna entre el shareholder primacy model y la stakeholder theory en la doctrina y práctica anglosajona. Estado de la cuestión</i> Iñigo Zavala Ortiz de la Torre	103
<i>La relación género y cooperativa en Cuba. Perspectivas dentro del marco jurídico experimental de la cooperativa</i> Orisel Hernández Aguilar	133

Presentación de la revista *Deusto Estudios Cooperativos*

La revista *Deusto Estudios Cooperativos*, editada por el Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, es la versión actualizada del *Anuario de Estudios Cooperativos*, publicación pionera en el ámbito del Cooperativismo y de la Economía Social, que inició su andadura en 1985 y que permaneció de manera ininterrumpida en el mercado hasta 2001.

La nueva revista, *Deusto Estudios Cooperativos (DEC)*, es una publicación científica con periodicidad semestral, que nace, siguiendo el espíritu de su predecesora, con una clara finalidad de servicio y con el objeto de contribuir a difundir trabajos originales de investigación en materia de Cooperativismo y Economía Social.

Esta publicación comienza a editarse en 2012, un año especial en un doble sentido; por una parte, porque, como es sabido, ha sido proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas Año Internacional de las Cooperativas, pretendiendo con ello resaltar la contribución de las cooperativas al desarrollo económico y social, a la reducción de la pobreza, a la creación de empleo y a la integración social; y, por otra, porque este año la Universidad de Deusto ha celebrado su 125 Aniversario, renovando su compromiso, mantenido desde hace décadas, con la formación y con la investigación en Economía Social. Las cooperativas y, en general, las empresas de participación responden a nuestra preocupación por empresas más democráticas, más responsables y más éticas. Por empresas centradas en las personas y preocupadas por el medio ambiente, y que promueven al mismo tiempo el crecimiento económico, la justicia social y una globalización equitativa. Por empresas, en definitiva, que alientan el diálogo y la comprensión, y que favorecen los ideales de paz, respeto por los derechos y libertades humanas y la solidaridad.

Enrique Gadea

Director de la revista Deusto Estudios Cooperativos

Artículos

Transformación de fundación en cooperativa

Juan Ramón Manzano Malaxechevarría
Notario del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco

Recibido: 26-11-2012
Aceptado: 10-01-2013

Sumario: I. Introducción: a) La Ley de Cooperativas de Euskadi. b) El Reglamento de la Ley de Cooperativas de Euskadi. c) El concepto de fundación. d) El concepto de cooperativa. e) Clases de cooperativas. f) Clases de socios en las cooperativas. g) La baja de los socios en las cooperativas y el derecho de retorno. h) Menciones a la transformación hechas en la escritura de transformación de «Fundación Peñasal» en sociedad cooperativa. i) Compromiso. j) La cooperativa de integración social. k) La transformación de fundación en cooperativa desde una perspectiva fiscal. l) La sociedad cooperativa pequeña de la Ley 6/2008. II. Notas bibliográficas.

Resumen: El autor dibuja el camino entre una entidad de interés general, como es una fundación, hacia otra que, sin ser una entidad de interés general, no es tampoco una persona jurídica de carácter mercantil puro, como es una cooperativa. La transformación de fundación en cooperativa exige una interpretación amplia del principio de autonomía de la voluntad que el legislador favorece.

Palabras clave: Economía social, fundaciones, cooperativas, transformación mercantil.

Abstract: The author charts a path between entities that meet needs in the general interest such as foundations and others which are neither entities of general interest nor have purely mercantile legal personality such as cooperatives. Transforming a foundation into a cooperative calls for a broad interpretation of the principle of free will that the legislation wishes to foster.

Key words: Social economics, foundations, cooperatives, mercantile transformation.

I. Introducción

Aunque el asunto que hemos de tratar hoy es de carácter más bien técnico, no olvidemos que se refiere a entidades que se dedican a la integración social de personas desfavorecidas y que, según datos publicados por «El Correo» del sábado 1 de diciembre de 2012, un 5,7% de la población en Euskadi no cubre sus gastos básicos, un 24,5% padece dificultades para afrontar sus gastos habituales, un 12,3% ha de recurrir en cuantía significativa a sus ahorros para financiar esos gastos, un 4,7% sufre problemas graves de alimentación, un 5,9% incurre en impagos o atrasos y un 8,3% padece de frío en su casa. Se escucha al fondo un rumor de desahucios, de carencias y de buenas intenciones, pero no parece que acertemos a encontrar el camino para salir de una situación tan triste. En estas circunstancias, los esfuerzos para ayudar a quienes atraviesan momentos tan difíciles no pueden suscitar más que admiración y solidaridad. Y los intentos para encontrar las formas jurídicas más adecuadas para conseguir fines tan justos y tan útiles no son una simple filigrana para ocupación de los expertos, sino actividades de primera y urgente necesidad social. En nuestra actividad profesional tenemos a veces la suerte de haber sido testigos de esos esfuerzos y de esos intentos, y de saber que las personas que se han implicado en ellos han actuado con generosidad y dedicación y que su tarea es útil y es necesaria.

Detrás de cuanto hoy diremos está la economía social, una pequeña isla de autorregulación en una economía globalizada, en la que el Estado no alcanza a resolverlo todo, por no decir que se ve obligado a resolver tan sólo lo que no se resuelve en un ámbito mayor. Pero, aunque la isla sea pequeña, creamos en la posibilidad de una isla, de muchas islas, en la de un archipiélago en crecimiento de esta forma particular de empresa, que fue ya considerada como tal en el Código de Comercio. Pues si la empresa es en un sentido económico¹ la «organización de los factores de la producción (capital y trabajo) para la obtención de un lucro ilimitado» y en un sentido jurídico-mercantil² «el ejercicio profesional de una actividad económica planificada con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes y servicios», admite distintas configuraciones. Y la creciente intervención pública y planificación de la economía permite considerar empresas no sólo a las que pretenden obtener un lucro, sino también a las que persiguen fines cien-

¹ Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, I, p. 159.

² Rodrigo Uría, *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1989, p. 37.

tíficos, sociales o incluso benéficos que se organizan como tales con el sólo propósito de producir bienes y servicios y que utilizan para ello las formas de autoorganización propias del cooperativismo.

El Estado no ha sido ajeno a la realidad de la empresa cooperativa y ya reguló las cooperativas en la Ley de 2 de enero de 1942 y en su Reglamento de 11 de noviembre de 1943, así como en el Código de Comercio, que en su artículo 124 dispuso que «... *las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código cuando se dediquen a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija.*» Y no sólo eso, sino que ha puesto ese tipo de empresa en un lugar preeminente del ordenamiento jurídico, en el Título VII de la Constitución Española (CE), relativo a Economía y Hacienda, en el apartado segundo del artículo 129 se dice así: «*Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.*»

Y como la materia cooperativa no se cuenta entre las reservadas al Estado por el artículo 149.1 CE ni entre las que el artículo 148.1 considera como asumibles por las Comunidades Autónomas, éstas acudieron a la vía del art. 149.3 CE («*Las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución podrán corresponder a las CCAA en virtud de sus respectivos estatutos*») para poder regularlas. Y así, la primera Ley autonómica aprobada fue la Ley Vasca de Cooperativas (Ley 1/1982, de 11 de febrero), a la que siguió luego la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi (LCE), que es objeto de mi intervención de hoy, en la que voy a tratar de la transformación de fundación en sociedad cooperativa, un viaje para cuyo análisis hemos de partir de una definición, siquiera sea sumaria y no muy rigurosa del punto de partida y el de llegada.

Veamos, pues, para empezar, de dónde a dónde vamos. O lo que es lo mismo, qué es una fundación y qué es una cooperativa, pues eso nos indicará de entrada si nuestro propósito es alcanzable.

El punto de partida es una fundación. Y fundación es una organización constituida *sin ánimo de lucro que por voluntad de sus creadores tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*, tales como la asistencia social, cívicos, educativos, deportivos, científicos, culturales, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente u otros de naturaleza análoga.

Y el punto de llegada es una cooperativa, es decir, por utilizar una definición legal, «... aquella sociedad que desarrolla una empresa que *tiene por objeto prioritario la promoción de las actividades económicas y sociales de sus miembros y la satisfacción de sus necesidades con la participación activa de los mismos*, observando los principios del cooperativismo y atendiendo a la comunidad de su entorno» (artículo 1 de la Ley 4/1993, de Cooperativas de Euskadi).

Se trata, pues, de hacer el camino entre una entidad de interés general y otra que no lo es, si bien esta segunda no es tampoco una persona jurídica de carácter mercantil puro, o sea, dirigida a la obtención de un lucro privado partible entre los socios, sino más bien destinada a la satisfacción sin ánimo de lucro de necesidades de éstos de un modo regido por los principios del cooperativismo, que no dejan de estar impregnados de un cierto carácter social, o sea, de autoorganización y de limitación de la ganancia a la satisfacción de un interés de los socios y no de obtención de una ganancia ilimitada y acumulable, más allá de la satisfacción de todo interés concreto. Y este camino, si no difícil de admitir conceptualmente, exige al menos una interpretación amplia del principio de autonomía de la voluntad, interpretación que el legislador ha favorecido de la manera que a continuación vamos a considerar.

a) *La Ley de Cooperativas de Euskadi*

En la Ley 4/1993, de Cooperativas de Euskadi, modificada por la Ley 1/2000, de 29 de junio, al regular las modificaciones estatutarias en esta clase de entidades, indica cuáles son los requisitos que habrá de reunir la modificación de los estatutos de la fundación para transformarlos en los de una Cooperativa con respeto a lo establecido en su Ley rectora, es decir, con un capital social mínimo de tres mil euros (art. 4 LCE), aportado en moneda de curso legal, salvo que la Asamblea General o los Estatutos acuerden otra cosa (art. 57.3 LCE), con tres socios como mínimo (art. 19.1 LCE) y con cumplimiento de las exigencias que la propia Ley impone a fin de inscribir la constitución en el Registro de Cooperativas, inscripción que tiene carácter constitutivo y sin la cual no hay cooperativa posible.

Ello supone que la modificación de los estatutos de la fundación, que habrá de ser acordada por el órgano de gobierno (art. 31 LFPV), cumpla dos condiciones: que se respete el fin fundacional y que no lo prohíba la persona fundadora. Se presumirá que la modificación de estatutos aprobada por el órgano de gobierno respeta el fin fundacional y no será necesaria la aprobación del protectorado, salvo que la modifi-

cación consista en cambio de los fines de la fundación. El respeto al fin fundacional es, por tanto, el límite conceptual de esta clase de operaciones, pues si el fin de la cooperativa que se crea fuese diferente del de la fundación la transformación no es posible. Es decir, debe haber una identidad de fin entre la fundación previamente existente y la cooperativa que de la transformación de ella ha de nacer.

El paraguas protector de tal transformación lo brinda intencionadamente la propia Ley en su artículo 86, que dice así:

Artículo 86. *Transformación en cooperativas*

1. Las sociedades y las agrupaciones de carácter no cooperativo podrán transformarse en cooperativas de alguna de las clases reguladas en la presente Ley, siempre que no exista precepto legal que lo prohíba expresamente.

2. La transformación será acordada por la Junta General o mediante el sistema válido equivalente para expresar la voluntad social, con la mayoría exigida por la legislación aplicable, no afectará a la personalidad jurídica de la entidad transformada y se hará constar en escritura pública, que expresará necesariamente todas las menciones previstas en esta Ley para la constitución de una cooperativa.

3. La escritura pública de transformación, a la que se incorporará, en su caso, el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario, se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil y demás procedentes, en su caso, y siempre en el de cooperativas, *acompañada del balance cerrado el día anterior al del acuerdo de transformación*.

4. La transformación en cooperativa no altera el anterior régimen de responsabilidad de los socios de la entidad transformada por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la entidad, a no ser que los acreedores hayan consentido expresamente la transformación.

Pero, sobre todo, la admisibilidad de la transformación debemos buscarla en el principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil y recogido en el artículo 12.3 de la Ley de Cooperativas de Euskadi, según el cual «... en la escritura de constitución podrán incluirse además todos los pactos y condiciones que los promotores hubiesen acordado en la Asamblea Constituyente, *siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad cooperativa*». Y fue fundándose en este principio como el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi (CSCE) autorizó la transformación de la «Fundación Peñasal» en «Peñasal, S. Coop., Cooperativa de Trabajo Asociado», sin ánimo de lucro, de iniciativa so-

cial, que se rige por las disposiciones de la Ley 4/1993, de Cooperativas de Euskadi, modificada por la Ley 1/2000, de 29 de junio, por la Ley 8/2006, de 1 de diciembre, y por la disposición adicional cuarta de la Ley 6/2008, de 25 de junio, todas ellas aprobadas por el Parlamento Vasco, así como por lo dispuesto en el Decreto 61/2000, de 4 de abril, que regula las cooperativas de iniciativa social.

Dicha autorización implica que el CSCE se reserva el control de los fondos consignados en el citado Fondo de Reserva y, a fin de garantizar su conservación y aplicación a los fines de la cooperativa, el derecho de autorizar la modificación de sus estatutos si así fuera acordada por la Asamblea General.

b) *El Reglamento de la Ley de Cooperativas de Euskadi*

Y en el Decreto 59/2005, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Cooperativas de Euskadi, se regula esta transformación expresamente en su artículo 60, que dice así:

Transformación en cooperativa

Para su inscripción en el Registro regulado en el presente Reglamento, la escritura pública de transformación en cooperativa de otro tipo de Sociedad o Agrupación de carácter no cooperativo, deberá contener las menciones a que se refiere el número 2 del artículo 86 de la Ley de Cooperativas de Euskadi. Dicha escritura irá acompañada del balance previsto en el número 3 del mismo precepto y, en su caso, incorporará el informe allí mencionado, y cuando la Sociedad transformada sea de Responsabilidad Limitada se incorporará, además, el balance final cerrado el día anterior al otorgamiento de la escritura.

2. Una vez inscrita la transformación en Cooperativa en el Registro de Cooperativas de Euskadi, se comunicará, en su caso, al Registro en que conste inscrita con anterioridad la Sociedad transformada, a los efectos registrales oportunos.

c) *El concepto de fundación*

El derecho de fundación viene reconocido en el artículo 34 Constitución Española. Las fundaciones están reguladas en el ámbito estatal por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, que las define como organizaciones constituidas *sin ánimo de lucro que por voluntad de sus crea-*

dores tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general (artículo 2), tales como la asistencia social, cívicos, educativos, deportivos, científicos, culturales, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente u otros de naturaleza análoga. Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y por la citada ley. Pueden constituir fundaciones tanto las personas físicas (p. ej., la Fundación Josep Carreras contra la leucemia) como las jurídicas (p. ej., la Fundación Real Madrid); pueden constituirse por acto inter vivos mediante escritura pública o por acto mortis causa en testamento. Las fundaciones adquieren personalidad jurídica desde su inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones. Y en el País Vasco la legislación principal está constituida por la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, el Decreto 101/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones del País Vasco y el Decreto 404/1994, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado y del Registro de Fundaciones del País Vasco.

Las fundaciones tienen tres elementos esenciales: el fin, el patrimonio y la organización.

El fin de una fundación es el elemento identificador de la misma y debe ser de interés general.

La modificación de los estatutos de la fundación podrá ser acordada por el órgano de gobierno (art. 31 LFPV), siempre que se cumplan dos condiciones: que se respete el fin fundacional y que no lo prohíba la persona fundadora. Se presumirá que la modificación de estatutos aprobada por el órgano de gobierno respeta el fin fundacional y no será necesaria la aprobación del protectorado, salvo que la modificación consista en cambio de los fines de la fundación.

El órgano de gobierno tiene el deber de acordar la modificación de los estatutos cuando las circunstancias que motivaron la constitución de la fundación hayan variado de tal manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a aquellos, salvo que para el supuesto de que se trate haya previsto el fundador la extinción de la fundación (art. 31.2 LFPV).

d) *El concepto de cooperativa*

El concepto legal de cooperativa, en lo que a la exposición de hoy se refiere, es el que recoge el artículo 1 de la Ley 4/1993, de Cooperativas de Euskadi:

La cooperativa es aquella sociedad que desarrolla una empresa que *tiene por objeto prioritario la promoción de las actividades económicas y sociales de sus miembros y la satisfacción de sus necesidades con la participación activa de los mismos*, observando los principios del cooperativismo y atendiendo a la comunidad de su entorno (art. 1 Ley 4/1993).

La cooperativa deberá ajustar su estructura y funcionamiento a los principios cooperativos, que serán aplicados en el marco de la Ley. Dentro de ésta, actuará con plena autonomía e independencia respecto de cualesquiera organizaciones y entidades, públicas o privadas.

Las cooperativas pueden realizar cualquier actividad económica o social, salvo expresa incompatibilidad legal basada en la incompatibilidad con las exigencias y principios básicos del cooperativismo.

Como concepto doctrinal, vamos a utilizar el de Carlos Martín GINTO MONZÓN³, en el «Manual de Derecho de Sociedades Cooperativas» publicado por CSCE y el Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social de la Universidad del País Vasco (GEZKI) y coordinado por Santiago MERINO, que es el siguiente: «asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática».

Según ese mismo autor, los principios cooperativos son los siguientes:

- Adhesión voluntaria y abierta.
- Gestión democrática por parte de los socios.
- Participación económica de los socios.
- Autonomía e independencia.
- Educación, formación e información.
- Cooperación entre cooperativas.
- Interés por la comunidad.

e) *Clases de cooperativas*

Son diversos los criterios con arreglo a los cuales pueden clasificarse las cooperativas:

³ Carlos Martín Ginto Monzón, *Manual de Derecho de Sociedades Cooperativas*, Santiago Merino (coord.), CSCE y GEZKI, Vitoria-Gasteiz, 2007, p. 37.

- a) Atendiendo a su base social:
- De primer grado, en las que pueden ser socios tanto las personas físicas como las jurídicas, aunque la participación de estas últimas está condicionada a lo que establezcan las normas reguladoras de cada clase de cooperativa en función de su objeto social.
 - De segundo grado, integradas principalmente por cooperativas, pudiendo también formar parte de ellas socios de trabajo, otras personas jurídicas y empresarios individuales, así como personas físicas, aunque respecto de los socios que no sean cooperativas su participación y número total de votos se reducirá a porcentajes inferiores a los que corresponden a los socios que sean cooperativas.
- b) Dentro de las cooperativas de primer grado, y por razón de su objeto, existen las siguientes clases.
- De trabajo asociado.
 - De consumidores y usuarios.
 - De vivienda.
 - Agrarias.
 - De explotación comunitaria de tierra.
 - De crédito.
 - De seguros.
 - Sanitarias.
 - De servicios empresariales y profesionales.
 - De enseñanza.
 - De transportes (encuadradas en la Ley dentro de las de servicios profesionales. «Sin perjuicio de lo previsto en la presente Ley sobre cooperativas de trabajo asociado, las personas habilitadas para prestar servicios de transportes de mercancías o de viajeros podrán constituir, al amparo de este artículo cooperativas de transportistas para asumir todas las funciones reconocidas a estas empresas en la legislación sectorial sobre transporte» (art. 124 LCE).
 - De integración social.

En la Ley 4/1993, de Cooperativas de Euskadi (LCE), se distinguen las siguientes clases:

- De trabajo asociado.
- De consumo.
- De enseñanza.

- Agrarias.
- De explotación comunitaria de bienes.
- De vivienda.
- Financieras (de crédito y de seguros).
- Sanitarias.
- De servicios (profesionales, empresariales o institucionales).
- De integración social.

En el caso que nos ocupa la transformación de la fundación no ha sido en cooperativa de integración social, sino en cooperativa de trabajo asociado sin ánimo de lucro y de iniciativa social que tiene por finalidad la integración social. Y cooperativas de trabajo asociado⁴ son *«aquellas que tienen por objeto mantener o mejorar para los socios puestos de trabajo a tiempo parcial o completo mediante la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros y, en general, el poder de autoorganización y gestión democrática de la sociedad, sea cual fuere la duración, periodicidad, intensidad o continuidad de dichos esfuerzos y el sector económico en que los mismos se desarrollen»*.

f) Clases de socios en las cooperativas

a) SOCIOS DE TRABAJO

Es el socio trabajador de la cooperativa de segundo o ulterior grado o de la de primer grado que no sea de trabajo asociado o de explotación comunitaria y su actividad consiste en la prestación de su trabajo en la cooperativa (art. 21 LCE).

b) SOCIO TRABAJADOR

Es el socio de la cooperativa de trabajo asociado. Su actividad consiste en la aportación de trabajo o actividad profesional a la cooperativa de forma continuada. La cooperativa es en estos casos el instrumento que utilizan los socios para organizar su trabajo en común y para que les represente ante terceros.

La aportación de su actividad por parte del socio trabajador es continuada, pero puede ser de duración determinada o indeterminada. Y en el primer caso, con opción a ser contratados de forma indefinida o no (*vid.* Estatutos de «PEÑASCAL, S.COOP.», art. 5.Cuatro).

⁴ Fernando San José Martínez, *Manual de Derecho...*, *ibid.*, pp. 103 y ss.

c) SOCIO COLABORADOR

El que sin participar en la actividad propia de la cooperativa contribuye a su realización. En algunos casos su régimen de colaboración puede establecerse con mayor o menor precisión en los estatutos sociales, que suelen dejar en manos del Consejo Rector la admisión de socios colaboradores con sumisión a lo dispuesto en los propios estatutos y a las decisiones de la Asamblea General.

Según los estatutos de «“PEÑASCAL, S.COOP.”, las personas físicas o jurídicas que sin poder realizar plenamente el objeto social cooperativo puedan colaborar en la consecución del mismo, ya sea en el ámbito directamente social o cooperativo, ya sea en un ámbito técnico, comercial, financiero o cualquier otro de índole empresarial».

d) SOCIO INACTIVO

Con diversas denominaciones (socio inactivo, socio excedente, socio honorífico, etc.), se admiten en la legislación sobre cooperativas socios que tras haber dejado de realizar la actividad que constituye el objeto de la cooperativa son autorizados a mantener la cualidad de socios, aunque se exigen para ello ciertos requisitos, cuya regulación se suele deferir a los estatutos sociales, que suelen establecer exigencias de previa vinculación a la cooperativa durante un plazo determinado, limitaciones de derechos políticos o económicos, de obligaciones económicas, etc.

e) ASOCIADOS

Son socios que participan en el capital de la cooperativa, pero no en la actividad propia de la cooperativa. Es una situación que conlleva siempre la limitación de derechos políticos y económicos en la medida que se prevea en los estatutos sociales.

g) *La baja de los socios en las cooperativas y el derecho de retorno*

Por ser el principio de adhesión voluntaria y abierta característico de la sociedad cooperativa, los socios pueden darse de baja en cualquier momento y los estatutos deberán regular el derecho de los socios al reembolso de sus aportaciones. Dicho reembolso, salvo en el caso de participaciones especiales, estará sujeto al principio de libre pacto (artículo 64.5 LCE), pudiendo establecerse deducciones tan sólo sobre las

aportaciones obligatorias, a cuyo fin distingue la LCE en su artículo 63 entre la baja voluntaria y la expulsión en la siguiente forma:

- a) En caso de baja voluntaria y no justificada, las deducciones podrán alcanzar hasta el veinte por ciento de dichas aportaciones.
- b) En caso de expulsión por alguna de las causas previstas en los estatutos, las deducciones podrán alcanzar hasta el treinta por ciento.
- c) En caso de que se hubiese pactado un período de permanencia mínimo y el socio pidiese la baja antes de que dicho período haya concluido, los porcentajes de deducción pueden incrementarse hasta en un diez por ciento, en la forma que se prevea en los estatutos sociales.

La decisión acerca del porcentaje de deducción corresponderá siempre a los administradores. Y hay que tener en cuenta que a efectos de determinar dichas deducciones se tendrán en cuenta las pérdidas que consten en el balance de cierre del ejercicio en que se produzca la baja, tanto si corresponden a dicho ejercicio o a otros anteriores, siempre que no hayan sido compensadas.

El plazo máximo de reembolso no podrá exceder de cinco años a partir de la baja, salvo en el caso de fallecimiento, en el que dicho plazo no podrá exceder de un año.

Las cantidades pendientes de reembolso no serán actualizables, pero devengarán intereses al tipo legal.

Además de este derecho al reembolso de aportaciones en caso de baja voluntaria o expulsión, tiene el socio el de retorno cooperativo, que equivale a lo que en las sociedades mercantiles es el dividendo o sea, el derecho de participar en el excedente cooperativo en proporción a su participación en el capital. Pero en esta cuestión hay que distinguir el caso de que la cooperativa tenga ánimo de lucro, en cuyo caso el excedente se distribuye a los socios en proporción a su participación del caso de que la cooperativa, como sucede en «PEÑASCAL, S.COOP.», no tenga ánimo de lucro, en cuyo caso el excedente se reinvierte en la entidad o se destina a obra social.

Por último, hay que mencionar, al hablar del derecho de reembolso, las participaciones especiales que regula el artículo 64 LCE en las cooperativas de crédito y de seguros, que son aquellas financiaciones subordinadas en las que los suscriptores habrán de ser necesariamente entidades no cooperativas, en las cuales el reembolso no podrá tener lugar hasta que transcurran cinco años desde la fecha de emisión y la remuneración se establezca en función de los resultados de la cooperativa.

La emisión o contratación de dichas participaciones especiales habrá de ser ofrecida en cuantía no inferior al 50% a los socios y trabajadores asalariados de la cooperativa antes de ofrecerse a terceros.

h) *Menciones a la transformación hechas en la escritura de transformación de «Fundación Peñascal» en sociedad cooperativa*

La fundación, diciendo que proviene de la unión de dos asociaciones cuyo objeto era dar respuesta a un problema de exclusión social existente en un contexto determinado. Dichas asociaciones habían sido creadas gracias a la voluntad de los promotores de «estar atentos a situaciones potenciales de marginalidad en grupos de alto riesgo». Se partía de actitudes y actuaciones como el voluntariado, la solidaridad y el compromiso por atender a situaciones de exclusión en un barrio próximo.

Con el transcurso del tiempo se experimentó la necesidad de una forma jurídica profesional que diese más estabilidad a las personas implicadas en el proyecto (*o sea, una necesidad interna y de carácter económico en gran parte*). Pero la estructura fundacional tuvo, a juicio de los propios partícipes en el proyecto, las siguientes limitaciones:

- a) El Patronato, que tiene como misión velar por el cumplimiento de los fines de la entidad y controlar la buena marcha del proyecto no podía delegar ni compartir su responsabilidad con otro órgano de la fundación que posibilitase un modelo de cogestión o gestión compartida.
- b) La participación de los trabajadores se limitaba al cumplimiento de su trabajo y a sentir vocación para el mismo, sin que su participación en las decisiones de futuro fuese obligatoria, «hecho que cada día es más determinante en proyectos sociales para que una organización pueda mantenerse en el tiempo».
- c) La voluntad colectiva es la de los patronos. Como mucho, los trabajadores serán consultados, pero sus aportaciones no tendrán carácter decisorio, pues dicha responsabilidad recae por ley en los patronos (*esto, supongo, en una organización como la que nos ocupa, no obstaría mucho a que las «aportaciones» de los trabajadores fueran tenidas en cuenta*).
- d) «... Inmersos en una crisis que está afectando a todos los sectores, incluida la Administración, se hace más inminente la necesidad de buscar estructuras que posibiliten la flexibilización de las relaciones laborales como clave para hacer viables los proyectos

sociales, que cada día deben atender a más personas afectadas por la denominada crisis con un número de recursos cada vez menores. La contribución de los profesionales en lo económico de la organización se hace cada día más imprescindible.»

- e) Como consecuencia de la transformación, la implicación de los socios en el proyecto colectivo será mayor, se dará la solidaridad retributiva entre los socios con un modelo de reparo equilibrado y basado en el esfuerzo y en los logros obtenidos. El patronato entiende que se conservarán en todo momento la personalidad jurídica y las señas de identidad del proyecto y que la apuesta colectiva seguirá siendo la de dar respuesta a situaciones de exclusión y marginalidad.

i) *Compromiso*

Como condición indispensable para la transformación, la fundación constituirá un fondo de reserva de transformación irrepartible equivalente al valor patrimonial de la propia fundación. Y el control de dicho fondo corresponderá al CSCE, así como la ampliación o modificación del objeto social de la cooperativa. *Una cooperativa que, recordémoslo, carece de ánimo de lucro.* Con ello se pretende garantizar que el patrimonio, a través de ese fondo de reserva se siga destinando exclusivamente a los mismos fines que tenía en la fundación. Y para ello, el CSCE, en sesión ordinaria de su Comisión de Régimen Jurídico de 13 de diciembre de 2011, acordó aceptar el control y tutelaje del citado fondo y velar para que se destine a los exclusivos fines de la fundación, reservándose la facultad de autorizar las variaciones en el mismo.

En este caso se produce una especie de subsistencia de la figura de la fundación como patrimonio afecto a un fin, lo que da lugar a una entidad un tanto mixta, a la existencia de una cooperativa con una especie de «sección fundacional» (a tal efecto, cabe recordar que el artículo 6.1 de la LCE admite la existencia de secciones capaces de adoptar acuerdos propios, si bien dispone que deberán llevar contabilidad independiente. Cabe preguntarse qué ocurrirá si ese fondo irrepartible no se distribuye entre los socios pero se agota mediante su empleo en la finalidad de la fundación. Y cabe preguntarse también si lo que se ha constituido es una cooperativa que tiene por objeto gestionar el patrimonio que perteneció a una fundación, pues lo que parece claro es que, si se produce una sucesión a título universal en el patrimonio de la fundación por parte de la Cooperativa, ésta podrá disponer de dicho patrimonio para los fines sociales, aunque, eso sí, sin repartirlo entre

los socios, con la limitación, prevista en la disposición final cuarta, de que el CSCE controlará el «blindaje» de dicho fondo, siendo necesaria su autorización para las posibles variaciones que la Cooperativa, en cualquier momento, «pudiera solicitar, aun cuando fuesen aprobadas por su Asamblea».

Sin embargo, según dispone la LCE en el artículo 1.2, «la cooperativa deberá ajustar su estructura y funcionamiento a los principios cooperativos, que serán aplicados en el marco de la Ley. Dentro de ésta, actuará con plena autonomía e independencia respecto de cualesquiera organizaciones y entidades, públicas o privadas». Cabe dudar si este mandato legal ha sido plenamente respetado, en el delicado encaje de la transformación, por los estatutos de la cooperativa, aunque así debe de haberlo entendido el Registro, que ha considerado inscribible el acuerdo. Y una vez inscrita la cooperativa, inscripción que tendrá carácter constitutivo (art. 16.2 LCE), la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por las causas y con los efectos establecidos en la LSA (art. 14 LCE).

Por eso el CSCE, en sesión ordinaria de la Comisión de Régimen Jurídico de 13-10-2011, adopta por unanimidad en el caso de la SOCIEDAD COOPERATIVA PEÑASCAL, S.COOP. El siguiente acuerdo: «Aceptar el control y tutelaje del Fondo de Reserva de Transformación Irrepartible existente en la SOCIEDAD COOPERATIVA PEÑASCAL, S.COOP., correspondiente al valor patrimonial de fundación, de la entidad Fundación Peñasal y que, como consecuencia de la transformación de la misma en Cooperativa se ha constituido como Fondo Irrepartible.

El CSCE, de conformidad con la voluntad de la Fundación transformada, velará para que los fondos consignados en el citado Fondo se destinen a los exclusivos fines para los que fueron destinados en la Fundación Peñasal.

Para ello, el CSCE deberá autorizar las posibles variaciones que la Cooperativa pueda realizar en el mismo (en el Fondo), aun cuando deban ser aprobadas por la Asamblea de la misma. Asimismo, el CSCE, al objeto de garantizar el citado fondo, deberá autorizar la ampliación o modificación del objeto social de la Cooperativa, si así fuera acordado por la Asamblea de la Cooperativa».

j) *La cooperativa de integración social*

Sin olvidar que «PEÑASCAL, S.COOP.» es una cooperativa de trabajo asociado que tiene como fin la integración social, y no una coo-

perativa de integración social, de constancia en esta intervención mía de la existencia de esta clase de cooperativas, que tienen como finalidad la integración social y la inserción laboral de minusválidos y desfavorecidos y que deben estar formadas mayoritariamente por socios que tengan reconocida administrativamente su minusvalía física o psíquica.

Están reguladas por la LCE en la sección XI, que consta de un solo artículo, el 127, que dice así:

Artículo 127. *Sujetos y modalidades*

1. Las cooperativas de integración social estarán constituidas, al menos mayoritariamente, por disminuidos físicos o psíquicos, y podrán basarse en el trabajo asociado para organizar, canalizar y comercializar los productos y servicios del trabajo de los socios o ir dirigidas a facilitar la provisión de bienes y servicios de consumo general o específicos.

2. En las cooperativas de integración social podrán participar como socios entidades públicas responsables de la prestación de cualesquiera servicios sociales mediante la correspondiente aportación y la designación de un representante de las entidades públicas. Este representante prestará su trabajo personal de asistencia técnica, profesional y social junto a los socios de la cooperativa y asistirá con voz a las reuniones de todos los órganos sociales.

Y tienen como finalidad única la integración social de personas que se encuentren en esa situación, de manera que si el número de socios de esa clase dejara de ser mayoritario la cooperativa debe disolverse o transformarse en cooperativa de otra clase.

k) *La transformación de fundación en cooperativa desde una perspectiva fiscal*

Desde el punto de vista fiscal, considero suficiente señalar que la operación objeto de estas notas es en realidad la constitución, por transformación de otra clase de entidad, de una sociedad cooperativa, sujeta al tipo impositivo que grava las operaciones societarias dentro de la Norma Foral 1/2011, de 24 de marzo, del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 6.B.1, 2 y 3), con arreglo al tipo impositivo correspondiente conforme a los artículos 31 y 38 de dicha Norma Foral, que es del 1% sobre la base del capital social, si bien en este caso resulta aplicable la exención prevista en el artículo 57.2 de la citada Norma Foral.

l) *La sociedad cooperativa pequeña de la Ley 6/2008*

Como una especialidad dentro de las sociedades cooperativas en Euskadi, es necesario mencionar la sociedad cooperativa pequeña, que puede definirse como aquella sociedad cooperativa de primer grado perteneciente a la categoría de cooperativas de trabajo asociado o de explotación comunitaria que se rige por la Ley 6/2008, de 25 de junio.

Esta clase cooperativas ha de constituirse expresamente con el carácter y denominación de sociedad cooperativa pequeña sometida a la Ley que específicamente las regula, ha de tener un número mínimo de dos socios y máximo de diez y se ha de constituir en escritura pública, adquiriendo su personalidad jurídica por medio de su inscripción en el libro especial de sociedades cooperativas pequeñas del Registro de Cooperativas de Euskadi.

La escritura de constitución deberá contener los mismos requisitos que para la constitución de las Cooperativas exige el artículo 12 de la Ley 4/1993, si bien el contenido de los estatutos sociales ha de ajustarse a un modelo orientativo establecido en la Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi⁵.

Por lo demás, no parece que las sociedades cooperativas pequeñas puedan surgir como consecuencia de la transformación de una fundación, toda vez que no hay en la Ley que las regula una disposición semejante al artículo 86 LCE y que el artículo 1.2 de la Ley de Cooperativas Pequeñas del País Vasco habla tan sólo de «transformación de una sociedad no cooperativa en cooperativa», sin aludir a la transformación en cooperativas pequeñas de otra clase de entidades, lo que cierra el paso a la transformación directa de una fundación en sociedad cooperativa pequeña.

II. **Notas bibliográficas**

GARRIGUES, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*, I.

GINTO MONZÓN, Carlos Martín: *Manual de Derecho de Sociedades Cooperativas*, Santiago MERINO (coord.), CSCE y GEZKI, Vitoria-Gasteiz, 2007.

SAN JOSÉ MARTÍNEZ, Fernando; *Manual de Derecho de Sociedades Cooperativas*, Santiago MERINO (coord.), CSCE y GEZKI, Vitoria-Gasteiz, 2007.

URÍA, Rodrigo: *Derecho Mercantil*, Marcial Pons. Madrid, 1989.

⁵ Publicado en el *Boletín Oficial del País Vasco*, número 127, de 4 de julio de 2008.

La transformación de una cooperativa, bajo ley estatal o vasca, en sociedad limitada o anónima

Iñigo Nagore Aparicio

Abogado economista

Recibido: 28-11-2012

Aceptado: 12-01-2013

Sumario: I. Introducción. II. Posibilidades: 2.1. Regulación de estas transformaciones en la normativa mercantil. 2.2. Sociedad cooperativa regulada por Ley de Cooperativas (LCOOP). 2.3. S.Coop. regulada por la Ley de Cooperativas de Euskadi (LCE). III. Necesidad empresarial: 3.1. S.Coop. regulada por Ley de Cooperativas (LCOOP). 3.2. S.Coop. regulada por Ley de Cooperativas de Euskadi (LCE). IV. El acuerdo: 4.1. S.Coop. regulada por LCOOP. 4.2. S.Coop. regulada por LCE. V. La escritura: 5.1. S.Coop. regulada por LCOOP. 5.2. S.Coop. regulada por LCE. VI. Pasos posteriores a la elevación a público: 6.1. Sociedad Cooperativa regulada por LCOOP. 6.2. Sociedad Cooperativa regulada por LCE.

Resumen: El artículo aborda la problemática que plantea la transformación de una sociedad cooperativa, bajo ley estatal o vasca, en una sociedad anónima o limitada. Tras definir la transformación, acota el objeto del estudio y pasa a desarrollar la legislación reguladora de las posibilidades indicadas. Analiza la exigencia o no de necesidad empresarial, el acuerdo de transformación y los que puede resultar conveniente adoptar conjunta o previamente, la escritura de transformación y los documentos que la deben acompañar, así como su paso por ambos registros.

Palabras clave: Transformación de Sociedad Cooperativa. Transformación en Sociedad Anónima. Transformación en Sociedad Limitada.

Abstract: The article addresses the problems involved in converting a cooperative company into a public limited or limited company under Spanish or Basque law. After defining this conversion, the article delimits the object of study and goes on to develop legislation regulating the possibilities mentioned. It analyses the business need requirement or lack thereof, conversion agreements and those which it is suitable to adopt jointly or previously, conversion deeds and the supporting documents as well as entries in both registries.

Key words: Conversion of cooperative companies. Conversion to public limited company. Conversion to limited company.

I. Introducción

Han pasado doce años desde mi anterior artículo sobre este tema. En el periodo: existe una nueva Ley de Cooperativas estatal, ha aparecido un Reglamento sobre su Registro, se ha modificado dos veces la Ley de Cooperativas de Euskadi y se la ha desarrollado reglamentariamente, se ha promulgado un nuevo Reglamento sobre su registro, hay una Ley de Sociedades de Capital y una Ley de Modificaciones Estructurales. Esto es, se ha cambiado casi totalmente la normativa aplicable por lo que resulta necesario retomar y volver a analizar el tema.

La transformación es la modificación estructural por la que una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica (art. 3 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, *BOE* núm. 82, de 4 de abril de 2009, en lo sucesivo LME).

Las razones son diversas pero, si consideramos que las fórmulas jurídicas son vehículos a través de los cuales se ejecuta el objeto social, esto es el proyecto para cuyo desarrollo se constituyó, podemos decir que la transformación se realiza cuando el órgano, que va a tener que adoptar el acuerdo, considera que dicho proyecto se va a realizar mejor bajo una fórmula jurídica distinta. Normalmente en una mercantil, las razones serán sobretodo de índole económica, pero no necesariamente. A veces irán unidas a un mejor trato fiscal, otras a una redefinición de ese proyecto, o de los integrantes en el mismo, o de su participación en él, o de una comprensión sobrevenida de las limitaciones de la opción jurídica inicial... En cualquier caso, si se trata de fórmulas jurídicas que pueden elegirse libremente, sólo interesará controlar que el acuerdo fue adaptado válidamente dentro de la fórmula jurídica de origen y no las razones del mismo.

La transformación permitirá el paso directo, sin tener que disolver, liquidar y constituir una nueva. Sistema históricamente alternativo cuando no era posible la transformación, más engorroso y sobre todo caro que nos llevaba al mismo punto. Las ventajas de la transformación son indudables desde el punto de vista de tiempos, costes y mantenimiento de contratos jurídicos que no deben ser extinguidos, sino que permanecerán al continuar la personalidad jurídica.

A los efectos de este artículo **limitaremos el ámbito del mismo al estudio de la transformación de una cooperativa de primer grado bajo ley estatal o vasca, en sociedad limitada o anónima.** Optaré por la vasca, además de por su histórico carácter pionero, por un criterio práctico: es en la que más trabajo.

Dado el actual sistema de legislaciones autonómicas cooperativas, extenderlo a las diversas regulaciones, realizando un estudio detallado, sería, además de una labor que superaría el ámbito de un artículo, algo casi sin sentido, muy prolijo, y que sólo sería objeto de lectura por investigadores de grandísima paciencia e interés en el derecho cooperativo comparado español, y aportaría que poco, más allá de marcar las diferencias entre las legislaciones autonómicas que algún día alguien tendrá que justificar desde el punto de vista de la administrado. Esto es, que aportan a las cooperativas de su comunidad cuando optan por regímenes fragmentarios y, a veces a medida, que convierten a estas en sistemas ajenos a muchos operadores y prescriptores jurídicos.

II. Posibilidades

Dado que la transformación implica una fórmula jurídica originaria y una fórmula final, la materia suele regularse en ambas, observándose una tendencia hacia el reconocimiento de nuevos supuestos de transformación.

La regulación actual, una vez acotado el objeto del estudio, es la siguiente:

— Regulación no cooperativa:

- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, en lo sucesivo **LME** (*BOE* número 82, de 4 de abril).
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en lo sucesivo **LSC** (*BOE* núm. 161, de 3 de julio).
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, en lo sucesivo **RRM** (*BOE* núm. 184, de 31 de julio).

— Regulación cooperativa:

- Legislación del Estado:

— Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, en lo sucesivo **LCOOP** (*BOE* n.º 170, de 17 de julio) y Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero, por que se aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas, en lo sucesivo **RRCOOP** (*BOE* núm. 40, de 15 de febrero).

- Legislación vasca:
 - Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi (BOPV núm. 135, de 19 de julio); Decreto 59/2005, de 29 de marzo, de organización y funcionamiento del Registro de Cooperativas de Euskadi (BOPV n.º 108, de 9 de junio) y Decreto 58/2005, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Cooperativas de Euskadi (BOPV núm. 73, de 19 de abril) en lo sucesivo **LCE**, **DRCE** y **DLCE** respectivamente.

Cuando sólo se aplica legislación estatal, será un problema de interpretar leyes para salvar vacíos o contradicciones; cuando se trata de transformar una cooperativa bajo legislación autonómica (vasca en este caso) en una mercantil, el problema, adicional, será el de la concurrencia de la competencia, constitucionalmente exclusiva del Estado, sobre la legislación de las sociedades mercantiles y el de las Comunidades Autónomas sobre las sociedades cooperativas.

2.1. Regulación de estas transformaciones en la normativa mercantil

Empezando el análisis por la *normativa de destino* (sociedad mercantil), tenemos que la específica norma estatal que regula las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, **LME**, regula parcialmente la cuestión.

Por un lado establece en su ámbito subjetivo de aplicación (artículo 2, segundo párrafo) que: «*Las modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas, así como el traslado internacional de su domicilio social, se regirán por su específico régimen legal*» y por otro, en los supuestos de posible transformación (artículo 4, número 5) que: «*5. Una sociedad cooperativa podrá transformarse en sociedad mercantil, y una sociedad mercantil inscrita en sociedad cooperativa*».

Refiriéndose expresamente a la transformación de una sociedad cooperativa (artículo 7, párrafo primero): «*1. La transformación de una sociedad cooperativa en otro tipo social o de éste en aquélla, se regirá en lo referente a los requisitos y efectos de la transformación de la sociedad cooperativa por la legislación que le sea aplicable.*»

Tenemos así que en la LME se posibilita, expresamente, la transformación de cooperativa en sociedad mercantil pero conforme a su específico régimen legal. Régimen que será el estatal o el autonómico correspondiente, según la ley cooperativa que resulte aplicable a la que se va a transformar.

En cuanto a la **LSC** tenemos que, a diferencia de lo que ocurría en la LSRL, ya no hay referencias expresas a la posibilidad o no de transformarse (ahora contenidas en la ya vista LME) y que sólo hay referencias a esta, desde el punto de vista de la sociedad de capital que va a adoptar el acuerdo de su propia transformación (p.e. artículos: 160 sobre competencia de la Junta, 194 sobre quórum reforzado de constitución en casos especiales, 199 de mayoría legal reforzada para SRL o 364 derecho de separación).

El **RRM** contempla, en su artículo 218, el supuesto de transformación de sociedad cooperativa en limitada y, en el 224, establece un capítulo de sastre dedicado a otros supuestos de transformación.

Así, no contempla expresamente la transformación de cooperativa en anónima, más allá de en el referido 224. Y ello, aún cuando no existen motivos lógicos para que el legislador no pidiese los requisitos previstos en el 218 para las limitadas, cuando se trata de anónimas. Una interpretación lógica de la norma lo exigiría, pero no su literalidad.

Debemos recordar que en la anterior legislación cooperativa estatal no estaba prevista esta posibilidad, pareciendo que le RRM ha quedado en este punto al margen de las modificaciones legislativas.

2.2. *Sociedad Cooperativa regulada por Ley de Cooperativas (LCOOP)*

Ya anunciaba los cambios en esta materia la propia Exposición de Motivos de la Ley: *«Desde 1989, buena parte del Derecho de sociedades ha sido modificado, para adaptarlo a las Directivas europeas sobre la materia. Con ello, se han introducido algunas novedosas regulaciones que parece muy conveniente incorporar también a la legislación cooperativa, como las que afectan, entre otras, a la publicidad societaria, al depósito de cuentas anuales, a las transformaciones y fusiones, a las competencias de los órganos de administración y a los derechos y obligaciones de los socios.»*

Su artículo destinado a la transformación (69) las autoriza en su punto primero: *«Asimismo, las sociedades cooperativas podrán transformarse en sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase. En ningún caso se verá afectada la personalidad jurídica de la entidad transformada.»*

Se contempla así la posibilidad de que se transforme en ambas clases de sociedades de capital: limitadas y anónimas.

2.3. *S.Coop. regulada por la Ley de Cooperativas de Euskadi (LCE)*

El número 1 del artículo 85 de la LCPV, autoriza la transformación de una cooperativa, regulada por tal ley, en sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase.

Se contempla así, como en el caso anterior pero desde 1993, la posibilidad de que se transforme en ambas clases de sociedades de capital: limitadas y anónimas.

III. **Necesidad empresarial de transformación**

3.1. *S.Coop. regulada por Ley de Cooperativas (LCOOP)*

No se establecen requisitos de inviabilidad empresarial. Los socios que conformaron la voluntad de constituirse en Cooperativa, son los que sin interferencias externas deberán decidir cuando esta fórmula ya no les resulta la más conveniente. Podríamos decir, que la voluntad de los socios otorga a la cooperativa una «aplicación» del principio de puerta abierta. Permite a esta dejar de serlo cuando sus socios así lo consideren, sin tener que disolverla y liquidarla y evitando un caro y más complicado proceso. Es el reconocimiento de que la fórmula jurídica es sólo eso: una fórmula de la que se puede entrar y salir libremente.

3.2. *S.Coop. regulada por Ley de Cooperativas de Euskadi (LCE)*

Por el contrario, en la que fue pionera en esta materia LCE, se establece que *«la transformación sólo podrá efectuarse por necesidades empresariales que exijan soluciones societarias inviables en el sistema jurídico cooperativo, a juicio de los administradores y, en su caso, de la Comisión de Vigilancia de la Cooperativa, homologado por el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi»* (art. 85.1.a).

Dicho artículo tiene su desarrollo reglamentario en el 15 del DLCE, relativo a:

Necesidades empresariales que exijan soluciones inviables en el sistema jurídico cooperativo

El Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi cuando adopte su acuerdo de homologación de transformación de una cooperativa en sociedad civil o mercantil, comprobará que realmente concurren

causas de necesidad empresariales que conlleven soluciones societarias inviables en el sistema jurídico cooperativo, cuando la cooperativa se encuentre, entre otras, en cualquiera de las siguientes:

- a) La necesidad acreditada de financiación ajena en la cooperativa que conlleve el control de la sociedad en función de capitales.
- b) Los procesos de internacionalización debidamente acreditados que conlleven un intercambio accionario bajo fórmulas mercantiles.

No estamos ante un supuesto de libre transformación, como el previsto en la LCOOP, sino en uno excepcional, en que sea necesario empresarialmente y no quepa otra solución jurídica.

El artículo, que fue novedoso en su momento al posibilitar la transformación de una cooperativa cuando en ningún punto del Estado era posible, ahora es, ciertamente, una restricción.

La justificación de intentar preservar la existencia de la cooperativa, no puede ser compartida por dos motivos:

1. Las leyes cooperativas están cada vez más mercantilizadas y, por ello, al igual que no cabría en una sociedad mercantil limitar la voluntad de los socios que en su día eligieron una fórmula jurídica para cambiar a otra, no debe caber limitarla en una cooperativa a la que cada vez mayor número de autores reconocen tal carácter.
2. Se sigue ejerciendo una «tutela» sobre las cooperativas, aumentándose el intervencionismo, en este caso de un órgano público (art. 145.1 LCE).

Además, no está en absoluto claro, dada la naturaleza del órgano que lo dicta y sus diversas funciones, qué recurso le queda a una cooperativa a la que no se le conceda la transformación. Y ello, aunque se de cierta seguridad jurídica a la Cooperativa al indicarse, en los acuerdos de homologación del CSCE, que contra la Resolución cabe interponer Recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Seguridad de dudosa utilidad dada la lentitud de dicha jurisdicción y, que según la propia LCE, debían existir causas que hicieran inviable la continuidad de la sociedad. ¿Puede una sociedad en tal supuesto esperar a que se resuelva dicho recurso o, de hecho, la denegación impide el recurso y obliga a buscar otras soluciones jurídicas alternativas?

En cualquier caso, son los administradores los que deben plantear la «inviabilidad» ante el «Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi».

Aunque no está tasada la documentación que debe acompañar a la solicitud de homologación, se ha venido exigiendo la siguiente:

- a) Datos identificativos de la cooperativa. Comprenden: persona de contacto (se supone que debería ser el representante legal el que presente la solicitud), denominación, domicilio, fecha de la inscripción constituyente en el Registro de Cooperativas, actividad cooperativizada, relación de socios y fechas de incorporación de los mismos, número de trabajadores y relación de miembros del Consejo Rector.
Además, cuando existen trabajadores por cuenta ajena, se exige que se aporte declaración de los mismos, relativa a la disposición o no (en este último caso, motivada) de incorporarse a la cooperativa como socios.
- b) Memoria justificativa de la transformación. En ella deben exponerse las necesidades empresariales que motivan la transformación y la imposibilidad de acometer soluciones societarias viables en el sistema jurídico cooperativo.
- c) Documentación económica. Comprende: balance de sumas y saldos de los tres últimos ejercicios, balance de situación de los tres últimos ejercicios, fotocopia del impuesto de sociedades de los tres últimos ejercicios, memoria y plan de gestión (o, en su defecto, resumen de las variables empresariales más relevantes) del ejercicio en curso, balance provisional a la fecha de solicitud de la homologación, evolución del Fondo de Reserva Obligatorio y de la Contribución a la Educación y Promoción Cooperativa y de otros fines de interés público.

Dado que no existe una relación tasada de documentos, deberá aportarse todo lo que se exija, si no queremos encontrarnos con una «no homologación». Y ello, aún cuando la documentación referida pueda parecer demasiado prolija, no justificada en derecho o, por ejemplo, como el Plan de Gestión, jurídicamente insegura al no definirse por ley tal concepto.

Otra cuestión, es interpretar el sentido de la referencia que se realiza a la «Comisión de Vigilancia». Creemos que «y, en su caso» debe entenderse como que si existe tal órgano social, es preciso que se haya pronunciado favorablemente sobre la necesidad de la transformación.

En la práctica, es recomendable no someter el acuerdo de transformación propiamente dicho (o de someterlo haber condicionado este a la homologación) sino un acuerdo del Consejo Rector, en tal sentido, junto a las causas del mismo debidamente aprobadas por el y en su caso, por la Comisión de Vigilancia. Y, una vez homologada la necesi-

dad de la transformación, proceder a llevar el tema a la Asamblea General para que adopte el acuerdo propiamente dicho.

El acuerdo de homologación suele ir condicionado a la entrega al CSCE de los Fondos Obligatorios que aparecen en el último balance aprobado.

IV. El acuerdo de transformación

4.1. *S.Coop. regulada por LCOOP*

Establece la LCOOP, en su artículo 69 que: «2. *El acuerdo de transformación de una sociedad cooperativa deberá ser adoptado por la Asamblea General, en los términos y con las condiciones establecidas en esta Ley y en los Estatutos para la fusión. Sus socios gozarán del derecho de separación en los términos previstos para el caso de fusión y al reintegro de sus aportaciones en el plazo establecido en el artículo 65. La participación de los socios de la cooperativa en el capital social de la nueva entidad habrá de ser proporcional al que tenían en aquélla. No obstante, el acuerdo de transformación en algún tipo de entidad de cuyas deudas respondan personalmente los socios, tan sólo surtirá efectos respecto de los que hayan votado a favor del acuerdo.*»

Varios son los puntos abordados en este corto artículo. Los analizaremos uno a uno.

Será la **Asamblea General** la que debe adoptar el acuerdo en los términos y condiciones que la LCOOP y, en su caso, los estatutos sociales establezcan para la **fusión** (aunque debe entenderse que los Estatutos regulen la transformación de forma expresa siempre que respeten los mínimos legales establecidos para la fusión).

Si bien existe una remisión expresa al derecho de separación del artículo 65 (que luego comentaremos), la referencia a las condiciones y términos del acuerdo de transformación se hacen de forma genérica a la fusión. Dos son los artículos referidos expresamente a la fusión, siendo el 64 el que expresamente regula el **acuerdo de fusión**:

1. El acuerdo de fusión deberá ser adoptado en Asamblea General por cada una de las sociedades que se fusionen, por la mayoría de los dos tercios de los votos presentes y representados, ajustándose la convocatoria a los requisitos legales y estatutarios.

2. El acuerdo de fusión de cada una de las cooperativas, una vez adoptado, se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social.

3. Desde el momento en que el acuerdo de fusión haya sido aprobado por la Asamblea General de cada una de las cooperativas, todas ellas quedan obligadas a continuar el procedimiento de fusión.

4. La formalización de los acuerdos de fusión se hará mediante escritura pública y esta tendrá eficacia, en el Registro de Sociedades Cooperativas, para la cancelación de las sociedades que se extinguen y la inscripción de la nuevamente constituida o modificaciones de la absorbente.

De forma extractada:

- Se exigen dos tercios de los votos presentes y representados.
- La convocatoria debe cumplir los requisitos legales y estatutarios.
- El acuerdo debe publicarse en el *BOE* y en un diario de gran circulación del domicilio social.
- Se exige escritura pública.

¿Cuáles son los requisitos legales de la convocatoria? Entendemos se refiere a los de la fusión, previstos en el número 7 del artículo anterior:

Al publicar la convocatoria de la Asamblea General que deba aprobar la fusión deberán ponerse a disposición de los socios, en el domicilio social los siguientes documentos:

- a) El proyecto de fusión.
- b) Los informes, redactados por los Consejos Rectores de cada una de las cooperativas sobre la conveniencia y efectos de la fusión proyectada.
- c) El balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria explicativa de los tres últimos ejercicios de las cooperativas que participen en la fusión y, en su caso, los informes de gestión y de los auditores de cuentas.
- d) El balance de fusión de cada una de las cooperativas cuando sea distinto del último anual aprobado.
Podrá considerarse balance de fusión el último balance anual aprobado, siempre que hubiera sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de celebración de la Asamblea que ha de resolver sobre la fusión.
- e) El proyecto de Estatutos de la nueva cooperativa o el texto íntegro de las modificaciones que hayan de introducirse en los Estatutos de la cooperativa absorbente.
- f) Los Estatutos vigentes de todas las cooperativas que participen en la fusión.
- g) La relación de nombres, apellidos, edad, si fueran personas físicas, o la denominación o razón social si fueran personas jurí-

dicas y en ambos casos, la nacionalidad y domicilio de los consejeros de las sociedades que participan en la fusión y la fecha desde la que desempeñan sus cargos, y en su caso, las mismas indicaciones de quienes vayan a ser propuestos como consejeros como consecuencia de la fusión.

Poco hubiera costado al legislador establecer claramente que se exige en la transformación y no dejarlo a la interpretación. Hay documentos que no tiene sentido exigir, otros que deben interpretarse y otros que no está claro y que la prudencia obligaría a realizar en defensa de los intereses de la cooperativa que va a transformarse, y ello más allá de las consultas registrales (evitar denegaciones o tener que realizar subsanaciones, etc...). Podríamos reescribirlo:

- a) El proyecto de transformación. Y aquí la primera duda. ¿Es necesario? ¿Qué aporta? El artículo 63, en su punto 4, fija su contenido:

4. Los Consejos Rectores de las cooperativas que participan en la fusión habrán de redactar un proyecto de fusión, que deberán suscribir como convenio previo y contendrá al menos las menciones siguientes:

- a) La denominación, clase y domicilio de las cooperativas que participen en la fusión y de la nueva cooperativa en su caso, así como los datos identificadores de la inscripción de aquéllas en los Registros de Cooperativas correspondientes.
- b) El sistema para fijar la cuantía que se reconoce a cada socio de las cooperativas que se extingan como aportación al capital de la cooperativa nueva o absorbente computando, cuando existan, las reservas voluntarias de carácter repartible.
- c) Los derechos y obligaciones que se reconozcan a los socios de la cooperativa extinguida en la cooperativa nueva o absorbente.
- d) La fecha a partir de la cual las operaciones de las cooperativas que se extingan habrán de considerarse realizadas, a efectos contables, por cuenta de la cooperativa nueva o absorbente.
- e) Los derechos que correspondan a los titulares de participaciones especiales, títulos participativos u otros títulos asimilables de las cooperativas que se extingan en la cooperativa nueva o absorbente.

Dicho artículo debería igualmente reinterpretarse, siendo algunos extremos de muy dudosa utilidad práctica.

El Consejo Rector de la cooperativa que se pretende transformar habrá de redactar un proyecto de transformación, que

deberá suscribir y contendrá al menos las menciones siguientes:

- a) La denominación, clase y domicilio de la cooperativa que se transforma, así como los datos identificadores de la inscripción de aquélla en el Registro de Cooperativa correspondiente. No se alcanza a ver su utilidad.
 - b) El sistema para fijar la cuantía que se reconoce a cada socio de la cooperativa como aportación al capital de la mercantil nueva, computando, cuando existan, las reservas voluntarias de carácter repartible. Es relevante y de gran utilidad especialmente por la referencia a las reservas voluntarias, pero el artículo 69 tiene ya una mención expresa al capital social de la transformada.
 - c) Los derechos y obligaciones que se reconozcan a los socios de la cooperativa transformada en la mercantil nueva. Sería útil de cara al derecho de información, especialmente si se trata de indicar aquellos en los que se mejore, en su caso, los mínimos legales. En otro caso, sería de más dudosa utilidad.
 - d) La fecha a partir de la cual las operaciones de la cooperativa habrá de considerarse realizadas, a efectos contables, por cuenta de la mercantil transformada.
 - e) Los derechos que correspondan a los titulares de participaciones especiales, títulos participativos u otros títulos asimilables de la cooperativa que se transforme en una mercantil.
- b) El informe, redactado por el Consejo Rector de la cooperativa sobre la conveniencia y efectos de la transformación proyectada.
 - c) El balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria explicativa de los tres últimos ejercicios de la cooperativa y, en su caso, los informes de gestión y de los auditores de cuentas. No tendría mucho sentido, al ser conocidos por los socios que debieron aprobarlo cada año.
 - d) El balance de transformación de cada cooperativa cuando sea distinto del último anual aprobado. Podrá considerarse balance de fusión, el último balance anual aprobado, siempre que hubiera sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de celebración de la Asamblea que ha de resolver sobre la transformación. Puede ser económicamente relevante, en todo caso, para ajustar capitales y cerrar ejercicios (el cierre generaría fondos obligatorios)

- e) El proyecto de Estatutos de la nueva mercantil.
- f) Los Estatutos vigentes. No parecen necesarios.
- g) La relación de nombres, apellidos, edad, si fueran personas físicas, o la denominación o razón social si fueran personas jurídicas y en ambos casos, la nacionalidad y domicilio de los consejeros de las sociedades de la transformada y la fecha desde la que desempeñan sus cargos, y en su caso, las mismas indicaciones de quienes vayan a ser propuestos como consejeros como consecuencia de la transformación.

Como hemos dicho, estas normas deben ser adecuadas a la transformación. En ella, se pretende convertir a una cooperativa de primer grado en sociedad limitada o anónima (en el objeto de este artículo). Por ello, los nuevos Estatutos Sociales serán sustancialmente distintos y creemos que debe hacerse constar, en el anuncio de la convocatoria, el derecho de examen del texto y la justificación del mismo (vía artículo 63.7.e) LCOOP o como derecho de información de los socios ante un cambio de estatutos sociales). Dichos **documentos** deben comprender:

- El texto de los nuevos Estatutos Sociales.
- La justificación del cambio de fórmula jurídica. En ella deberán indicarse con toda claridad todos los aspectos de los nuevos Estatutos, que no sean una mera reproducción de las normas de funcionamiento de la Sociedad Limitada o Anónima en la que pretende transformarse.

No existe limitación en cuanto a quién puede introducir en el **orden del día** la propuesta de transformación. Por ello, podrán hacerlo:

- El Consejo Rector (art. 23.1 y 2 de la LCOOP).
- Un número de socios que represente el 10 por 100 del total de votos, solicitando una Asamblea Extraordinaria (art. 23.2 de la LCOOP).
- Un número de socios que represente el 10 por 100 o alcance la cifra de 200, incluyéndose en la primera Asamblea que se celebre, si se presentan antes de que finalice el octavo día posterior al de la publicación de la convocatoria de la misma (art. 24.2 LCOOP).

Como hemos visto, el artículo 218 del RRM exigía para la transformación en SRL un Balance cerrado el día anterior de la transformación. Ahora bien, cuando la propuesta no la presenta el Consejo Rector, ¿quién debe realizar ese balance o el del artículo 63 de la LCOOP?

Antes de contestar la cuestión, nos hemos de plantear qué se pretende con el mismo. Esta nueva pregunta es necesaria, ya que, con-

forme a la literalidad del 218 RRM, sólo es preciso que dicho balance se presente, junto a la escritura de transformación y otros documentos, en el Registro Mercantil, por lo que podría entenderse que no es necesario que exista previamente a la transformación y, en cualquier caso, no se menciona para las SA. Igualmente, dado el reenvío efectuado a la fusión podría igualmente discutirse si es exigible.

Creemos que, a pesar de la literalidad del artículo, debe prevalecer el sentido común y el propio interés de los socios y de los terceros afectados por la transformación (p.e. de los destinatarios de los Fondos obligatorios). Dicho balance tiene por objeto, al igual que el análogo exigido para las transformaciones mercantiles, ofrecer a los socios que van a decidir sobre el futuro jurídico de la sociedad, una mejor visión de la misma. Es más, dadas las diferencias del régimen económico societario cooperativo en relación con el de la sociedad limitada, creemos que dicho balance debe ser aprobado por la Asamblea General. Desarrollaremos este problema más adelante.

Creemos que dicho balance debe realizarlo necesariamente el Consejo Rector, por cuanto que es el único capacitado para ello.

Por otro lado, esta exigencia impediría la introducción del punto en el Orden del Día una vez convocada la Asamblea General y, sin perjuicio de que se discutiera la conveniencia de la transformación, no cabría acuerdo alguno, salvo que se convocase otra nueva Asamblea General al efecto en el menor plazo posible.

La Asamblea General estará válidamente **constituida**, en primera convocatoria, cuando estén presentes o representados más de la mitad de los votos sociales y, en segunda convocatoria, cuando lo estén al menos un 10 por 100 de los votos sociales o 100 votos sociales. No obstante, los Estatutos sociales pueden fijar un quórum superior o inferior, estableciendo que en segunda convocatoria quedará constituida cualquiera que sea el número de socios presentes o representados. (art. 25 LCOOP). Para la adopción del acuerdo se exigen un mínimo de dos tercios de los votos presentes y representados (art. 28).

Si la Asamblea General tiene carácter universal, entendemos podrá obviarse, aparte de la convocatoria, el informe justificativo y, en general prácticamente todo lo exigido en el reenvío a la fusión.

En cualquier caso, además de la transformación y de la aprobación del balance, en su caso, deben tomarse los siguientes **acuerdos**:

- a) Aprobación de los nuevos Estatutos Sociales adaptados a la fórmula mercantil elegida, en nuestro supuesto limitada o anónima, con todas las menciones exigidas por ella.
- b) La participación de los socios en el capital social.

a) MENCIONES EXIGIDAS POR LA LSC (ART. 23)

En los estatutos que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital se hará constar:

- a) La denominación de la sociedad.
- b) El objeto social, determinando las actividades que lo integran.
- c) El domicilio social.
- d) El capital social, las participaciones o las acciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa.
Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada expresará el número de participaciones en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos.
Si la sociedad fuera anónima expresará las clases de acciones y las series, en caso de que existieran; la parte del valor nominal pendiente de desembolso, así como la forma y el plazo máximo en que satisfacerlo; y si las acciones están representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En caso de que se representen por medio de títulos, deberá indicarse si son las acciones nominativas o al portador y si se prevé la emisión de títulos múltiples.
- e) El modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren.
(...)
- f) El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad.

Comentaremos los que creemos más relevantes.

— La denominación de la sociedad. Este asunto puede resultar un verdadero problema, ya que el Registro de Cooperativas expidió la certificación negativa de denominación, indicando que no existía otra Sociedad Cooperativa con idéntica denominación a la que se pretendía adoptar (art. 33 RRCCOOP) —igual ocurre con los registros autonómicos— y según el artículo 42.2 de RRCCOOP que no existiese una sociedad registrada en el Mercantil en ese momento, pero no cerró éste para que no se registrase posteriormente.

Por ello, es preciso obtener un certificado de denominación en el Registro Mercantil Central antes de que se convoque la Asamblea General de transformación de la cooperativa. Ello es así,

dado que si la denominación que se venía usando como cooperativa estuviese registrada, debería solicitarse otra y realizar junto a la transformación un cambio de denominación social.

Si la cooperativa hubiese usado la posibilidad contemplada en el número 1 artículo 396 RRM, el problema estaría resuelto, ya que mediante dicho artículo se permite la inclusión en la Sección de denominaciones del Registro Mercantil Central de las de otras entidades cuya constitución se halle inscrita en otros Registros públicos, aunque no sean inscribibles en el Registro Mercantil. Mecanismo poco usado y muy recomendable.

- Objeto social, determinando las actividades que lo integran. Dicho objeto será, en principio, el mismo.
- El capital social, las participaciones o las acciones en que se divide, su valor nominal y su numeración correlativa. Así como las demás menciones recogidas en el transcrito artículo.

Establecer el valor nominal no plantea problemas; lo que sí los crea es fijar el capital social y numerarlo cuando, por ejemplo, la legislación aplicable reconozca el derecho de separación, como es el caso y que luego analizaremos.

Sin perjuicio de lo que señalaremos al comentar esa problemática, parece claro que debe entenderse que los otorgantes de la escritura estarán autorizados a hacerlo, dando al artículo del capital social la redacción que corresponda una vez que, en su caso, los socios con derecho a separación lo hayan ejercitado. Otra interpretación obligaría a celebrar una nueva reunión de socios para reducir el capital social.

b) LA PARTICIPACIÓN DE LOS SOCIOS EN EL CAPITAL SOCIAL

El artículo 69 dentro de su número 2 establece que: «*La participación de los socios de la cooperativa en el capital social de la nueva entidad habrá de ser proporcional al que tenían en aquélla.*»

No deja de ser curioso que la Ley de la sociedad personalista, inerte obligar a establecer el capital de la transformada en proporción al capital que los socios tenían en la cooperativa. El acuerdo se tomará en base al voto por socio, la base para el reparto de resultados y pérdidas, y así de la capitalización de resultados, podrá haber sido la actividad cooperativizada (arts. 58 y 59), pero llegado este punto la literalidad es clara.

Cuando los capitales entre los socios sean desiguales y el voto sea por socio, es muy probable que para poder adoptarse el acuerdo se tengan que previamente adoptar acuerdos modificativos del capital,

de forma que este guarde relación con el voto de los socios. Dicho de otra forma, por mucho que la ley diga lo que dice, será muy difícil convencer a los socios que voten a favor de un acuerdo que les haga perder peso a favor de otros socios, cuando el proyecto y la inversión de futuro sean de su interés e igual ocurrirá a la inversa. La solución pasará por ajustes previos, recomendablemente en una Asamblea previa, para diferenciar ambas y evitar problemas de interpretación, de forma que la Asamblea de transformación se llegue con el capital ya arreglado.

Otro problema adicional, puede surgir en que el capital social está constituido por las aportaciones obligatorias y voluntarias de los socios (art. 45 LCOOP). ¿Es necesario establecer una diferenciación en su tratamiento a la hora de un posible acuerdo de transformación? Pensemos, por ejemplo, que no les interesaba, a tenor de los derechos económicos que conllevaban, pero sí les interesaría por los económicos y políticos que conllevará en la sociedad transformada.

No parece descabellado pensar que si en la cooperativa, el derecho de voto y de participación en resultados se ejercitan con independencia del capital, debería, a la hora de transformar, contemplar dicha problemática, al objeto de que se mantenga la proporción en la medida de los posible. Así, con carácter previo a la transformación, podría ser necesario reorganizar las aportaciones de los socios en aras a guardar la proporcionalidad en la transformación.

c) OTROS ACUERDOS NECESARIOS

Otro problema es la existencia de un **Fondo de Reserva reparable** (art. 58.3) o **pérdidas pendientes** de compensar con retornos (art. 59.3).

Creemos que es necesario acomodar el régimen económico cooperativo al de las limitadas o las anónimas, según sea la opción. Así, será preciso que la Asamblea General acuerde el reparto de dicha reserva o su capitalización y se compensen las pérdidas pendientes.

Además, al transformar a SRL será preciso exigir el desembolso de todas las **aportaciones pendientes** (art. 78 LSC).

d) DERECHO DE SEPARACIÓN

La LCOOP (art. 69.2) reconoce el derecho de separación de los socios en los términos previstos para el caso de fusión y al reintegro de sus aportaciones en el plazo establecido en el artículo 65.

Esto es, reconoce, a los socios de las cooperativas que se transformen y que no hubieran votado a favor, el derecho a separarse de su

cooperativa, mediante escrito dirigido al Presidente del Consejo Rector, en el plazo de cuarenta días desde la publicación del anuncio del acuerdo, según lo previsto en misma Ley y antes detallado.

Respecto de ellos, la sociedad resultante de la transformación asumirá la obligación de la liquidación de las aportaciones al socio disconforme, en el plazo regulado en esta Ley para el caso de baja justificada y según lo establecieran los Estatutos de la cooperativa de la que era socio y respetando lo dispuesto como mínimo en el artículo 51 de la LCOOP.

4.2. *S.Coop. regulada por LCE*

a) DISPOSICIONES COOPERATIVAS

La letra b) del número 1 del artículo 85 de la LCE exige acuerdo «expreso y favorable, de la Asamblea General, adoptado con los requisitos establecidos para modificar los Estatutos».

Su artículo 74 regula dicha modificación exigiendo los siguientes requisitos:

- a) Informe escrito formulado por los autores de la propuesta con justificación de la misma.
- b) Que se expresen en la convocatoria, con la debida claridad los extremos a modificarse.
- c) Que en el anuncio de la convocatoria se haga constar expresamente el derecho de todos los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe justificativo de la misma y de pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos.

Obviamente, dado que cabe transformación en sociedad civil o mercantil de cualquier clase, debe precisarse a cual pretende transformarse.

La **propuesta** será presentada por el Consejo Rector, a iniciativa propia o a petición de socios que representen, al menos, el 20 por 100 del total de los votos. Si se solicita la inclusión en el orden del día por socios que representen más del 10 por 100 del total de votos, en los cinco días siguientes al anuncio de convocatoria, existirán los obstáculos que comentamos el referirnos a la regulación de la LCOOP (art. 33 LCE).

La Asamblea General, salvo la de carácter universal, estará válidamente **constituída**, en primera convocatoria, cuando estén presentes o

representados la mayoría de votos, y en segunda convocatoria cuando lo estén al menos socios que ostenten el 10 por 100 de los votos o cien votos, bastando, salvo previsión estatutaria en contra, alcanzar dicho quorum al inicio de la sesión (art. 34.2 LCE).

El **acuerdo** de transformación debe ser tomado, por mayoría de dos tercios de los votos presentes o representados, cuando el número de votos presentes y representados sea inferior al 75 por 100 del total de votos de la Cooperativa.

En otro caso, basta la mitad de los votos válidamente emitidos, no computándose los en blanco ni las abstenciones (art. 36 LCE).

Respecto a la **conversión de aportaciones al capital social**, se establece la posibilidad de realizarla «en proporción directa al capital que tuviera desembolsado cada socio en la Cooperativa, al derecho de voto que ostentaba en la misma, o bien combinando ambos criterios (art. 85.5 LCE). Posibilitando así adecuar los capitales de la nueva, según sean el deseo de los socios que integran la cooperativa, de una forma más flexible que la legislación estatal.

La LCE distingue entre socios, socios de trabajo, socios colaboradores, socios inactivos o no usuarios (arts. 19 a 30).

Cada socio tiene derecho a un voto. No obstante, en las Cooperativas de primer grado los Estatutos pueden prever que el derecho de voto de los socios que sean Cooperativas, sociedades controladas por éstas y entidades públicas, sea proporcional a la actividad Cooperativa con la sociedad o las prestaciones complementarias a esta actividad en el marco de la intercooperación. El número de votos de un socio que no sea sociedad cooperativa, no puede ser superior al tercio de los votos totales de la Cooperativa (art. 35.1 y 2 LCE).

Respecto a la necesidad de **homogeneizar el régimen económico** de la transformada, la casuística es un poco distinta por serlo el régimen de la LCE.

Así, existen Fondos de Reserva Voluntarios repartibles sin vencimiento (art. 67.2.c.2), cuentas sin individualizar de pérdidas y cuentas individualizadas a compensar con cargo a futuros retornos (art. 69).

Creemos que será preciso armonizar las primeras y las terceras, cambiando mantener las segundas.

b) LSC

Les resulta de aplicación lo ya visto para las que se encuentran bajo LCOOP, artículo 23 de la LSC.

V. La escritura

La inscripción del acuerdo exige la oportuna escritura pública que entre otros acuerdos y como más relevante, contendrá el de transformación. El artículo 19 LME condiciona la eficacia de la transformación a la inscripción de la oportuna escritura en el Registro Mercantil.

5.1. *S.Coop. regulada por LCOOP*

El artículo 9 del RLCOOP en su número 1, punto 9, cita como actos inscribibles los acuerdos de transformación sin distinguir explícitamente entre los de «transformación de» o los de «transformación en». Su artículo 11, regulador de los actos inscribibles, exige escritura pública para la inscripción de la transformación en una cooperativa, no mencionando inscripción alguna para la transformación de una cooperativa en su letra e), aunque podría entenderse que este dentro de la k), que establece otros supuestos de inscripción que se establezcan por Ley y sea preceptiva la formalización del acto por escritura pública.

Habida cuenta que la «transformación de la cooperativa en» debe cumplir, desde el momento que se acuerda, la regulación de la transformada y que la propia transformación se regula de forma incompleta en la LCOOP, mediante una remisión parcial a la fusión, la regulación no está suficientemente clara en cuanto a sus requisitos.

Antes de la LSC, la escritura pública se exigía por el número 2 del artículo 93 de la LSRL y el número 1 del 218 del RRM para la transformación en sociedad limitada. Ahora sólo queda la referencia del 218 del RRM, al haber desaparecido la de la LSRL en la LSC y no aparecer expresamente en la LME.

Dada la inexistencia de regulación específica para la transformación de sociedades cooperativas en sociedades anónimas, creemos que debe aplicarse de forma supletoria el citado 218 RRM también a tal supuesto.

Ahora bien, cabe que la Asamblea que tome el acuerdo de transformación haya tomado previamente algún acuerdo únicamente inscribible en el de cooperativas o que afecta al balance que se vaya a usar en la transformación para, por ejemplo, fijar los capitales. En este caso, cabe separar, en distintas escrituras, los acuerdos que sólo afecten a un registro de los que sólo afecten a otro y, a veces, para evitar problemas registrales, celebrar Asambleas Generales distintas, una para los acuerdos previos a la transformación y otra para la transformación propiamente dicha.

Las **certificaciones** del acta se expiden con las firmas del Secretario y del Presidente. El acta debe estar previamente aprobada.

No obstante, es frecuente que junto al acuerdo de transformación se tome un acuerdo de cese y posterior nombramiento de administradores, siendo el mismo de obligatoria inscripción. Se plantearía un problema cuando se haya modificado en los Estatutos de la nueva forma societaria la composición del órgano, pasándose, por ejemplo, de Consejo de Administración a Administrador Único. En estos casos, entiendo debe aplicarse el artículo 109 del RRM y dado que el certificante no estará inscrito, el 111.

La elevación a público sólo podrán realizarla personas que tengan facultad para certificarlos (art. 108.1 y 2 del RRM).

El contenido de la certificación deberá cumplir las exigencias del artículo 112 del RRM, transcribiéndose el mismo y haciendo constar todas las circunstancias del acta, necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados.

Recordemos que dada la diferencia de funcionamiento entre sociedades limitadas/anónimas y cooperativas, figurará el número de socios de éstas, no siendo necesario indicar el capital que representan. No obstante, para evitar problemas es recomendable que conste dicho capital, incluso con referencia al correlativo artículo de la LCOOP a fin de indicar dicha normativa.

Por otro lado, el **RRM**, en su artículo 218, y el 18 de la **LME**, exigen que la **escritura pública contenga**:

a) Las menciones previstas para la constitución de una sociedad cuyo tipo se adopte (art. 18.2 LME).

Dichas menciones son (art. 22 LSC):

- La identidad del socio o socios.
- La voluntad de constituir una sociedad de capital, con elección de un tipo social determinado.
- Las aportaciones que cada socio realice o, en el caso de las anónimas, se haya obligado a realizar, y la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas a cambio.
- Los estatutos de la sociedad.
- La identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad.
- Además, si la sociedad fuera de responsabilidad limitada, la escritura de constitución determinará el modo concreto en que inicialmente se organice la administración, si los estatutos prevén diferentes alternativas.

— Y si la sociedad fuera anónima, la escritura de constitución expresará, además, la cuantía total, al menos aproximada, de los gastos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los meramente previstos hasta la inscripción.

Las anteriormente mencionadas, deben ser adaptadas a la transformación.

Respecto a la voluntad de constituir una sociedad, no constará la misma, sino que la Asamblea General adoptó el acuerdo de transformarse en sociedad limitada.

Igualmente, no constarán las aportaciones que cada socio realizó, sino las que existían a su nombre en el momento de acordarse la transformación.

b) La relación de socios que hubieran hecho uso del derecho de separación y el capital que representen, así como el balance final cerrado el día anterior al otorgamiento de la escritura (arts. 18.2 LME y 218.2 RRM).

Ya hemos analizado el derecho de separación y, en cuanto, al balance final cerrado, nos remitimos a lo que más adelante indicaremos.

c) Las acciones o las participaciones que se atribuyan a cada socio en la sociedad transformada, según sea la fórmula jurídica elegida (art. 18. 2 LME).

d) Si las normas sobre la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte así lo exigieran, se incorporará a la escritura el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social (art. 18.3 LME). Informe exigido para las sociedades anónimas en el artículo 67 LSC.

e) El consentimiento de todos los socios que tengan en la cooperativa algún tipo de responsabilidad personal por las deudas sociales (art. 218.1 RRM).

En este sentido debe recordarse el artículo 15.3 de la LCOOP, que establece que la responsabilidad de los socios por las deudas sociales se limitará a las aportaciones al capital social que hubieran suscrito.

f) La manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad, de que el patrimonio cubre el capital social quedando éste totalmente desembolsado (art. 218.1 RRM). Debe ponerse en relación con lo señalado en la letra d) para las anónimas.

Esta doble manifestación puede obligar a que previamente se haya realizado un saneamiento de la sociedad y a que lógicamente, si se transforma en SRL, se hayan exigido los desembolsos pendientes o reducido el capital.

A estos efectos, puede resultar aconsejable la presentación de un informe de los auditores de la cooperativa, en su caso, sobre la adecuación entre la cifra de capital y el valor patrimonial de la sociedad.

g) La manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad, de que los acreedores sociales han consentido expresamente la transformación, cuando dicho supuesto se haya producido (art. 218.1 RRM).

Dada la remisión del artículo 69 a las condiciones y términos de la fusión, y el derecho de oposición reconocido en esta a los acreedores (art. 66):

Artículo 66. Derecho de oposición de los acreedores

La fusión no podrá realizarse antes de que transcurran dos meses desde la publicación del anuncio del acuerdo de fusión. Durante este plazo, los acreedores ordinarios de cualquiera de las sociedades cuyos créditos hayan nacido antes del último anuncio de fusión, y que no estén adecuadamente garantizados, podrán oponerse por escrito a la fusión, en cuyo caso ésta no podrá llevarse a efecto si sus créditos no son enteramente satisfechos o suficientemente garantizados. Los acreedores no podrán oponerse al pago aunque se trate de créditos no vencidos.

En la escritura de fusión los otorgantes habrán de manifestar expresamente que no se ha producido oposición alguna de acreedores con derecho a ella o, de haber existido, manifestar que han sido pagados o garantizados sus créditos, con identificación en este caso de los acreedores, los créditos y las garantías prestadas.

Deberá o bien esperarse el plazo, o conseguir el acuerdo, o prestar las garantías. En una sociedad con actividad y gran número de acreedores se optará, normalmente, por dejar transcurrir el plazo.

h) Las normas que han sido aplicadas para la adopción del acuerdo de transformación, así como el destino dado a los fondos o reservas que tuviere la entidad (art. 218.2 RRM).

La mención a las normas aplicadas no parece referida a las circunstancias necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados, que ya comentamos, deben aparecer a nuestro juicio, en el certificado (art. 112.1 y 2 RRM). Así, por normas (y dada la variedad legislativa a que puede estar sometida la cooperativa), parece referirse a la necesidad de que se indique la legislación cooperativa. En tal sentido se exige en la transformación inversa (de sociedad limitada a sociedad cooperativa, art. 222.2.b) RRM).

En cuanto al destino de los fondos o reservas debe recordarse que las normas de la transformación (art. 69.6 LCOOP) establecen que en

el supuesto de transformación de una sociedad cooperativa en otro tipo de entidad, los saldos de los fondos de reserva obligatorio, el fondo de educación y cualesquiera otro fondo o reservas que estatutariamente no sean repartibles entre los socios, recibirán el destino previsto en el artículo 75 de esta Ley para el caso de liquidación de la cooperativa.

Y el citado artículo 75, en su número 2, señala que el haber líquido sobrante, si lo hubiere, se pondrá a disposición de la sociedad cooperativa o entidad federativa que figure expresamente recogida en los Estatutos o que se designe por acuerdo de Asamblea General. De no producirse designación, dicho importe se ingresará a la Confederación Estatal de Cooperativas de la clase correspondiente a la cooperativa en liquidación y de no existir la Confederación correspondiente, se ingresará en el Tesoro Público, con la finalidad de destinarlo a la constitución de un Fondo para la Promoción del Cooperativismo.

Establece además, que si la entidad designada fuera una sociedad cooperativa, ésta deberá incorporarlo al fondo de reserva obligatorio, comprometiéndose a que durante un período de quince años tenga un carácter de indisponibilidad, sin que sobre el importe incorporado se puedan imputar pérdidas originadas por la cooperativa. Si lo fuere una entidad asociativa, deberá destinarlo a apoyar proyectos de inversión promovidos por cooperativas.

Por último, se reconoce a cualquier socio de la cooperativa en liquidación que tenga en proyecto incorporarse a otra cooperativa, el derecho a exigir que la parte proporcional del haber líquido sobrante de la liquidación, calculada sobre el total de socios, se ingrese en el fondo de reserva obligatorio de la sociedad cooperativa a la que se incorpore, siempre que así lo hubiera solicitado con anterioridad a la fecha de la convocatoria de la Asamblea General que deba aprobar el balance final de liquidación. Puede discutirse si este derecho al socio, cabe reconocérselo al que optó por la separación para integrarse en otra cooperativa.

5.2. *S. Coop. regulada por LCE*

Como ya vimos, la LCE regulaba la transformación, existiendo, además, un Decreto regulador del Registro de Cooperativas de Euskadi (DRCE) muy similar al RRM.

En dicho DRCE aparece como objeto de inscripción la transformación (art. 32.1.g), exigiéndose, para practicarla, escritura pública (art. 33.1).

La documentación de los acuerdos sociales es regulada de forma similar al RRM, destacándose que sólo se faculta para elevar a público los acuerdos sociales a quienes lo estén para certificarlos (art. 34 DRCE), y que, en su caso, es necesario que conste en la certificación el dictamen favorable del letrado asesor de la sociedad.

Se exige que consten en la escritura pública:

a) Las menciones legal y reglamentariamente exigidas para la constitución de la entidad cuya forma se adapte, respetando lo dispuesto en la LCE (arts. 85.1.d LCE y 59.3 DRCE). Nos remitimos a lo comentado al respecto al analizar la LCOOP, en lo que se refiere a transformación en **Sociedad Limitada o Anónima**.

b) El informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario, previsto en la legislación mercantil, en su caso (arts. 85.1.d LCPV y 59.4 DRCE). Aplicable para la transformación en Sociedad Anónima según vimos anteriormente.

Respecto al momento en que debe realizarse el informe, parece lógico pensar que el mismo debe estar a disposición de los socios en el momento de la convocatoria de la Junta.

c) La relación de socios que hayan ejercitado el derecho de separación y el capital que representen (arts. 85.1, segundo párrafo de la LCPV y 59.3.f del DRCE).

Dicho derecho se reconoce a los socios que hayan votado en contra del acto de la Asamblea, o a los que, no habiendo asistido a la misma, expresen su disconformidad mediante escrito dirigido a los administradores en el plazo de cuarenta días desde la publicación del último anuncio del acuerdo (veremos que se exige publicación en el *Boletín Oficial del País Vasco* y en dos periódicos de gran circulación en el territorio histórico —Álava, Guipúzcoa o Vizcaya— en que la Cooperativa tenga su domicilio art. 85.1.c) LCE). A tales socios se les reconoce el derecho al reembolso de sus aportaciones al capital en el plazo que, sin exceder de cinco años y desde la fecha del acuerdo de transformación, determinen los Estatutos o acuerde la Asamblea, percibiendo el interés legal del dinero por las cantidades aplazadas (art. 85.3 LCE).

Vemos así, que se les reconoce un derecho de separación limitado, al no devolverse de forma inmediata el importe de sus aportaciones, sino en un máximo de cinco años.

En parte de los supuestos, no será interesante usar este derecho por resultar más rentable e incluso rápido vender las participaciones o acciones de la transformada.

d) Como ya indicamos, la Asamblea General puede optar por convertir las aportaciones al capital social en participaciones económicas de la nueva entidad, en proporción directa al capital que tuviera desembolsado cada socio en la Cooperativa, al derecho de voto que ostentaba en la misma Cooperativa, o bien combinando ambos criterios (art. 85.5 LCE).

e) La homologación del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi (art. 59.3.a) del DRCE). En la práctica suele estar condicionada a la entrega de los fondos de Reserva Obligatorios y fondos irrepartibles.

f) Acuerdo expreso y favorable de la Asamblea General de la Cooperativa, adoptado por mayoría de dos tercios de los votos presentes o representados, siempre que el número de votos presentes o representados sea inferior al 75 por 100 del total de votos de la Cooperativa (arts. 36.2 LCE y 59.3.b) del DRCE). Dicho acuerdo irá dentro del certificado o del acta notarial.

g) Acreditación del cumplimiento del informe escrito justificativo de la propuesta modificación de estatutos inherente a la transformación, de la expresión en la convocatoria de los extremos a modificar y de que en el anuncio de la convocatoria se haya hecho constar expresamente el derecho de todos los socios a examinar en el domicilio el texto íntegro de la misma y de pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos (arts. 74.2 de la LCE y 59.3.c) del DRCE).

Realmente, gran parte de estos extremos eran necesarios para calificar la validez del acuerdo (art. 34.2 DRCE), por lo que el artículo es, parcialmente, reiterativo. Además, cuando la Asamblea tenga carácter universal no será necesario acreditar ninguno de los mismos.

h) Justificación de la publicación del acuerdo de transformación en el *Boletín Oficial del País Vasco* y en dos periódicos de gran circulación del Territorio Histórico del domicilio social de la Cooperativa (art. 59.3.d) del DRCE).

La LCE exigía dichos anuncios, pero no que se incorporasen a la escritura (art.85.1.b de la LCE).

Los anuncios en los periódicos no plantean problemas, dado que es posible su publicación de un día para otro. No ocurre lo mismo con el del *Boletín Oficial del País Vasco*.

i) Balance cerrado el día anterior al del acuerdo de transformación o bien al finalizar el último ejercicio, si hubieren transcurrido menos de seis meses desde el cierre del mismo y hubiese sido depositado en el

domicilio social a disposición de los socios desde el mismo día en que se cursó la convocatoria de la Asamblea General (art. 59.3.e) DRCE).

El balance, como en el caso anterior, se exigía en el artículo 85.1.e) de la LCE, pero no su incorporación a la escritura pública.

Una vez más, el tema ha sido estudiado en relación a la cooperativa bajo LCOOP. Debemos aquí analizar la influencia del mismo en la determinación de la cuota de liquidación del socio que hace uso, en su caso, del derecho de separación e incluso de su posible influencia en la determinación de los fondos de reserva irrepartibles. Así, este balance plantea las siguientes cuestiones:

Primera: ¿Es meramente informativo o debe ser aprobado por los socios?

Habida cuenta de las distintas reglas que rigen en la cooperativa y en las limitada o anónima, parecería lógico que se cerrase balance a la fecha de aprobar la transformación y se distribuyesen los resultados de la cuenta de pérdidas y ganancias. Y es que el resultado de la distribución es radicalmente distinto en una cooperativa que en un SA o SRL, y también lo es en una cooperativa bajo LCOOP (arts. 57 a 59) que otra bajo LCE (arts. 67 y 69).

Por un lado, los intereses de los socios serán distintos en función de la cuantía que les corresponde como retorno en la cooperativa o del dividendo o incremento de valor de su participación o acción en la limitada o anónima, respectivamente, según hubiese quedado repartido el capital tras la transformación y según se haya cerrado o no el balance y distribuido los resultados.

Además, aparte de los propios socios, existe un futuro acreedor interesado, ya que una distribución de, por ejemplo, excedentes significa un incremento de los fondos irrepartibles a entregar.

Segunda: Habida cuenta de que, de haber procedido a efectuar una liquidación, el activo sobrante del haber social (art. 75 LCOOP y art. 94.2.d) LCE), si lo hubiere, así como el remanente del Fondo de Educación y Promoción y otros fines de interés social, debían haberse entregado aplicado según lo establecido en cada Ley ¿basta optar por la transformación para conseguir que por ejemplo las plusvalías tácitas de los elementos del activo inmovilizado pasen a la sociedad transformada y, por ello, a los socios o debe reflejar este balance con exactitud y claridad el estado patrimonial de la Sociedad, como en la liquidación (arts. 74 de la LCOOP y 95.1 de la LCE)?

El sentido común debería decantarnos por esta última solución, dado que en otro caso la transformación sería un perfecto medio legal para burlar las disposiciones cooperativas relativas a la liquidación.

El único problema sería el alto peaje a pagar por la empresa que realizara la transformación y los problemas financieros que el mismo le ocasionaría, problemas que se solucionarían en gran medida mediante las cuentas en participación (art. 85.4 LCE).

Así, es preciso realizar dos puntualizaciones:

- Por un lado, cuando la LCE introdujo la posibilidad de la transformación, exigió la homologación previa, por lo que no cabía usarla como mero elemento de evadir fondos irrepartibles, ni plusvalías tácitas en balance. Es al liberalizarlo en la LCOOP cuando se permite la situación.
- Por otro, tampoco es lógico que, aunque debe mediar homologación, esos cantidades queden para los socios.

El problema es que, aún cuando el criterio expuesto sobre el balance sea lógico, no creemos que resulte, con la LCE ni con la LCOOP, defendible. La primera no realiza mención alguna en este sentido, sino más bien al contrario, al señalar que el valor nominal será lo que debe acreditarse (art. 85.4) y la segunda, indica sólo que recibirán el destino establecido en caso de liquidación (art. 69.4 con reenvío al 75 de la LCOOP).

j) Acreditación de la aplicación de la Contribución a la Educación y Promoción Cooperativa y otros fines de interés social, así como del acuerdo asambleario sobre los Títulos en cuentas de participación que pudieran corresponder al Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi (art. 59.3.g) del DRCE).

Al igual que en los balances, se exige la inclusión en la escritura por el DRCE.

La LCE (art. 85.4) dispone que la Contribución para la Educación y Promoción Cooperativa y otros fines de interés social tiene la aplicación estatutariamente prevista y, en su defecto, se pone a disposición del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi. Igualmente señala que el valor nominal de las dotaciones del Fondo de Reserva Obligatorio y de las reservas voluntarias irrepartibles, se acreditan al Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi como títulos de cuentas en participación, referidos a la sociedad resultante del proceso transformador, debiendo adoptar la oportuna decisión.

k) Además, debería constar, en su caso, en el certificado del acuerdo que se eleva a público, el dictamen del letrado asesor sobre si los acuerdos son ajustados a derecho cuando la sociedad venga obligada a acreditar sus cuentas (art. 73.2 LCE).

VI. Pasos posteriores a la elevación a público

6.1. Sociedad Cooperativa regulada por LCOOP

El artículo 218.3 del RRM exige que en la transformación de sociedad cooperativa en sociedad de responsabilidad limitada se acompañe a la escritura, para su depósito en el Registro Mercantil:

a) Un balance general cerrado el día anterior al del acuerdo de transformación. Ya comentado al referirnos al mismo.

b) La certificación del Registro de Cooperativas correspondiente, en la que consten la inexistencia de obstáculos para la **inscripción** de la transformación y, en su caso, la transcripción literal de los asientos que hayan de quedar vigentes. Además, constará en la certificación la nota de cierre provisional de la hoja de la cooperativa que se transforma.

¿Significa esto que el Registro de Cooperativas no califica y que ante un acuerdo de transformación se limita a realizar una anotación preventiva y extender el certificado para que el Registro Mercantil pueda certificar?

El artículo 218.4 del RRM indica que, una vez inscrita la transformación en el Registro Mercantil, éste lo comunica de oficio al de Cooperativas para que proceda a la cancelación de los asientos de la sociedad.

¿Se exige una calificación previa del Registro de Cooperativas para emitir dicho certificado, con examen de los documentos pertinentes o basta una solicitud para su emisión? Dada la literalidad del artículo (del Registro Mercantil) y la ausencia de regulación expresa en el de Cooperativas, creemos debe interpretarse de forma literal, evitándose una doble calificación. Esto es, que bastará la solicitud de que se emita certificado en este sentido y ello salvo que alguno de los acuerdos complementarios alteren los asientos sobre los que se debe certificar la vigencia. Y ello, aún cuando en la práctica suponga dejar el cumplimiento de las formalidades previstas en la LCOOP en manos del RM.

c) Además, si la legislación cooperativa aplicable a la cooperativa que se transforma exigiere algún tipo de publicidad escrita del acuerdo, deben acompañarse los ejemplares de las publicaciones en que la misma se hubiere realizado. Por remisión a las condiciones y términos de las fusiones: anuncio en el *BOE* y periódico de gran circulación en la provincia del domicilio (art. 64.2 LCOOP).

Una vez inscrita la transformación de la cooperativa, el Registrador Mercantil debe comunicar de oficio al Registro de Cooperativas corres-

pondiente para que en éste se proceda a la inmediata cancelación de los asientos de la sociedad.

Por último, el artículo 225 del RRM establece que en la inscripción de la transformación deben consignarse, además de las circunstancias generales, todas aquellas exigidas para la inscripción primera de la Sociedad, cuya forma se adapte, así como aquellas otras relativas al derecho de separación de los socios que sean procedentes.

Los datos relativos a la primera inscripción de la sociedad en Registro Mercantil se publicarán en el *BORME*, Sección 1.ª Empresarios, apartado «actos inscritos» en los términos indicados en los artículos 421 y 387 del RRM.

6.2. *Sociedad Cooperativa regulada por LCE*

El artículo 85, número 1, letra e), indica que la escritura debe ser presentada, sucesivamente, tanto en el Registro de Cooperativas, para inscribir la baja correspondiente, como, en su caso, en el Registro Mercantil para la inscripción primera de la entidad cuya forma se adopte.

En el mismo sentido se pronuncia el número 2 del artículo 59 del DRCE cuando señala que, para la cancelación registral de los asientos de la Cooperativa que se transforma, se presentará en el Registro de Cooperativas de Euskadi escritura pública de transformación con acreditación, en su caso, de la inscripción en el Registro Mercantil.

Adicionalmente, se presentan problemas con el certificado del Registro de Cooperativas por el procedimiento registral utilizado por este: sucinto con remisión al archivo correspondiente en el que constará el documento (art. 20.1 DRCE). El Registro Mercantil necesitará el documento base para poder realizar los correspondientes asientos que se mantendrán vigentes.

Igualmente se realizará la publicación en el *BORME* indicada en el punto anterior.

Recuperación de pequeñas y medianas empresas en concurso a través de sociedades cooperativas y su contribución a la «responsabilidad social concursal»

Carmen Pastor Sempere*

Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Alicante.

Investigador permanente de la Escuela de Estudios Cooperativos de la Universidad Complutense de Madrid (<http://www.ucm.es/info/eec/>).

Miembro del grupo asesores IUSDECOOP asesores (<http://www.uv.es/iudescoop/>).

Miembro del grupo investigador COMMENDA (www.commenda.es).

Árbitro de la Corte de Arbitraje de Sociedades Cooperativas de la Comunidad Valenciana

Recibido: 15-10-2012

Aceptado: 18-11-2012

Sumario: I. Introducción. II. Finalidad del procedimiento concursal. III. Fase de convenio: especial referencia a los convenios de «continuación». IV. A modo de conclusión. V. Bibliografía.

Resumen: Resulta altamente preocupante como en un país como España cuyo tejido empresarial se compone de PYMES en niveles muy superiores al de otros países, las medidas de reestructuración empresarial y saneamiento nunca son diseñadas por el legislador pensando en estas PYMES; al contrario, incluso las de tamaño medio acaban «muriendo a lo largo» del procedimiento concursal, abocándolas a una irremediable liquidación. Ante este problema no resuelto por el legislador y una recesión económica que no tiene fin, las sociedades cooperativas están llamadas a desarrollar un papel activo como protagonistas de procesos de reestructuración y recuperación empresarial. Para ello, contamos con la experiencia de nuestra ya vieja reconversión industrial y con la de países, como la República de Argentina, donde la recesión dio lugar al nacimiento de fenómenos sociales espontáneos en los que los trabajadores han protagonizado un movimiento de resistencia económica, conocido como «*Movimiento Nacional de Fábricas Recuperadas*» caracterizado en la mayoría de las ocasiones, por ser los trabajadores quienes lograron comprar las instalaciones de la empresa concursada y continuaron la explotación a través de una sociedad cooperativa. En este breve trabajo se tratará esta posibilidad desde el procedimiento que diseña nuestra Ley Concursal y su contribución en lo que podríamos denominar como una incipiente «Responsabilidad Social Concursal».

* La elaboración de la presente comunicación se inserta en el marco del Proyecto de Investigación DER 2010-18660, «Crisis económica y Derecho Mercantil», dirigido por el Profesor D. José Miguel Embid Irujo.

Palabras clave: Concurso, cooperativas, conservación de PYMES, recuperación de PYMES, «Responsabilidad Social Concursal».

Abstract: The fact that lawmakers design measures for restructuring and putting businesses on sound footing without taking SMEs into account is a source of great concern in a country like Spain whose industrial fabric is formed by a much larger number of SMEs than in other countries. Even medium sized companies end up «dying in the long term» due to insolvency procedures which drive them to unavoidable settlements. In view of this problem which lawmakers have not solved and a neverending economic crisis, cooperatives are called to take an active role as the main players in restructuring and recovering businesses. We have gained valuable experience through our past industrial reorganisation and that of other countries such as Argentina where the recession led to spontaneous social phenomena in which workers staged an economic resistance movement known as the «*Movimiento Nacional de Fábricas Recuperadas*». This was mostly distinctive for workers themselves managing to buy the bankrupt company's facilities and continue operating as a cooperative. This brief study focuses on this possibility from the procedures set down in our Insolvency Act and its contribution to what we could call an emerging «Social Responsibility in Insolvency».

Key words: Insolvency, cooperatives, safeguard SMEs, recover SMEs, «Social Responsibility in Insolvency».

I. Introducción

Debemos esclarecer desde el inicio de este trabajo que la finalidad del procedimiento concursal es la satisfacción de los acreedores, pero no por ello la Ley Concursal es ajena a las ventajas que tanto para los acreedores como para el resto de intereses afectados por la crisis pueden derivarse de la conservación de la estructura empresarial. Esta orientación conservativa de la empresa, por otra parte presente en mayor o menor medida en la actualidad en el conjunto del Derecho concursal comparado¹ se refleja en medidas de conservación² previstas en la fase común del concurso y de las que en última instancia depende la posibilidad de conservación, ya sea a través de un convenio de continuación o de una enajenación en bloque, de los que hablaremos, así como del régimen jurídico del convenio, dedicándose especial atención a la «propuesta anticipada de convenio», como medio de facilitar y anticipar el arreglo negociado. Exponente de esta moderna tendencia lo encontramos en la reciente reforma publicada el 1 de marzo de 2012³ que ha experimentado el régimen concursal alemán que ha pasado recientemente por cambios significativos a través del «*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*» (conocida como ESUG, también como (InsOuaÄndG) —Ley para facilitar el saneamiento de las empresas—) y que modifica aspectos esenciales de la *Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994. Según el Ministerio de Justicia alemán, la ley proporciona la base para una nueva cultura de los procedimientos de in-

¹ Esta situación es diferente, en los países de nuestro entorno. De este modo nos advierte Largo Gil. R. («El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la ley concursal)», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 9, Sección Estudios, segundo semestre de 2008, p. 87) que «es un movimiento promovido desde instancias comunitarias y del que es representativa la Ordenanza sobre la insolvencia alemana (*Insolvenzordnung*) de 5 de octubre de 1994, en la que se abre la posibilidad de recuperar —conservar— a las empresas que tengan posibilidades de recuperación. En realidad, se trata de un derecho preventivo de las crisis con medidas adecuadas para impedir situaciones irreversibles. A este respecto, hay que poner de relieve la generalización en los últimos años de las reformas de la legislación concursal en algunos países de la Unión Europea en vistas a la recuperación de empresas en crisis, siendo Portugal, Francia e Italia las más recientes dentro del movimiento referido».

² Sobre las mismas, *vid.* Zabaleta Díaz, Marta, *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Madrid, 2006.

³ G. v. 07.12.2011 BGBl. I S. 2582 (Nr. 64), 2800; Geltung ab 01.03.2012.

solvencia, que se enfoca en la supervivencia de la empresa y no en su liquidación⁴.

La crisis económica, como decíamos, ha tenido como consecuencia unos elevados niveles de destrucción de empleo en todo tipo de empresas y sin distinguir su tamaño. En un país como España cuyo tejido empresarial se compone de PYMES en niveles muy superiores al de otros países, llama la atención como las medidas de reestructuración empresarial y saneamiento nunca son diseñadas por el legislador pensando en las PYMES, al contrario, incluso las de tamaño medio acaban «muriendo a lo largo» del procedimiento concursal, abocándolas a una irremediable liquidación⁵. Parece, pues, que el interés en «reflotar empresas» se centra en aquellas que por su tamaño «no se les puede de-

⁴ <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/338/33871.html>. Los cambios podemos resumirlos en tres puntos: En primer lugar, la autonomía de los acreedores se fortalece a través de la creación de un comité de acreedores ya desde el inicio del concurso. En segundo lugar, los derechos del deudor dispuesto a sanear se refuerzan mediante un procedimiento de protección: En un período de tres meses, el deudor puede elaborar un plan de saneamiento que se implementará como plan de insolvencia. Este procedimiento protege al deudor, no sólo contra las medidas de ejecución, sino también contra la pérdida capacidad dispositiva. El tercer punto es la ampliación del proceso del plan de insolvencia. En particular, la conversión de deudas en acciones («debt-equity-swap») es una nueva característica.

⁵ Es relevante a estos efectos el estudio estadístico «Estadística concursal», en *Anuario 2011*, realizado por Van Hemmen, E., editado por Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, Madrid, 2012., en el que se señala que para valorar si el nivel de recursos generados de las concursadas les permitirá sobrevivir al procedimiento, debemos tener en cuenta que el hecho de que en 2011 solamente el 11% de las empresas exhiba una capacidad suficiente para liquidar sus deudas en menos de 10 años resulta muy revelador, ya que son 5 los años que establece la Ley Concursal (art. 100.1) como límite normal para las esperas de los convenios (siendo la «espera» el período de tiempo total para el que se programan los compromisos de pago futuros), lo que, unido a que la quita normalmente no puede superar el 50%, **nos lleva a concluir que solamente este 11% tiene potencial para alcanzar un convenio**. No mejoran, por tanto, las expectativas de supervivencia de las sociedades concursadas del ejercicio 2011 respecto a años anteriores (p. 19) y añade en su p. 46. que **una de las características que mejor define a las concursadas que eluden la liquidación es la capacidad para generar recursos**. Este resultado se confirma tanto para la sub-muestra de sociedades que presentaron cuentas de acuerdo al PGC 1990 (que entraron mayoritariamente en concurso en 2009), como las que lo hicieron siguiendo los criterios del PGC 2007 (la mayoría de las cuales inició el concurso en 2010). También se confirma que las que inician la fase de convenio, así como las que finalmente logran el acuerdo en 2011 registran mayores volúmenes de tamaño, especialmente si se consideran las que iniciaron el concurso en 2009. También se observa que para tener posibilidades de sobrevivir al procedimiento, además de poseer una mínima dimensión, la concursada debe acumular experiencia en el mercado: las sociedades que alcanzan el convenio tienen más edad que las que se liquidan (4 años más, si consideramos las medianas).

jar liquidar», sin pensar en la sangría de puestos de trabajos que supone la suma total de PYMES liquidadas. Ante esta situación, como en otras crisis, las sociedades cooperativas están llamadas a desarrollar un papel activo como protagonistas de procesos de reestructuración y recuperación empresarial de PYMES (pensamos que estos conceptos no deben ser antagónicos). No cabe duda que si esta crisis profunda se alarga, sobre un aumento de concursos gravitará la presión de un regreso a las fórmulas empresariales de autoempleo, con cooperativas, lo cual tiene un perfecto encaje en nuestro modelo constitucional económico⁶.

En este sentido, contamos con la experiencia de nuestra ya vieja reconversión industrial de la década de los años ochenta y con la de países, como la República de Argentina, donde la recesión dio lugar al nacimiento de fenómenos sociales espontáneos en los que los trabajadores han protagonizado un movimiento de resistencia económica «apolítico» y «asindical», conocido como «**Movimiento Nacional de Fábricas Recuperadas**» caracterizado en la mayoría de las ocasiones, por ser los trabajadores quienes lograron comprar las instalaciones de la empresa concursada y continuaron la explotación a través de una sociedad cooperativa⁷. En el presente trabajo se examinará esta posibilidad desde el procedimiento que arbitra nuestra Ley Concursal (en adelante LC), en su fase de convenio, examinando los llamados «convenio de continuación», sin que por ello se descarte la posibilidad que prevé la LC en fase de liquidación de enajenación de la empresa como un todo —con el objeto de no destruir esa unidad de producción de bienes y servicios cumpliendo con la finalidad conservativa o continuadora de la empresa—, o formando parte de un acuerdo de refinanciación en fase preconcursal (aunque este solo esté pensado para empresas de un tamaño grande o medio). No obstante, por razones de extensión de este trabajo nos remitimos a posteriores trabajos en curso.

⁶ Sobre estas cuestiones, *vid.* nuestro trabajo, Pastor Sempere, C., «Empresa cooperativa y modelo constitucional económico: una aproximación», en *Revista de Sociedades de la Editorial Aranzadi*, número 16, 2001, pp. 191-215.

⁷ Gils Carbó, A.M., «Fábricas recuperadas en Argentina mediante cooperativas de trabajadores en los procesos de quiebra», en AA.VV., *Derecho de Sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis*. Dir. Embid Irujo, J.M./León Sanz, F.J., pp. 597-609, Granada 2011. En la actualidad, en Argentina, la ley 26.684 de Concursos y Quiebras (publicada en el Boletín Oficial de 3 de junio de 2011) —que modifica la anterior Ley 24.522—, entre sus principales reformas, habilita la participación activa de los trabajadores en un proceso de quiebra y da prioridad de adquisición de una empresa cerrada a sus trabajadores agrupados en una cooperativa.

II. Finalidad del procedimiento concursal

No obstante lo señalado en nuestras consideraciones introductorias, el procedimiento que arbitra la LC no se decanta claramente hacia la continuación de la actividad, a pesar de que se deduce que el convenio se concibe como la solución normal del concurso, en beneficio de los acreedores, del concursado, de los trabajadores y de otros intereses (exposición de motivos apart. IV de la LC de 2003)⁸.

Asimismo, la apertura de la fase de liquidación en la LC no es incompatible, insistimos, con la finalidad conservativa o continuadora de la empresa, ya que en la fase de liquidación se prevé la posibilidad de enajenación de la empresa como un todo⁹, con el objeto de no des-

⁸ En referencia a la finalidad del con concurso con carácter general, entre otros, el profesor Olivencia, en su intervención ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados (en su comparecencia en el Congreso de los Diputados, publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 29 de octubre de 2002, núm. 604), en su condición de Presidente de la Sección Especial para la Reforma Concursal de la Comisión General de Codificación, en la que afirmo «*La finalidad del Proyecto no es la reestructuración de empresas, no es la de un saneamiento a ultranza de empresas....., lo que hay es el respeto a un principio de conservación de la empresa que es algo distinto de reestructuración*». Debemos recordar en este punto, que el apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley señala que el convenio, como solución normal del concurso, tiende a alcanzar la satisfacción de los acreedores. Indica Pulgar Ezquerro («El Proyecto de Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la nueva legislación comercial», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 604/2003) que aunque falta en la LC una declaración programática sobre los fines del concurso, en ella no se atribuyen «*finalidades quirúrgicosanitarias a los procedimientos concursales*», ya que «*el concurso persigue prioritariamente la satisfacción de los acreedores preferentemente a través de la conservación de empresas y no tanto al saneamiento*» de éstas, aunque el convenio «*pueda, en ocasiones, cumplir una función sanatoria*». En referencia a este mismo apartado de la citada Exposición de Motivos señala De la Cuesta Rute (*El convenio concursal, comentario a los artículos 98 a 141*, Madrid, 2004, pp. 16 y 17) «*se alude a la finalidad del convenio de conservar la actividad profesional o empresarial del concursado pero en modo alguno determinante del convenio y como algo instrumental para la finalidad solutoria de éste, que no excluye sin embargo que además el convenio reporte provecho o utilidad a otros intereses de los acreedores. Terminantemente la Exposición de Motivos señala que el objeto del concurso no es el saneamiento de empresas*». Por último para Font Galán/Miranda Serrano/Pagador López/Vela Torres, «*Viabilidad antitrust de las soluciones concursales de conservación de la empresa, socialización concursal del Derecho de la Competencia*», *RDM*, n.º 250, 2003, p. 475. «*aunque la Ley no lo diga de modo expreso, el concurso no está reñido con la finalidad conservativa o continuadora de la empresa*».

⁹ *Vid.* Rubio Vicente, «efectos jurídicos de la enajenación de la empresa del concursado», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 1, 2004, pp. 259 a 274.; y del mismo autor «la enajenación de la Empresa en la nueva Ley Concursal», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 2004; Vilata Menadas, S., «El tratamiento de la sucesión

truir esa unidad de producción de bienes y servicios¹⁰. Lo señalado, nos lleva a adelantar una hipótesis; y es que aunque parezca contradictorio puede resultar más sencillo la continuidad y asunción por parte de los trabajadores de la empresa o de la unidad productiva en el marco de la fase de liquidación, que lograr un convenio de continuidad con los acreedores de la concursada. En cualquier caso, a continuación nos vamos a detener en el instrumento «elegido» por la Ley que es el convenio y el contenido pensado por el legislador para dar soporte a la necesidad apuntada en nuestra introducción.

III. Fase de convenio: especial referencia a los convenios de «continuación»

El Convenio es un acuerdo entre el deudor y la colectividad de sus acreedores, aprobado por el juez y que tiene como objetivo primordial

empresarial en el traspaso de unidades empresariales: una visión jurisprudencial», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 8, Sección Comunicaciones, Primer semestre de 2008, p. 491; Herrera Cuevas, E., «La reorganización traslativa en concurso y sucesión de empresa», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 9, Sección Varia, segundo semestre de 2008, p. 147. Zabaleta Díaz, Marta, *El principio de conservación de la empresa en la ley concursal*, Madrid, 2006; Hualde López, I., *La Fase de liquidación en el proceso concursal*, Cizur Menor, 2008, pp. 19 y ss.

¹⁰ El profesor Olivencia, en su intervención ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados (en su comparecencia en el Congreso de los Diputados, publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 29 de octubre de 2002, núm. 604), señaló como manifestación del principio de conservación de la empresa el supuesto en la fase de liquidación de la enajenación de la empresa como un todo, con el objeto de no destruir esa unidad de producción de bienes y servicios. Incluso, como han señalado Font Galán/Miranda Serrano/Pagador López/Vela Torres («Viabilidad *antitrust* de las soluciones concursales...», *op. cit.*, p. 475) «por no decir —abiertamente— que la Ley no disimula su predilección porque, cualquiera que sea la solución del concurso no se ve afectada, en la medida de lo razonable, la unidad, existencia y continuidad de la empresa» de este modo, en la fase de liquidación, ordena que el plan de liquidación «siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos». Esto mismo queda reflejado en las reglas supletorias para el caso de no aprobación del Plan o de remisión de este a las citadas reglas. intervención Para Muñoz Cadenas («Reflexiones en torno a las cesiones de bienes en los convenios concursales mercantiles», en *La Ley*, n.º 6070, 27 de julio de 2004, p. 5), en referencia a los citados artículos señala que aun en el supuesto más extremo cual es la liquidación, se ordena como principio general la enajenación de las unidades productivas como un todo, añadiendo que esta regla que se establece como supletoria, a buen seguro regirá como norma de observancia general, a menos que el plan apruebe otra forma de liquidación de las unidades productivas porque así lo aconsejen las circunstancias del concurso, y todo ello, claro está, bajo supervisión judicial.

la satisfacción de los acreedores. El convenio es un pacto entre el deudor y sus acreedores con una finalidad solutoria, pero que al adoptarse en un procedimiento concursal adquiere una dimensión pública y se somete a un importante control judicial. Ciertamente el convenio puede ser en algunos casos, no en todos, una solución mejor a la liquidación, pero lo que no admite la ley es que por esta vía, que comporta importantes sacrificios y renunciaciones para los acreedores, se impongan condiciones que impliquen, de facto, una pérdida de su derecho de cobro.

Ello es así porque el convenio es, ante todo, un instrumento solutorio dirigido a satisfacer los intereses de los acreedores, siendo la conservación de la empresa o de la actividad una finalidad instrumental del mismo. Se ha insistido mucho en que la continuación de la actividad de la empresa es un fin de la Ley concursal, aspecto que aun siendo cierto debe ser matizado, pues no es un fin en sí mismo —ya que el objeto del concurso es lograr un pago ordenado a los acreedores— sino un fin ligado a lo que es el objeto del proceso concursal y solo es válido si sirve para ello y, en caso de vinculación al convenio, si no desnaturaliza su carácter solutorio.

El convenio es, por tanto, y, ante todo, un medio de cumplimiento de las obligaciones del deudor, quedando vigente, en lo no modificado por la Ley concursal, lo dispuesto en los artículos 1156 y siguientes del Código Civil y, en concreto lo relativo a la identidad de la prestación. De este modo, y siguiendo el **Auto JM-7 Madrid 23.07.2008 (Concurso FORUM FILATÉLICO, S.A., 209/2006)**, el artículo 1166 del citado texto legal establece que el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra equivalente o diferente, aunque fuera de igual o mayor valor que la debida. Es decir, si el deudor debe entregar una suma de dinero el acreedor no puede ser compelido por mor de la eficacia del convenio a percibir una cosa distinta si no lo desea, STS de 2 de noviembre de 1994 y 17 de diciembre de 2003, entre otras.

Al respecto, las modificaciones llevadas a cabo por la última reforma de la LC en octubre de 2011 —mediante el RD 38/2011, de 10 de octubre—, no ha introducido sustanciales cambios sobre el contenido del convenio, por lo que siguen manteniendo su vigencia las consideraciones realizadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En realidad, dicha reforma ha realizado pequeñas mejoras técnicas a la redacción del artículo 100.2 junto con la del 102.1 y ahora cuando ambos preceptos se refieren a las propuestas alternativas dicen «*propuestas alternativas para todos o algunos de los acreedores*», dejando claro que no tienen que dirigirse necesariamente sólo a «*clases*» de acreedores, sino a todos o algunos de ellos. También se ha mejorado al dar ca-

bida a las propuestas de convenios anticipados y las propuestas condicionadas de concursos conexos del art. 101.2. Se sigue manteniendo la prohibición de pacto de cesión de bienes o derechos a los acreedores a salvo, ahora, del supuesto recogido en el artículo 155.4 de la LC —acreedor con privilegio especial—. Así, pues, el artículo 100.1 de la Ley concursal indica que toda propuesta de convenio deberá incluir propuesta de quita o espera o combinar ambas, pues estos son los únicos modos de reorganización del pasivo del deudor a los que puede compelerse al acreedor por la eficacia del convenio en los términos del artículo 136 de la Ley concursal, cualquier otra modalidad alternativa de cumplimiento debe ser aceptada expresa o tácitamente por el acreedor en los términos de la Ley concursal. Precisamente el uso de la formula condicional podrá contener, junto al adverbio además en el apartado 2 del artículo 100 de la Ley concursal anterior a la reforma de octubre de 2011 —«*la propuesta de convenio podrá contener, además, proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, o en créditos participativos*»—, evidenciaba que el contenido de las proposiciones alternativas no puede ser el único contenido del convenio, que deberá respetar como propuesta general la identidad de la prestación pactada¹¹.

En efecto, esta interpretación ya fue expuesta por la doctrina¹² que determinó que mediante la conversión del crédito en acciones,

¹¹ Auto JM-7 Madrid 23.07.2008 (Concurso *Fórum Filatélico, S.A.*, 209/2006), la segunda opción, para los ordinarios, mediante capitalización del crédito, adquiriendo acciones de *Fórum Filatélico, S.L.* De este modo, los acreedores, además de ver reducido su crédito en un 50% y aplazado hasta cinco años, no perciben su importe en metálico, sino que se ven obligados, en todo caso, a recibir participaciones o acciones lo que infringe los artículos 100, 125 de la Ley Concursal y 1.166 del Código Civil. Esta operación, que es una dación en pago, solo sería válida si consiente expresamente el acreedor, pero en el convenio no se prevé tal circunstancia imponiéndose, en todo caso, como consecuencia de su aprobación. Sin embargo, como se vio el fundamento jurídico primero, la eficacia del convenio solo puede extenderse de modo obligatorio a las quitas y esperas pactadas, pero no a la modificación del objeto de la prestación, que si bien puede contemplarse como alternativa, debe ser expresamente aceptada por el acreedor afectado. *Vid.* el comentario, en Gutiérrez Gilsanz, A., «El consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales» (Consideraciones en torno al auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 23 de julio de 2008, de inadmisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por *Fórum Filatélico S.A.*), en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 10, *Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia*, Primer semestre de 2009, p. 279.

¹² Flores Doña, M.ªS., «Comentario al artículo 100», en *Comentarios a la legislación Concursal*, t. I. Dir. Pulgar Ezquerro, J./Alonso Ledesma, C./Alonso Ureba, A./Alcover Garau, G., Madrid, 2004, p. 1012.

participaciones o cuotas sociales (también denominada «capitalización de deuda»), se articula un cambio de la «de objeto de la prestación debida», con lo que desde la perspectiva del Derecho de obligaciones estaríamos frente una *dación en pago*. Otro tanto cabe decir, en referencia al «*crédito participativo*»¹³, utilizados en otro tiempo en los procesos de reconversión industrial¹⁴. Aspecto este que últimamente ha sido modificado en Alemania, entre sus cambios más significativos, a través del «*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*» (ESUG-Ley para facilitar el saneamiento de las empresas)¹⁵.

De la dicción de la ley Concursal el convenio necesariamente ha de consistir en una quita o una espera que podrán proponerse por separado o cumulativamente, aunque en todo caso con los límites señalados respecto de los créditos ordinarios —límites de espera de 5 años y quita del 50%, establecidos en el artículo 100.1 LC—.

El primer requisito, de carácter previo, necesario para que una propuesta de convenio desborde los límites de espera de 5 años y quita del 50%, establecidos en el artículo 100 LC, y pese a ello no infrinja los requisitos de contenido del Convenio establecidos por la Ley, es la de que el Juez autorice la superación de tales límites. Por tanto, solicitada la superación de los mismos, expresamente dado el contenido de la propuesta acompañada, sin olvidar que esta autorización no es au-

¹³ Sus particularidades han determinado que la doctrina, en su mayoría, destaque que nos encontramos ante un préstamo no enteramente típico, sino que las especialidades solo pueden ser explicadas si se califique a este contrato como mixto, donde sobre la base del préstamo, al que se le añade un pacto parciario, y cuya validez y posibilidad vienen respaldadas por el principio de autonomía de la voluntad del art. 1.255 del Código Civil, *vid.* García Villaverde, R., «Créditos participativos», en AA.VV., *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, homenaje a Evelio Verdura y Tuells*. Madrid 1994, pp. 1081 y siguientes, donde el autor realiza un magnífico estudio sobre esta figura., y que es seguido por Fradejas Rueda, O., «Créditos participativos», en AA.VV., *Derecho del Mercado Financiero*, tomo II, vol. I. Madrid 1994, p. 336.

¹⁴ Las primeras referencias que existen en nuestro país de este «préstamo participativo» las encontramos en el Real Decreto-ley 8/1983, de 30 de noviembre, «sobre reconversión y reindustrialización» para las empresas sometidas a dichos procesos, en el que aparece recogida por primera vez esta modalidad, al objeto de poner a disposición de estas empresas nuevas modalidades de financiación que ayudarán a superar las dificultades por las que atravesaban algunas de ellas, en particular las que se encontraban inmersas en procesos de reconversión industrial.

¹⁵ La solución despertó muchos recelos y opiniones encontradas sobre la imposición contra su voluntad en forma de acreedores se convirtieran en los «nuevos socios»; Véase las opiniones de los Expertos del Comité Jurídico en http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/12_Sanierung_von_Unternehmen/04_Stellungnahmen/index.html.

tomática, sino que debe concederse «excepcionalmente» por el Juez, cuando, tras realizar un juicio valorativo de la propuesta de convenio, una vez concurran determinados presupuestos, estima oportuno autorizar sobrepasar tales límites, motivadamente. El requisito subjetivo es el de que el concursado sea titular de «empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía». Aunque la Ley se refiere al «concurso de empresas», es claro que está utilizando este término con un significado subjetivo, esto es, como equivalente a empresario individual o societario. Pero la Ley ni define qué entiende por tener especial trascendencia para la economía, ni enumera, siquiera fuera a título de ejemplo, los casos en los que esa característica concurre, ya que, necesariamente debe ser considerada en función del ámbito, tanto sectorial como geográfico dónde se circunscribe la concursada. Cuestión que no fue resuelta por la reforma de marzo de 2009, —que por el contrario si eliminó el requisito de previo de autorización de la autoridad administrativa económica competente— ni por la de octubre de 2011.

El requisito objetivo consiste en que el plan de viabilidad que acompaña a la solicitud contemple expresamente, como condición objetiva para esa viabilidad, la superación de uno o de ambos límites legales máximos. Para que el juez admita a trámite la propuesta de convenio es condición necesaria la objetiva viabilidad, esto es, que el plan de viabilidad contemple la necesidad de una quita superior a la mitad del importe de cada crédito ordinario o de una espera superior a cinco años, o la necesidad de ambas, para poder cumplir el convenio con los recursos que genere la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial del deudor. Significa ello que sólo es posible superar esos límites cuando, para atender al cumplimiento del convenio, se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, de la actividad profesional o empresarial, ya que sólo en este caso procede presentar el denominado plan de viabilidad (art. 100.5). Es indiferente que la continuación de la actividad corra a cargo del propio concursado o que sea un tercero —el asuntor— quien continúe, total o parcialmente, dicha actividad (art. 100.2-II, inciso segundo). La única diferencia radica en que, si la continuación de la actividad corre a cargo, total o parcialmente, de un tercero se exige que, el juez, antes de admitir a trámite la solicitud, oiga a los representantes legales de los trabajadores (art. 10.2-II, inciso tercero).

Además de las proposiciones de quita o espera, o combinación de ambas, la propuesta de **convenio puede prever la transmisión de la empresa a un tercero**, que asuma las deudas y sustituya al concur-

sado en su actividad empresarial¹⁶. Es lo que ha venido denominándose «**los convenios de continuación**».

Estos convenios de continuación ya conocidos en la normativa anterior, deberán detallar (aunque la ley no lo diga) el plazo y condiciones en que se producirá la enajenación. En el caso de transmisión de partes deberá determinarse en la propuesta las deudas afectas a la unidad productiva en cuestión cuyo compromiso de pago asume según lo previsto en el convenio¹⁷. Además del plan de pagos si contempla contar con los recursos que genere la continuación total o parcial de la actividad empresarial o profesional se deberá acompañar por un plan de viabilidad. A efectos de obligación de aportar el citado documento resulta indiferente que la continuidad quede en manos del concursado o de un tercero, a través de un convenio de continuación.

¹⁶ Art. 100.2: «*También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores*».

¹⁷ En orden a exigir una cierta seriedad a la propuesta de Convenio, ésta deberá presentarse acompañada de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado art. 100.4. Con el objeto de evitar la presentación de propuestas irrealizables, el plan de pagos se deberá determinar los medios con los que cuenta para cumplir con las obligaciones asumidas en el convenio, con lo que la propuesta presentada deberá acomodarse a los recursos disponibles para realizar los pagos a los acreedores. Estos recursos pueden ser propios del deudor o consistir en los que éste o los acreedores proponentes se comprometan a obtener de terceros. El artículo 100.4 de la Ley Concursal indica que el plan de pagos, que necesariamente ha de acompañar a toda propuesta de convenio, debe especificar «con detalle» los recursos previstos para el cumplimiento del convenio, incluidos los generados por la enajenación de determinados bienes o derechos del deudor. Se comprende por ello, que las propuestas de convenio presentadas en la fase común por los acreedores que, como veremos, pueden presentarse desde que transcurra el plazo de comunicación de créditos —difícilmente pueden ir acompañadas de un plan de pagos realmente fiable—. En consecuencia, se ha de precisar de dónde va a salir concretamente el dinero para pagar a los acreedores, indicando las fuentes de recursos que pueden consistir, según se especifica en el propio precepto, en ingresos de la propia actividad empresarial o profesional del concursado, en productos de la venta de bienes o en financiación supletoria obtenida de tercero o de acreedores (art. 100.5), aunque pudiera consistir en cualquier otro tipo de recursos no especificados en el precepto. Cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente (art. 99).

Efectivamente, el plan de viabilidad, al igual que ocurre con el plan de pagos, ha de especificar los recursos necesarios para la continuidad de la empresa, así como de donde hayan de obtenerse aquellos recursos, aunque tratándose del plan de viabilidad, se refiere también a los rendimientos que se espera generar con la continuación total o parcial de la empresa. También habrán de incluirse en el plan de viabilidad los recursos que se comprometan a aportar terceros, cuyos créditos podrán ser objeto de un trato privilegiado en el convenio, anticipándose su pago al de los créditos concursales.

En realidad, el plan de viabilidad, no está concebido como una pieza de reorganización industrial, sino que más bien parece responder a la necesidad de una mayor seriedad a la propuesta de pago formulada cuando los recursos previstos pretendan obtenerse con la continuación de la actividad empresarial. Incluso, el incumplimiento de las medidas del plan de viabilidad no es causa de resolución del convenio, salvo que impliquen el incumplimiento del Convenio mismo. Es más la falta de concreción respecto su contenido puede convertirlo en un mero formalismo¹⁸.

Tras lo expuesto debemos realizar algunas observaciones críticas.

En efecto, el principio de conservación de la empresa no constituye un objetivo en sí mismo, sino ante todo un medio para la satisfacción de los acreedores, es básicamente un Convenio solutorio. En lógica coherencia, la inserción del convenio de continuación en el sistema, obliga a continuar pero no a la reestructuración y recuperación de la empresa concursa. El compromiso —del asuntor— no alcanza esto último, aunque naturalmente necesitará arreglar el pasivo, el restablecimiento del equilibrio y saneamiento financiero-patrimonial de la empresa no es el objeto de la Ley. Ahora bien, la jurisprudencia ha interpretado la continuidad como sinónimo de actividad. De este modo, si el convenio

¹⁸ Sentencia JM-1 Murcia 30.01.2007 (Incidente Concursal 388/2006), «en el plan de viabilidad (condición SEGUNDA del convenio propuesto) se concreta que los recursos que se pretenden obtener para posibilitar la continuación de la empresa procederán de las enajenaciones de los bienes que resulten precisos para tal finalidad, fiscalizadas tales ventas, por la administración concursal. Por tanto, si bien es cierto que el plan de viabilidad, como ocurre con el plan de pagos, no tiene una redacción tan detallada como sería de desear, al especificarse que los recursos precisos para atender uno y otro han de obtenerse en todo caso con la fiscalización, por parte de la administración concursal, de las enajenaciones que sean precisas para ello, se entiende que sendos documentos (plan de pagos y de viabilidad) cumplen con las mínimas exigencias de contenido de los apartados 4 y 5 del art. 100 de la Ley Concursal, pues los administradores en tal caso y pese al cese de su cargo a que alude el segundo inciso del apartado 2 del artículo 133 de la Ley Concursal, mantendrían aquella función encomendada en el convenio según les faculta el mismo precepto.»

trata de transmitir una empresa en marcha para que siga funcionando, así **Auto JM-1 Málaga 09.07.2008 (Concurso 3031/2006)**:

Por último la situación del convenio propuesto no tiene viabilidad alguna en relación a la actividad de la sociedad en tanto nada se dice de esta y deja de ser operativo el convenio al respecto de la misma, permitiendo subsistir en el mercado sin actividad, tal y como obra en autos, y sin posibilidad de reactivación, sólo y exclusivamente porque un tercero se compromete al pago de las deudas al 80% lo que supone defraudar el sistema perseguido por la ley concursal de liquidación ordenada o reordenación de la sociedad según el resultado y convirtiéndose en un medio en el que el administrador de la sociedad se compromete al pago de las deudas societarias, novando subjetiva y objetivamente las mismas, pero reduciendo a través de dicha institución la cuantía de las mismas.

No obstante, lo señalado no evita que quede en evidencia la defectuosa regulación, ya que nuestra LC no determina cuánto tiempo alcanza el compromiso de asunción y continuación con la actividad. La ley guarda, además, silencio sobre dos importantes cuestiones: 1) si las acciones de reintegración de la masa que pudieran subsistir deben considerarse cedidas junto a la empresa. 2) en referencia a la asunción del pasivo, no se precisa si el adquirente responde o no de los créditos no reconocidos¹⁹.

Un hecho destacable es que el actual texto de la LC, no excluye que el adquirente sea un acreedor (también deberá firmar la propuesta (art. 99)²⁰. Para la doctrina, este hecho debe ser interpretado conjunta-

¹⁹ Pulgar Ezquerro, J. interpreta el silencio que solo se producirá una cesión automática respecto de los créditos insinuados y, respecto de los no insinuados, solo y exclusivamente si el adquirente así los acepta. Con respecto de las acciones de reintegración, en términos generales, entiende la citada autora que deben considerarse cedidas. «Comentario al artículo 100», en *Comentarios a la legislación concursal*, t. I. Dir. Pulgar Ezquerro, J./Alonso Ledesma, C./Alonso Ureba, A./Alcover Garau, G., Madrid, 2004, pp. 1020 y 1021.

²⁰ Art. 99 se formulará por escrito y firmada por el deudor o, en su caso, por todos los acreedores proponentes, o por sus respectivos representantes con poder suficiente. De las propuestas presentadas se dará traslado a las partes personadas. Cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente. «3. *Por lo que respecta a la necesidad de que el proponente —o su representante con poder suficiente— suscriba la propuesta acreditando la legitimación de la firma (artículo 99 LC), debe entenderse por cumplido tal requisito al haber sido plasmada la propuesta en instrumento público*»: **Auto JM-1 Madrid 16.11.2005 (AC 2005\2067)**.

mente con el artículo 103 de la LC donde se prohíbe la cesión de bienes en pago o para pago de los acreedores, o cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado, pero no así la venta de la empresa o de determinadas unidades productivas²¹. Tampoco existe cesión liquidatoria en la transmisión patrimonial en el marco de las operaciones societarias de fusión o escisión²², en la medida en que salvaguardan tanta la continuidad de la sociedad fusionada, escindida²³ y ahora, tras la reforma de octubre de 2011 del artículo 100.3²⁴, mediante cesión global de activo y pasivo²⁵.

Dejando ahora de lado que el art. 100.3 LC ha prohibido los convenios «liquidativos», que eran las formas más habituales de dar por arregladas las suspensiones de pagos en España²⁶, conforme al pre-

²¹ Vid. Hualde López, I., *La fase de liquidación en el proceso concursal*, Cizur Menor, 2008, pp. 306 y ss.

²² Vid. Beltrán Sánchez, E., «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores», en AA.VV., *Derecho de Sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis*. Dir. Embid Irujo, J.M./León Sanz, F.J., pp. 597-609, Granada 2011; Largo Gil, R., «El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la ley concursal)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 9, Sección Estudios, Segundo semestre de 2008;

²³ Vid. *in extenso*, Largo Gil, R., «El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la ley concursal)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 9, Sección Estudios, Segundo semestre de 2008, p. 87.

²⁴ Tras la reforma, *vid. in extenso*, Aranguren Urriza, F.J., «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores tras la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre de 2011», en AA.VV., *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*. Coord. Garrido de Palma, V., Valencia 2011.

²⁵ Nótese cómo el legislador adoptó una posición bastante más clara cuando reformó el régimen jurídico de las denominadas Modificaciones Estructurales de las sociedades de capital a través de la Ley 3/2009 de 3 de abril. En ella la exigencia de unidad económica como eje vertebrador de estas operaciones, deja fuera cualquier duda sobre la apreciación del interés general en la conservación de las empresas (*vid.*, sobre el mismo, Alonso Ureba, A., «La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización y régimen», en *RdS* número 33, año 2009-2, especialmente, p. 26; Alonso Ureba, A./Roncero Sánchez, A., «La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la Ley de Modificaciones Estructurales» en *RdS*, número 34, 2010, especialmente pp. 274 y 275).

²⁶ Vid. las observaciones críticas realizadas por la doctrina en Carrasco Perera, A./Moratiel Pelletero, E., «Dos paradojas del convenio concursal: eficacia liquidativa y eficacia novatoria», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 614 (Comentario), 2004; igualmente crítica Largo Gil, R., «El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la ley concursal)», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, *op. cit.*, «la LC prohíbe expresamente los convenios de liquidación, frecuentes con el régimen anterior,

cepto mencionado, queda clara la voluntad del legislador de rechazar todas aquellas propuestas que lleven aparejadas cualquier forma de liquidación global del activo de la concursada, de la transmisión en conjunto de los bienes y derechos que integran la masa activa, es decir, la liquidación como un todo del patrimonio concursal, de los bienes y derechos que conforman el haber destinado a satisfacer al conjunto de los acreedores. Por tanto, en palabras de la profesora J. PULGAR EZQUERRA, *«la taxativa prohibición de cláusulas de cesión de bienes en pago o para pago contenida en el art. 103 debe matizarse, pudiendo sostenerse que lo que resultan prohibidas en la Ley son aquellas cesiones de bienes a los acreedores que puedan convertirse en instrumentos de liquidación abordada al margen de la liquidación global, esto es, las que pueden conllevar una despatrimonialización en bloque del deudor, pero no aquellas otras que permiten la subsistencia de la empresa, lo que acontece en todo caso en que la cesión cumple las condiciones exigidas en el art. 100.2, apartado 2 LC, esto es, hay cesión global del activo y del pasivo y compromiso firme y justificado de continuidad empresarial, desapareciendo así todo el riesgo de que la cesión sea liquidativa»*²⁷.

Además, La Ley Concursal, tal y como se expone el Profesor Ángel ROJO²⁸, tampoco tutela y admite aquellos convenios de continuación, en los que, en caso de incumplimiento, se atribuya la facultad de enajenar del conjunto de la masa activa para pagar a los acreedores con el producto obtenido de esa liquidación. Si ello se permitiese, estaríamos dando lugar a un fraude de ley, al tratar de justificar una liquidación mediante el abuso de la dicción literal de la normativa. Distinto es el supuesto en que, partiendo de un convenio de continuación, se establezca la enajenación de determinados y concretos bienes del activo concursal, que no afecten de forma global a éste. Aunque en este supuesto deberá hacerse un análisis de la cantidad y entidad de los bienes objeto de enajenación, para apreciar si existe esa liquidación encubierta o no.

en aras de mantener su carácter de solución conservativa y de evitar manipulaciones en perjuicio de algún acreedor. Se ha optado por la limitación del contenido del convenio, por su «moralización» para evitar daño a los acreedores —de unos en beneficio de otros—. El legislador se ha excedido en la limitación de la autonomía privada de las partes. Es uno de los factores impeditivos para la adopción de la solución solutoria negociada y conservativa que es el convenio. Ya hay vías en la LC para evitar los riesgos que se trata de atajar».

²⁷ Pulgar Ezquerro, J., «Comentario al artículo 100», en *Comentarios a la legislación Concursal*, t. I. Dir. Pulgar Ezquerro, J./Alonso Ledesma, C./Alonso Ureba, A./Alcover Garau, G., Madrid, 2004, pp. 1028 y 1032.

²⁸ En la obra «El comentario a la ley concursal».

En definitiva, tras lo expuesto, queda abierta la posibilidad de un convenio de continuación para facilitar la continuidad de la empresa concursada en manos de sus trabajadores, directivos y demás colectivos interesados en la marcha de la empresa (a los que se les podría dar cabida a través de las distintas figuras que contemplan nuestras leyes como socios de capital) constituidos previamente en sociedad cooperativa o laboral las cuales asumirán el papel de asuntoras y en dicho marco la capitalización de sus créditos y una refinanciación de la deuda que incluso podría venir del propio sector o de algún organismo público. Lo señalado goza de un nuevo incentivo tras la última reforma, al considerar, expresamente, el que los créditos nacidos tras la aprobación del convenio se consideren contra la masa en caso de apertura posterior de la fase de liquidación.

IV. A modo de conclusión

No podemos cerrar nuestro trabajo sin hacer una breve reflexión, sobre el convulso panorama legislativo concursal desde el que también se trata de hacer frente a la crisis y su dramática cifra de mortalidad de empresas. A pesar de los escasos años de vigencia y de reformas varias de la Ley Concursal, la práctica diaria sigue demostrando que el procedimiento judicial de insolvencia no constituye una herramienta útil de reestructuración, por ser un procedimiento caro, rígido y lento. Ante esta realidad, un número importante de compañías españolas han recurrido en los últimos tiempos a soluciones extrajudiciales, similares a otras comúnmente utilizadas en el Derecho comparado, con las que han intentado enfocarse hacia la viabilidad, superando sus problemas financieros, de liquidez o estructurales y evitando el procedimiento concursal²⁹.

²⁹ En efecto, antes de cumplir los cinco años de vigencia, la Ley Concursal fue reformada, por 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 (BOE 31 de marzo). La Exposición de Motivos del Decreto-ley justifica la reforma en la circunstancia de que «la vigente ley se dictó en el año 2003 en un entorno económico completamente distinto al actual, y no ha sido hasta que la crisis financiera internacional se ha trasladado a las empresas cuando se ha podido comprobar la inadecuación de algunas de sus previsiones» y señala inmediatamente después la verdadera finalidad principal de la reforma: «Las modificaciones contenidas en el presente Decreto-ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos»

La saturación de los Juzgados de lo Mercantil, la generalización de los acuerdos de refinanciación y la demostración de que constituyen una más interesante solución a las crisis empresariales, fundamentalmente en términos de conservación de valor, llevaron al Gobierno a promulgar, con carácter extraordinario, un Decreto-ley 3/2009 que tenía entre sus principales objetivos facilitar la reestructuración de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras, acudiendo a las refinanciaciones preconcursales de carácter extrajudicial³⁰. Adicionalmente, el Gobierno introdujo otras importantes modificaciones en la Ley Concursal para abaratar y simplificar el procedimiento judicial de insolvencia u optimizar sus mecanismos en interés de los acreedores. No obstante, la reforma no quedó exenta de críticas y en palabras de Prof. BELTRÁN³¹, «*En lugar de la reflexión, profundidad y equilibrio que aconsejan una reforma global de la legislación concursal, se ha optado por una reforma parcial, apresurada y carente del necesario equilibrio. El Decreto-ley 3/2009 se ha limitado a abordar la cuestión previa del convenio preconcursal desjudicializado, aunque de una forma muy limitada, mediante una regulación —muy sesgada— de los acuerdos de refinanciación. (...) Se favorece la financiación de la empresa en la fase preconcursal; pero no en la fase concursal*». Muchas de estas críticas siguen manteniendo su vigencia en la última reforma operada en octubre de 2011 mediante el RD 38/2011, de 10 de octubre³².

En efecto, se ha perdido una oportunidad para atender sus carencias³³. El nuevo gran protagonismo corresponde a la Administración

³⁰ Paradójicamente, estos procesos extrajudiciales de refinanciación de deuda no estaban regulados en nuestra legislación concursal. De hecho, hasta antes de la reforma de 2009 la Ley Concursal suponía un freno a estos procesos, entre otras razones porque los acuerdos de refinanciación podían ser rescindidos en caso de que sobreviniera un procedimiento formal de insolvencia, *vid.* Pulgar Ezquerro, «la protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 11, Segundo semestre de 2009. De la misma autora, en «Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009», en AA.VV., *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*. Dir. Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, La Ley, Madrid, 2009.

³¹ Beltrán, *La reforma —inarmónica— de la Ley Concursal*, publicado *on line* en www.aranzadi/congresodelainsolvencia/pdfs/reforma.doc.

³² *Vid.* Aranguren Urriza, F.J., «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores tras la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre de 2011», en AA.VV., *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*. Coord. Garrido de Palma, V., Valencia 2011.

³³ En el trámite de convalidación parlamentaria del Real Decreto-ley 3/2009, el Ministro de justicia Francisco Caamaño señaló que «*la experiencia habida en estos años aconseja iniciar un proceso de reflexión para abordar una reforma de la Ley Concur-*

Concursal, «su profesionalización», pero pasando de puntillas sobre un aspecto fundamental en cuanto a su función; su valoración de la situación patrimonial de la empresa que debería tener un contenido «prospectivo» dirigido a la conservación de la empresa y «su juicio» sobre su saneamiento, salvamento o recuperación de la empresa que, naturalmente, pasaría por un replanteamiento del Informe que realiza la Administración concursal³⁴. Lo cierto es que, frente a la expectativa creada, la Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma de la Ley Concursal, se hace merecedora de la crítica principal que se vertió contra la regulación del Real Decreto Ley 3/2009. Sigue sin acometer un necesario cambio en los planteamientos vectores de nuestra Ley Concursal. Es una reforma demasiado tópica que está llamada, al igual que la anterior, a quedarse corta, a ir a remolque de los acontecimientos y no dar la cumplida respuesta que exige la grave situación por la que atravesamos. Quizá, pueda paliarse, en ciertos casos, con el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de *mediación en asuntos civiles y mercantiles*, máxime si tenemos en cuenta la disposición adicional única de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, según la cual el Gobierno debía emitir un informe sobre la aplicación de medidas adoptar para la mejora de la situación de las personas físicas y familias en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca, recientemente convalidado por Decreto³⁵. Incluso algunos autores y expertos han empezado a plantear la po-

sal de mayor calado y alcance», anunciando que se encomendaría a la Comisión General de Codificación «la elaboración de una propuesta de actualización integral de la Ley Concursal».

³⁴ A modo del *Insolvenzplan* alemán. En Alemania, el administrador de la insolvencia («*Insolvenzverwalter*»), debe esclarecer en su informe la situación económica del deudor y sus causas, si hay perspectivas fundadas de mantener en todo o en parte la empresa, lo que puede terminar en un juicio favorable al saneamiento de la empresa o a su inmediata liquidación (*Insolvenzordnung*, par. 156, de 5 de octubre de 1994). Por el contrario, en España el informe, debe proporcionar una «imagen estática, poliédrica y actual» de la situación patrimonial de la empresa concursada. Es decir, no se trata de que la administración concursal haga un estudio de viabilidad sobre la continuidad de la empresa, simplemente suministran la información suficiente para que, de esta, los sujetos involucrados en el proceso concursal dispongan de una información adecuada acerca del valor de la empresa en funcionamiento, pero también, y a la vez, sobre el valor de liquidación. *Vid.* Pastor Sempere, C., «Las cuentas anuales de la sociedad concursada e informe de la administración concursal (art. 75 de la Ley Concursal)», en AA.VV., *Gobierno corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006.

³⁵ El 10 de marzo se publicó en el *BOE* el Real Decreto-ley 6/2012, «de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos». El Real Decreto-ley 27/2012, de medidas urgentes, que entró en vigor el 16 de noviembre no contempla

sibilidad de recurrir a la medición concursal, en especial, en los supuestos de acuerdos de refinanciación que reúnan los requisitos del artículo 71.6 de la Ley Concursal. Creo que existen razones de peso para descartar esa posibilidad, sobre las que en este trabajo no podemos ahondar, pero lo que sí parece latir en su trasfondo es una preocupación sobre lo que podríamos denominar como incipiente «Responsabilidad Social Concursal».

En definitiva, si realmente queremos que el concurso sea un instrumento al servicio de la recuperación y reestructuración de nuestro tejido empresarial, habría que revisar en profundidad, entre otros aspectos, el estatuto del órgano de Administración Concursal y la opción de nuestro legislador por el convenio como solución preferente a la insolvencia, y regular con amplitud, sin reticencias ni cicatería, el contenido y efectos del mismo. Ello en la línea del «procedimiento de reorganización agilizado» sin merma de las garantías para los intereses implicados, en el que expresamente se contemplara el interés de los trabajadores en conservar su puesto de trabajo, recuperando ellos mismos la empresa concursada a través de su explotación mediante un sociedad cooperativa.

V. Bibliografía

- ALONSO UREBA, A./RONCERO SÁNCHEZ, A.: «La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la Ley de Modificaciones Estructurales», en *Revista de Derecho de Sociedades de la Editorial Aranzadi*, número 34, 2010.
- ALONSO UREBA, A.: «La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización y régimen», en *Revista de Derecho de Sociedades de la Editorial Aranzadi*, número, 33, año 2009-2.

tres de las exigencias que reclamaban las plataformas de afectados por los desahucios. De ahí que su puesta en funcionamiento haya recibido multitud de críticas. Recientemente el jueves 29 de noviembre de 2012 el ministro de Economía y Competitividad, Luis de Guindos (<http://www.rtve.es/noticias/dacion-pago/>), anunció a finales que en España hay unas 120.000 familias que cumplen todos los requisitos para acogerse a la paralización de desahucios y que las entidades financieras ya se han comprometido a aportar 6.000 viviendas al nuevo Fondo Social de Vivienda que se pondrá en marcha y que está destinado al alquiler con precios bajos para las personas que no tengan hogar. Por su parte, la portavoz parlamentaria del PSOE, Soraya Rodríguez, ha afirmado que el decreto «no paraliza ningún desahucio», sino que solo retrasa dos años la ejecución hipotecaria y que las familias se queden sin casa, acusando al Gobierno de aprobar más bien una moratoria para «evitar tener en el telediaro durante dos años situaciones dramáticas de expulsiones» de sus viviendas.

- ARANGUREN URRIZA, F.J.: «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores tras la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre de 2011», en AA.VV.: *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*. Coord. GARRIDO DE PALMA, V., Valencia 2011.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores», en AA.VV.: *Derecho de Sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis*. Dir. EMBID IRUJO, J.M./LEÓN SANZ, F.J. Granada 2011.
- CARRASCO PERERA, A./MORATIEL PELLETERO, E.: «Dos paradojas del convenio concursal: eficacia liquidativa y eficacia novatoria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 614 (Comentario), 2004.
- DE LA CUESTA RUTE: *El convenio concursal, comentario a los artículos 98 a 141*, Madrid, 2004.
- FLORES DOÑA, M.ªS.: «Comentario al artículo 100», en *Comentarios a la legislación concursal*, t. I. dir. PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G., Madrid, 2004.
- FONT GALÁN/MIRANDA SERRANO/PAGADOR LÓPEZ/VELA TORRES: «Viabilidad *antitrust* de las soluciones concursales de conservación de la empresa, socialización concursal del Derecho de la Competencia», en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 250, 2003.
- FRADEJAS RUEDA, O.: «Créditos participativos», en AA.VV.: *Derecho del Mercado Financiero*, tomo II, vol. I. Madrid 1994.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: «Créditos participativos», en AA.VV.: *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*. Madrid 1994.
- GILS CARBÓ, A.M.: «Fábricas recuperadas en Argentina mediante cooperativas de trabajadores en los procesos de quiebra», en AA.VV.: *Derecho de Sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis*. Dir. EMBID IRUJO, J.M./LEÓN SANZ, F.J. Granada 2011.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A.: «El consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales» (Consideraciones en torno al auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 23 de julio de 2008, de inadmisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por Fórum Filatélico, S.A.), en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 10, Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia, primer semestre de 2009.
- HERRERA CUEVAS, E.: «La reorganización traslativa en concurso y sucesión de empresa», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 9, Sección Varía, segundo semestre de 2008.
- HUALDE LÓPEZ, I.: *La fase de liquidación en el proceso concursal*, Cizur Menor, 2008.
- LARGO GIL, R.: «El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la ley concursal)», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 9, Sección Estudios, segundo semestre de 2008.
- LARGO GIL, R.: «El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la en-

- trada en vigor de la ley concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 9, Sección Estudios, segundo semestre de 2008.
- MUÑOZ CADENAS: «Reflexiones en torno a las cesiones de bienes en los convenios concursales mercantiles», en *La Ley*, n.º 6070, 27 de julio de 2004.
- PASTOR SEMPERE, C.: «Empresa cooperativa y modelo constitucional económico: una aproximación», en *Revista de Derecho de Sociedades de la Editorial Aranzadi*, número 16, 2001.
- PASTOR SEMPERE, C.: «Las cuentas anuales de la sociedad concursada e informe de la administración concursal (art. 75 de la Ley Concursal)», en AA.VV.: *Gobierno corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006.
- Pulgar Ezquerria: «El Proyecto de Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la nueva legislación comercial», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 604/2003.
- PULGAR EZQUERRA: «La protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 11, segundo semestre de 2009.
- PULGAR EZQUERRA: «Comentario al artículo 100», en *Comentarios a la legislación concursal*, t. I. Dir. PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G., Madrid, 2004.
- PULGAR EZQUERRA: «Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009», en AA.VV.: *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*. Dir. ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA, La Ley, Madrid, 2009.
- RUBIO VICENTE: «Efectos jurídicos de la enajenación de la empresa del concursado», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 1, 2004, pp. 259 a 274; y, del mismo autor: «La enajenación de la empresa en la nueva Ley Concursal», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 2004.
- VILATA MENADAS, S.: «El tratamiento de la sucesión empresarial en el traspaso de unidades empresariales: una visión jurisprudencial», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 8, Sección Comunicaciones, primer semestre de 2008.
- VAN HEMMEN, E.: «Estadística concursal», en *Anuario 2011*, editado por Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, Madrid, 2012.
- ZABALETA DÍAZ, Marta: *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Madrid, 2006.

La axiología de la cooperación como elemento sustentador del liderazgo cooperativo

José Eduardo de Miranda

Doctor en Derecho - Director General de Kheiron Educacional

Recibido: 12-01-2013

Aceptado: 26-02-2013

Sumario: I. Presentación. II. Los valores cooperativos y el rescate de la identidad del Cooperativismo. III. La moral del Cooperativismo. IV. La eficacia de la cooperación. V. Comprendiendo el liderazgo. VI. La incidencia de la axiología de la cooperación en el ejercicio del liderazgo cooperativo. VII. ¿Quién es el líder cooperativo? VIII. La importancia del factor humano. IX. Los diez rasgos personales esenciales del líder cooperativo: 9.1. Autoconfianza. 9.2. Autocontrol. 9.3. Censo de equidad. 9.4. Planificación y conocimiento técnico. 9.5. Certeza en la toma de las decisiones. 9.6. Metas y superación de resultados. 9.7. Amabilidad. 9.8. Responsabilidad general. 9.9. Cooperatividad constante. 9.10. Coraje. X. Las once heridas del liderazgo: 10.1. Inhabilidad organizativa. 10.2. Mala voluntad para las gestiones sencillas. 10.3. Preocupación excesiva por el presupuesto de su trabajo. 10.4. Sobrevaluación de sus conocimientos. 10.5. Miedo de turbulencias y de la competencia. 10.6. Incapacidad creativa. 10.7. Egocentrismo. 10.8. Descontrol emocional. 10.9. Deslealtad. 10.10. Apego al poder. 10.11. Preocupación por sus títulos. XI. A título de conclusión: la gran responsabilidad del líder. XII. Bibliografía.

Resumen: Los valores cooperativos son el núcleo que ha permitido el rescate y la consolidación de la identidad cooperativa, necesaria a la formación de la verdadera moral cooperativa, cuya comprensión y respeto de las necesidades humanas representa la esencia del propio Cooperativismo. Por este sentido, y bajo un manto axiológico, el liderazgo cooperativo debe conyugar las condiciones relacionadas al conocimiento técnico del líder con sus atributos personales, derivados de los rasgos de su personalidad, esenciales a la gestión de los procesos gerenciales y humanos. El líder cooperativo debe ser el modelo de hombre cooperativo, el hombre honesto, que respeta la personalidad del prójimo, las diferencias entre las gentes y la igualdad en la dignidad de todos.

Palabras clave: Valores. Cooperación. Liderazgo.

Abstract: Cooperative values are the core that has allowed the rescue and the consolidation of the cooperative, which is necessary to the formation of the true moral cooperative identity, whose understanding and respect of hu-

man needs represents the essence of the cooperative movement itself. For this sense, and under an axiological mantle, cooperative leadership must combine conditions related to the technical knowledge of the leader with their derivatives, personal attributes of your personality traits, essential to the management of human and managerial processes. The cooperative leader must be the model of cooperative man, honest man, who respects the personality of our neighbor, the differences between people and equality in the dignity of all.

Key words: Values. Cooperation. Leadership.

... puede decirse que la cooperación es más humana que el capitalismo, sin olvidar que si bien ello constituye aspecto esencial, de su misión de progreso social es, al mismo tiempo, una fuente de debilidad para la cooperación ya que su buen desempeño está subordinado, mucho más que en la empresa capitalista, a la calidad de los hombres que la nuclea. El sector cooperativo está, por lo tanto, obligado a mejorar por sí mismo esta calidad humana.

Georje Lasserre¹

En homenaje al Doctor Cecílio José Prates y Marli Malta Prates,
verdaderos líderes cooperativos en su medio

I. Presentación

El predominio de la especie humana ha representado una de las más grandes transformaciones operadas en el desarrollo de la naturaleza, y esta transformación se consuma cuando el Hombre descubre su importancia delante del medio, la importancia del medio en donde habita, y, por, supuesto la importancia de aquellos que comparten el medio con él². Es así que el Hombre abandona la individualidad y pasa a vivir de manera gregaria. Bajo el aspecto comunitario, el sistema económico de la colectividad prehistórica, por así decir, tiene como objetivo principal la producción de los medios indispensables para la existencia de las propias colectividades³.

Al verificar los buenos resultados de la unión de esfuerzos para el alcance de objetivos comunes, el Hombre inicia naturalmente las bases del esfuerzo cooperativo consciente y sistemático, que evoluciona coherentemente de acuerdo a la comprensión racional de sí mismo y de sus necesidades.

De esta manera, «la cooperación como forma de trabajo conjunto probablemente se dio desde la aparición del Hombre, ya a nivel de economía doméstica, ya en una dimensión más amplia, cuando se inició la división del trabajo. Es de suponer que la cooperación en sus inicios no se dio sólo por causas económicas, sino que el Hombre en razón de su instinto gregario buscó a sus semejantes para expresar

¹ Lasserre, G., *El hombre cooperativo*. Buenos Aires: Intercoop Editora Cooperativa Limitada, 1980, p. 11.

² Ostrower, F., *Criatividade e processos de criação*. Petrópolis: Vozes, 1978, p. 11.

³ Academia de Ciencias de la URSS, *Manual de Economía Política, Ciencias Económicas y Sociales*, 3.ª ed., México D.F.: Grimaldo, 1968, pp. 24-28.

sus relaciones afectivas, para reproducirse, para defenderse de los peligros, y también para practicar los cultos religiosos, las competencias deportivas, etc.»⁴.

En este sentido, el Hombre probablemente «le deba más al efecto del principio de la cooperación que a cualquier otro, en su evolución biológica y social. No sólo esto, sino que, sin la función del principio de la cooperación, de la sociabilidad y de la ayuda mutua, el progreso de la vida orgánica, el mejoramiento del organismo y el fortalecimiento de las especies resulta totalmente incomprensible»⁵.

La cooperación, por supuesto, es el sello de la proximidad del hombre que unifica con sus semejantes la «fuerza» necesaria al alcance de objetivos comunes⁶. A par de ello, y considerando el quehacer desarrollado por un conjunto de personas, bajo la forma jurídico-societaria-cooperativa, el presente artículo puntuará la noción general de liderazgo y los principales elementos del liderazgo cooperativo, estableciendo los rasgos esenciales del líder que actúa bajo los valores de la cooperación. Para ello se va a presentar una idea general sobre la importancia de los valores cooperativos en el proceso de rescate y preservación de la identidad cooperativa. Asimismo, se va a explicar la moral cooperativa y la eficacia de la cooperación, además de las principales heridas en el ejercicio del liderazgo cooperativo.

II. Los valores cooperativos y el rescate de la identidad del cooperativismo

Vigilante a todos los cambios que el mundo está a sufrir en diferentes sectores, y consciente de la sensibilidad de una época enmarcada por el crecimiento de la conciencia de la independencia global de la humanidad, en la búsqueda de la solución de los problemas que asolan el Planeta, los cooperativistas reaccionaran en el sentido de clarificar y fortalecer las bases ideológicas que siempre han servido de norte del movimiento cooperativo⁷.

⁴ Ramírez Baracaldo, B., *Teoría y doctrina de la cooperación*. Bogotá: Ciudec, 1989, p. 76.

⁵ Borgadus, E.S., *Principios y problemas del cooperativismo*. México D.F.: Libreros Mexicanos Unidos, 1964, p. 21.

⁶ Aquí, la expresión fuerza es utilizada en múltiplo sentido y puede representar técnicas, conocimientos, estrategias...

⁷ Miranda, José Eduardo de Miranda, *De la crisis de identidad al rescate de la génesis del cooperativismo*. Madrid: 2012, p. 77.

La reacción se concretó en el Congreso de Manchester, a través de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa, elaborada en base a la nueva formulación de los principios cooperativos y en la enunciación de los valores que deben ser seguidos a lo largo de la acción cooperativa, por las entidades y por sus miembros.

A partir de la definición de los principios como las pautas mediante las cuales las cooperativas ponen en práctica sus valores, debemos señalar que su interpretación como patrón no sólo de acción, sino también de evaluación, les remite a los valores, que evidencian la más absoluta esencia del espíritu cooperativo⁸. Es decir, considerados como un todo, estos principios se vinculan con los valores en los que se basan y resumidos en la definición, indican lo que es singular respecto a las cooperativas, independientemente de donde se ubiquen.

Las cooperativas, a partir del Congreso Manchester, en el año de 1995, reencuentran su esencia y vuelven a ofrecer al hombre la oportunidad de desarrollar una reflexión inmaterial, solidaria, de preocupación con su compañero y con todos aquellos vinculados a su ambiente, incluso el extra-cooperativo. Refundida con su propia identidad, las cooperativas vuelven a su marco de acción inicial, y su verdadero objeto supera el económico, una vez que los principios y valores cooperativos le sirven concientizar la necesidad de una permanente búsqueda por la mejora de las condiciones socio-económico-morales del hombre.

III. La moral del cooperativismo

La principal tarea del Cooperativismo es sembrar el entendimiento entre los ciudadanos; ubicar su ejercicio empresarial, a través de la sociedad cooperativa, en el sentido más ventajoso al bien común; favorecer la solución de las dificultades, permitiendo nuevos caminos que conduzcan a los individuos al encuentro de la prosperidad; y participar del desarrollo educativo del ser humano, de forma que éste se vea involucrado en una existencia basada en la labor *coparticipativa*⁹.

El Cooperativismo es un paradigma social que sirve de herramienta apropiada para el enfrentamiento de las necesidades y la insurrección contra la inmoralidad, la inhumanidad, la injusticia económica y social, contra el olvido de aquellos que detienen el poder económico. Este enfrentamiento deja patente que el Cooperativismo ha de fun-

⁸ *Ibid.*, p. 77.

⁹ *Ibid.*, p. 78.

darse básicamente sobre valores determinantes de la autoayuda, la responsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad, la solidaridad, la honestidad, la transparencia, y la vocación social. Estos valores son puestos en práctica por unos principios que determinan que los fines de la Cooperación se extienden más allá de la promoción de los intereses económicos individuales de los cooperativistas, para contribuir con los valores sociales y morales de una sociedad que necesita el amparo del hombre cooperativo.

El Cooperativismo es condicionante de una actuación humana-empresarial, volcada a la dignidad y a la justicia, que determina un sistema de deberes y acciones que entidad e individuos han de llevar a cabo: uno en pro del otro, y ambos a favor de los demás, sin perjuicio de los intereses particulares del miembro y de la empresa.

Hoy por hoy el Cooperativismo se encuentra a merced de una tarea trascendental que implica la acción de comprender y respetar las necesidades humanas; de atender a las necesidades de iniciar y ayudar a los individuos a seguir el camino del progreso personal, de la promoción, de la expansión y del perfeccionamiento del factor humano de cada persona. ¡Esta es la moral cooperativa!¹⁰

IV. La eficacia de la cooperación

Ha sido en cooperativa vida tribal o social avanzada como nace el lenguaje, y luego la escritura, entonces sorprendentes medios de comunicar y de comulgar en propósitos comunes¹¹.

Aranzadi manifiesta que la cooperación «no sólo es una práctica antiquísima, sino una conducta que se observa en todas las épocas, hasta las más remotas de la historia humana. Se conocen en todas las latitudes y tiempos diversas formas primitivas de cooperación de carácter familiar, tribal, etc.»¹².

Además, «estas costumbres e instituciones y su persistencia contienen una enseñanza más general, ya que patentizan el instinto y la tradición de ayuda mutua, de acción común, de posesión y de gestión en

¹⁰ Miranda, 2012, p. 84.

¹¹ Argueira Miranda, M.A., *Carácter revolucionario del cooperativismo*. Buenos Aires: Intercoop Editora Cooperativa Limitada, 1965, p. 17.

¹² Aranzadi, D., *El arte de ser empresario hoy: hombres y mujeres ante el reto de dirigir empresas cooperativas en el umbral del siglo XXI*. Bilbao: Departamento de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, Federación de las Cooperativas de Trabajo Asociado de Euskadi, Universidad de Deusto, 1992, p. 258.

común que se manifiestan en la conciencia y en la vida popular de todas las épocas y países. En efecto, no es nada extraño que haya sucedido, ya que el hombre es un ser intrínsecamente social. Aparte de las tendencias naturales a la sociabilidad, el hombre es un ser indigente, que no se basta a sí mismo, y se siente impelido a asociarse con los demás hombres para la defensa de sus derechos y a la satisfacción de sus necesidades»¹³.

Desde el momento que sufre la mutación morfológica que le imprime el aspecto efectivamente humano, la acción cooperativa se va gradualmente desarrollando en los diferentes niveles de la propia vida humana. En el principio surge como acciones reflejas, y posteriormente, de acuerdo a la complejidad, asume las características del instinto humano.

Es verdad que en el comienzo del proceso de evolución de la especie humana, la cooperación corresponde la consecución de unos objetivos relacionados con la supervivencia de un grupo; pero también lo es que se va manifestar en los periodos posteriores de la evolución humana bajo tipos comportamentales significativos de superación, para los cuales la existencia de unos cuantos individuos queda organizada en un cuerpo de personas que se unen con el objetivo de ayudarse mutuamente, uno con los otros, y todos con los demás.

Por tanto, la cooperación verdadera está en el comportamiento de aquél que pasa a interesarse colaborativamente por la vida de los demás, e intenta auxiliar en el proceso de transformación del Hombre, como un todo: social, económico, afectivo, y moral.

Esto ha sido lo que la historia ha mostrado, ya desde el inmediato momento en que el homínido se expone al proceso de desarrollo de la especie humana. Los individuos dejan de actuar en solitario y empiezan una labor conjunta para la satisfacción de unos intereses que en el principio son de uno, pero que visto con amplitud, son de todos.

La cooperación una forma de hacer, una actividad y un efecto, un talante de comportamiento social, y hasta mismo un modo de vivir que presume una relación corporativa y que tiene como objetivo un fin último, arraigado en un interés práctico de alcance de un bien común. Quizá por esto, estudios más profundos han examinado la Cooperación como norma ética, como proceso social y como estructura institucional.

¹³ Aranzadi, 1992, p. 258.

V. Comprendiendo el liderazgo

Ya hace algunos años que el estudio del liderazgo está poniéndose de actualidad, «no como una moda más en la dirección de las empresas, sino como algo que va a tener duración y permanencia»¹⁴. Pero ya no como estudio de investigación puramente académica, que tuvo su época floreciente, sino «como convicción de su necesidad y aprendizaje del ejemplo de los líderes que hoy día aparecen en empresas sobresalientes»¹⁵.

El liderazgo, en líneas generales, es una condición humana, por la cual los atributos técnicos, de gestión, son complementados por rasgos de personalidad que facilitan el involucramiento personal, necesarios para «educar, orientar y estimular a las personas a persistieren en la búsqueda de mejores resultados en un ambiente de riesgos e incertidumbres»¹⁶. La idea de liderazgo trasciende, por tanto, la noción singular y exclusiva de conocimiento técnico para el gerenciamiento burocrático, pues se conforma con la integración de elementos de aspectos personales inherentes a la personalidad del individuo.

Por así decir, el liderazgo comprende un proceso por lo cual una persona dirige, con responsabilidad, las actividades laborales individuales o colectivas (de uno o varios grupos) e interviene en ellas para ofrecer su apoyo, sagacidad, capacidad, reconocimiento de los aciertos y comprensión de los fallos generados por los individuos que están a su lado, con él.

VI. La incidencia de la axiología de la cooperación en el ejercicio del liderazgo cooperativo

Es importante subrayar que los valores enumerados a lo largo de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa reflejan los ideales trazados por los precursores, a través de las iniciativas que han apuntado a una cooperación que, además de solucionar las necesidades materiales del hombre, se ha preocupado de colaborar con su transformación moral.

Por esto es significativo acreditar que el ánimo de los precursores del Cooperativismo es fundamental, sigue valiendo y nada ni nadie

¹⁴ Aranzadi, Dionisio, *El arte de ser líder empresarial hoy*. Vitoria: Federación de Cooperativas de Trabajo Asociado de Euskadi, 1995, p. 19.

¹⁵ *Ibid.*, p. 19.

¹⁶ Macedo, Ivanildo Izaías de e outros, *Aspectos comportamentais da gestão de pessoas*, 9 ed. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2007, p. 109.

debe hacer que se les olvide, separándolos de la acción cooperativa por ningún motivo. De esta manera, se tiene en evidencia que los valores están presentes en el comportamiento humano, pues todo ser humano en su manera de pensar, sentir y actuar está bajo la influencia de determinados valores, que se manifiestan cuando la persona determina sus preferencias o define lo que le parece más importante¹⁷.

Estructurados bajo una jerarquía de preferencias, los valores son objetivos y a su vez tienen subjetividad, o sea, una misma opinión puede ser interesante para unos y despreciada por otros.

En el ámbito del Cooperativismo, los valores han perdido esta propiedad objetiva-subjetiva, puesto que la intención ha sido la de *objetivizarlos*, haciéndose con que todos tengan importancia idéntica entre cada persona que forma parte del movimiento cooperativo. Es decir, los valores cooperativos representan la identidad en la forma como las cooperativas y los cooperativistas deben abordar los problemas con los que se enfrentan continuamente, en el ámbito interno de la estructura económicamente organizada, y en el externo, en la órbita de los intereses de la propia humanidad. Los valores integran el espíritu cooperativo, como motor que impulsa el Cooperativismo vinculado a normas éticas y que tiende a alcanzar valores espirituales¹⁸.

Sintetizando esta idea, Aranzadi explica que en cuanto valor, el espíritu cooperativo incluye conceptos relacionados con el esfuerzo propio y la ayuda mutua serían actitudes de los socios de responsabilidad propia y de colaboración; con la idea de solidaridad y la igualdad entre los socios les lleva a procurar no sólo defenderse a sí mismos y proteger sus propios intereses, sino también defender la persona y proteger los intereses de sus coasociados; y a sentir que los problemas de los demás merecen ser atendidos de la misma manera que los suyos; la noción de justicia en las normas, la libertad y la equidad son disposiciones de los asociados para aplicar normas justas, entre sí y con terceros, sin privilegios arbitrarios, con la libre manifestación y ejercicio de su voluntad y de la misma cooperativa; la promoción humana y educación cooperativa con un profundo respeto a la dignidad personal y un interés por la mejora de la calidad humana de los asociados; y, por fin, y sin agotar todos los aspectos implícitos, la coincidencia con los intereses generales de la comunidad¹⁹.

¹⁷ Miranda, 2012, p. 62.

¹⁸ *Ibid.*, p. 63.

¹⁹ Aranzadi, D., «Los valores cooperativos en el umbral del año 2000», en *Anuario de Estudios Cooperativos 1993*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1994, p. 117.

Bajo esta perspectiva, el ejercicio del liderazgo cooperativo debe suplantar los predicados únicamente relacionados a los tramos burocrático-administrativos de la sociedad cooperativa y debe, también, pausar una conducta de participación del líder, en el sentido de desarrollar una influencia completa sobre todas las personas que integran la entidad, influenciándolas positivamente, de manera que hagan suyos los valores del Cooperativismo, tornándose partícipes activos tanto de la búsqueda por los objetivos de la propia sociedad cooperativa, como del proceso de transformación permanente del hombre.

Los valores cooperativos, por tanto, deben integrar el perfil de los líderes cooperativos, conformando su capacidad ejecutiva con su habilidad personal para el trato con proyectos y el relacionamiento con personas.

VII. ¿Quién es el líder cooperativo?

Vigilante a la génesis de la identidad cooperativa, el líder cooperativo hoy es la persona híbrida, constituida de los conocimientos técnicos necesarios a la buena administración de la entidad cooperativa y contaminado por la esencia del espíritu de la cooperación, para que pueda inyectar en sus liderados el entusiasmo cooperativo y el deseo de colaboración con la entidad, con sus miembros y con el entorno.

El líder cooperativo es aquel que tiene conciencia de que el fin del Cooperativismo es el hombre en sí mismo, y el ejercicio de la sociedad cooperativa comprende el medio adecuado para el alcance de una transformación completa del hombre, en su aspecto social, económico y sobre todo moral.

En el ambiente de la entidad cooperativa, el líder es la persona que presenta capacidad absoluta para actuar positivamente ante los constantes cambios socioeconómicos que, muy rápidamente, afectan distintas estructuras organizadas fragilizando entornos, inclusive las cooperativas y el medio donde se encuentra insertada. El líder es el que actúa sobre la columna de los valores del cooperativismo, mostrándose apto para la solución de conflictos y pronto para el desarrollo de estrategias gerenciales, de administración de procesos humanos y administrativos.

El líder no puede, bajo cualquier aspecto, perder el hilo ideológico que sostiene el factor humano de la cooperación como el inicio y el fin del propio Cooperativismo²⁰. «El líder debe tener perspicacia para dirimir en cada momento la tensión entre la libertad y las limitaciones: Cuándo

²⁰ Macedo, 2007, p. 110.

delegar y cuándo decidir uno mismo; cuándo «potenciar» a los seguidores y cuando usar del poder; cuándo escuchar y cuándo hablar; etc. La cuestión es fijar el grado de libertad y el grado de limitaciones, que debe tener en dado momento, sea la institución, sea la tarea del día»²¹.

El líder es aquel que está siempre animado por el espíritu cooperativo.

VIII. La importancia del factor humano

No es exagero decir que el líder es el responsable directo por el suceso de la sociedad cooperativa y por la felicidad de sus miembros. El líder, más allá de la absoluta preocupación gerencial, debe conectar su administración al factor humano interno y externo de la sociedad cooperativa, sirviendo indistintamente tanto a los asociados como a las personas que totalizan el entorno donde se encuentra inserida la entidad.

Siguiendo la orientación inherente a los valores del Cooperativismo, el líder tiene que ser paradigma de solidaridad, colaborando con el desarrollo total de todas las potencialidades de sus pares, a empezar por su desapego de la materialidad, para que pueda caminar de encuentro a su autorrealización como persona, persiguiendo constantemente el alcance de los atributos de aspecto ético-moral, afectivo, sensorial, intelectual, estético y también económico.

IX. Los diez rasgos personales esenciales del líder cooperativo

Visto la importancia de los valores cooperativos en el proceso de rescate y preservación de la identidad cooperativa, el líder debe contornar su liderazgo bajo el manto axiológico del Cooperativismo, e, independiente de otros, debe tener en cuenta los siguientes atributos:

9.1. *Autoconfianza*

La autoconfianza deriva del conocimiento que el líder tiene de sí mismo y del encargo que ha asumido, de forma que acredita indudablemente en su capacidad técnica y en su condición humana. Bajo este aspecto, es importante decir que nadie, en ningún ambiente, se atreve

²¹ Aranzadi, 1995, p. 298.

a ser liderado por alguien que no crea en sí propio, o que pase a los demás incertidumbre respecto a sus potencialidades para la buena administración de procesos y gestión de conflictos.

9.2. *Autocontrol*

El autocontrol es el dominio absoluto de las emociones personales, que permite el hombre controlar a sí mismo, de manera que todas sus decisiones se establezcan razonadamente y no subjetivamente. El líder, de este modo, debe razonar siempre antes de la toma de decisiones.

9.3. *Censo de equidad*

El censo de equidad es la capacidad que el líder tiene de ajustar su planificación y normas institucionales a las distintas situaciones que valoricen el aspecto humano de sus liderados, bajo una condición legítima de justicia e de igualdad.

9.4. *Conocimiento técnico y planificación*

Mientras el conocimiento técnico significa la comprensión sistémica de las distintas situaciones y elementos que totalizan el ambiente de su actuación, la planificación establece la organización de los quehaceres, fortaleciendo el desarrollo del trabajo y ampliando los indicadores de seguridad en el ejercicio de la actividad de sus liderados.

9.5. *Certeza en la toma de las decisiones*

La buena comprensión de la realidad de su entorno y la planificación de su labor permiten el líder analizar las alternativas y mensurar sus resultados, estableciendo un sistema de gestión en que la toma de decisiones se cumpla con el máximo de certeza posible.

9.6. *Metas y superación de resultados*

Para establecer una relación de confianza y creencia con sus liderados, el líder debe saber cuál es el blanco de su actuación, definiendo

muy visiblemente los resultados que desea superar. Las metas, por tanto, deben ser posibles de superación y su búsqueda debe ser orientada y fiscalizada, para que los orientados sientan seguridad en el proceso y en la ejecución de sus propios trabajos. Las metas no pueden ser utópicas. Los objetivos perseguidos por el líder deben ser posibles y pautados en un plan de trabajo apropiado para que los liderados no malgasten energía y labor, trabajando desorganizadamente y sin resultado positivo.

9.7. *Amabilidad*

La amabilidad es la cordialidad que el líder destina a sus liderados, mostrándose una persona comprensible, simpática y dispuesta ayudarlos en la solución de los problemas que surgen en el cotidiano de trabajo y no abandonándoles en las situaciones particulares en las cuales necesitan, en muchas veces, un palabra de experiencia y de sabiduría.

9.8. *Responsabilidad general*

El verdadero liderazgo es reflejo de una responsabilidad general, por la cual el líder asume los riesgos y responde por ellos, sean directamente relacionados al ejercicio de su función o sean resultantes de actividad desarrollada por sus liderados. El líder jamás malgasta su tiempo buscando culpables por eventual problema y él mismo asume la responsabilidad por todas las complicaciones que puedan surgir en su cotidiano. Todo el fallo cometido por cualquier de los liderados impone la necesidad del líder asumir la responsabilidad por el resultado, considerando suyos los fallos que han obstruido el desarrollo del proceso.

9.9. *Cooperatividad constante*

El líder debe ser un colaborador nato y debe estar pronto para cooperar con todos que están a su vuelta. La cooperación, por cuanto valor, debe ser utilizada por el líder como modelo de actuación y ejemplo constante para que todos sepan que co-operar, u obrar en conjunto, es la vía más adecuada para la unificación de esfuerzos con el propósito de superación de metas que siempre son de todos.

9.10. *Coraje*

El líder cooperativo debe delinear su perfil dentro de un contorno de arrojo, fundamental para el desarrollo y preservación del manto ideológico del Cooperativismo y preponderante para la toma de todo el tipo de decisiones.

X. **Las once heridas del liderazgo**

Para preservar los diez rasgos principales al ejercicio del liderazgo cooperativo, el líder no puede ser acometido de las siguientes heridas.

10.1. *Inhabilidad organizativa*

El liderazgo cooperativo eficiente exige plena capacidad organizativa del líder, permitiéndole conocer el camino a ser trillado y preparándose para las sorpresas que podrán surgir en la caminata. Ningún líder, bajo cualquier aspecto, puede negarse a lo que sea, justificándose ocupado demás para hacerlo. La negativa al cambio de la ruta por cuestiones personales es perjudicial al liderazgo y a la imagen del líder. Por esto el líder debe tener buena capacidad de organización, para que conozca el trazado a ser cumplido y pueda, siempre, ajustarse a los imprevistos.

10.2. *Mala voluntad para las gestiones sencillas*

En el ejercicio del liderazgo el líder no puede privilegiarse con las mejores tareas, delegando a los demás las más difíciles o eximiéndose de hacer aquellas más sencillas o de menor proyección en el ambiente de trabajo. El buen líder está pronto para todo, incluso para ejecutar también actividades que delegaría a otros.

10.3. *Preocupación excesiva por el presupuesto de su trabajo*

El liderazgo presupone dedicación, identidad y involucramiento. Por esto, el líder no trabaja por dinero, sino para el alcance de una meta o búsqueda de un ideal. De esta manera, el liderazgo no puede, jamás, conjugarse con el precio del sueldo o al valor de las comisiones que puedan ser recibidas por las metas alcanzadas.

10.4. *Sobrevaluación de sus conocimientos*

La humildad es una de las claves del liderazgo de excelencia. El líder debe reconocer fortalezas y fragilidades de su equipo, y nunca, jamás, puede sobrevalorar sus conocimientos, poniéndose en condición de dueño de la verdad y señor de la sabiduría.

10.5. *Miedo de turbulencias y de la competencia*

El miedo es una de las peores heridas que puede afectar el liderazgo. Por tanto, el líder, para ser efectivo y respetado, no puede temer nada ni a nadie. El líder jamás podrá temblar ante obstáculos desconocidos o flaquear a las sospechas de que alguien desea ocupar a su sitio. Por esto, el líder debe estar preparado tanto para superar todos los tipos de adversidades como para mantener con sus liderados una relación de respeto y acreditación, entrenándoles inclusive para sustituirle en razón de causas presumibles o hechos desconocidos.

10.6. *Incapacidad creativa*

El liderazgo sujeta a imprevisiones y necesidad de ajustes de los procesos técnicos o de la gestión relacionada con las cuestiones humanas. De ese modo, el líder debe poseer buena imaginación, para que pueda conducir las adaptaciones necesarias a la búsqueda de las metas o al alcance de los objetivos. Un líder sin imaginación, o sin capacidad creativa, es incapaz de enfrentar las urgencias del cotidiano y tiene su credibilidad comprometida, pues su poca creatividad puede oprimir los procesos.

10.7. *Egocentrismo*

Jamás el liderazgo puede ser marcado por la huella del egocentrismo, de manera que el líder nunca debe asumir la responsabilidad y el honor por las conquistas de sus liderados. La realización del líder es el éxito en las metas, el crecimiento de las personas, la transformación positiva del entorno y no los premios por los resultados. Por tanto, el líder dispensa los honores personales, reconoce la labor del equipo y recompensa todos los éxitos, sin desacreditar los que fallan.

10.8. *Descontrol emocional*

El líder, para mantener la armonía de su labor, debe dominar muy bien sus emociones, controlar sus impulsos y conocerse a sí mismo, de manera que no se muestre una persona desesperada, nerviosa e incapaz para superar situaciones negativas.

10.9. *Deslealtad*

El liderazgo que no se establece sobre una columna de lealtad común, entre las personas que integran un equipo o un grupo, será víctima de turbulencias irrecuperables que afectarán la credibilidad y la posición del líder. La deslealtad es una de las principales causas por las cuales las personas no alcanzan el suceso.

10.10. *Apego al poder*

El liderazgo no resuelta de poder o de autoridad, sino que es derivado de la intervención de una persona dotada de calidades diferenciadas para la conducción de procesos y para el trato con las gentes. Por ello, el líder no puede ocultarse tras el sello del puesto y utilizar de la fuerza para hacer con que su equipo haga lo que determine como adecuado para la búsqueda y alcance de los objetivos. El uso del poder es indicio de inseguridad, pues un buen líder debe marcar su presencia con actitudes humanas, de simpatía, comprensión, lealtad, justicia y solidaridad.

10.11. *Preocupación por sus títulos*

De la misma forma como el poder, el título puede ser, también, una trampa para el éxito del liderazgo. El líder competente no se oculta tras sus títulos, pues el trato que tiene con la gente es de igualdad, priorizando siempre el respeto y la consideración recíproca.

XI. **A título de conclusión: la gran responsabilidad del líder cooperativo**

Ya resulta evidente que «el poder de decisión que la cooperación le atribuye a la persona y no al dinero, le permite expresar su satisfac-

ción (que es demasiado compleja para que se la pueda cuantificar directamente) o sus críticas y orientar consecuentemente la acción de su empresa»²².

En él ámbito de la entidad cooperativa, la interposición humana es completa, pues participa de la determinación de su objetivo e interviene como medio para el éxito económico.

Como consecuencia de la extensa participación de lo humano en el seno de la cooperativa, sus miembros establecen relaciones personales que hacen de ella una asociación entre partes. «Y la vida de esa asociación, más o menos intensa, más o menos armónica, orientada en tal o cual sentido, ejerce influencia sobre el funcionamiento de la empresa y su eficiencia»²³. Es decir, el talante intensamente humano de la cooperación consiste en una grandeza que complica las cosas, pero cuyo valor es incalculable.

Por esto, para el buen ejercicio del liderazgo cooperativo, el líder debe tener en cuenta que su actuación se encuentra astricta a la propia naturaleza de la sociedad cooperativa, una típica «asociación de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común, mediante una empresa de propiedad conjunta y gestión democrática»²⁴.

Consciente de que las cooperativas son entidades jurídicas que tienen el fin primero de servir a sus asociados, el líder cooperativo debe difundir la importancia de la cooperación desarrollada bajo su matiz axiológico, y, así, establecer una sólida conexión entre los intereses de los socios cooperativos y de la propia sociedad con las diferentes necesidades de la comunidad externa, unificando, de este modo, los impulsos humanos necesarios a la satisfacción de los intereses económicos-sociales y al alcance de la transformación moral del individuo en sociedad.

Lograr una satisfacción socio-económica y conseguir la transformación moral del individuo solamente será posible en el momento que el líder cooperativo se percate de la necesidad de propagación de los valores cooperativos en el seno comunitario, lo que conseguirá mediante el fomento de los principios de la educación, formación e información,

²² Lasserre, 1980, p. 13.

²³ *Ibid.*, p. 12.

²⁴ ACI, *Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la Identidad Cooperativa aprobada en Manchester*. Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, Vitoria-Gasteiz, 1996, p. 17.

e interés por la comunidad²⁵. Es de esta manera que se va a consolidar la moral cooperativa, bajo la divulgación y aplicación de los valores esenciales, como la dignidad de toda persona humana y el respeto que se le debe.

El líder cooperativo tiene la responsabilidad por el establecimiento de todos los mecanismos necesarios a la mejora de la relación entre los individuos que integran la entidad cooperativa, acentuando así un valor de decencia global que es legítimo en todos los tiempos, en diferentes situaciones, y para todas las regiones del Globo. Es por esto que al velar por los intereses de los miembros de la entidad, el líder debe ser consciente, siempre, que le corresponde el deber de promover la educación en el seno de la comunidad en donde se asienta la cooperativa, y busca alcanzar una transformación completa del hombre que representa la base del nacimiento, desarrollo y existencia del propio Cooperativismo²⁶.

Tiene el líder la responsabilidad de «mantener el rumbo e inspirar a otros que trabajen en colaboración mutua hacia una visión compartida de futuro. El líder creíble no sólo siente estas tensiones, sino que debe aprender a amar la lucha, en el afán de conducir las energías en la dirección deseada»²⁷.

XII. Bibliografía

- ACADEMIA DE CIENCIAS DE LA URSS: *Manual de Economía Política, Ciencias Económicas y Sociales*. 3.ª ed., México D.F.: Grimaldo, 1968.
- ARANZADI, D.: *El arte de ser empresario hoy: hombres y mujeres ante el reto de dirigir empresas cooperativas en el umbral del siglo XXI*. Bilbao: Departamento de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, Federación de las Cooperativas de Trabajo Asociado de Euskadi, Universidad de Deusto, 1992.
- ARANZADI, D.: «Los valores cooperativos en el umbral del año 2000», en *Anuario de Estudios Cooperativos 1993*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1994.
- ARANZADI, Dionisio: *El arte de ser líder empresarial hoy*. Vitoria: Federación de Cooperativas de Trabajo Asociado de Euskadi, 1995.
- ARGUEIRA MIRANDA, M.A.: *Carácter revolucionario del cooperativismo*. Buenos Aires: Intercoop Editora Cooperativa Limitada, 1965.

²⁵ Miranda, José Eduardo, «El buen gobierno de las Sociedades Cooperativas y la gestión bajo los valores del Cooperativismo: una reseña didáctica», en *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n.º 38. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004, p. 253.

²⁶ *Ibid.*, p. 254.

²⁷ Aranzadi, 1995, 298.

- BORGADUS, E.S.: *Principios y problemas del cooperativismo*. México D.F.: Librerías Mexicanas Unidas, 1964.
- HUNTER, James C.: *O monge e o executivo*. São Paulo: Sextante. 2004.
- LASSERRE, G.: *El hombre cooperativo*. Buenos Aires: Intercoop Editora Cooperativa Limitada, 1980.
- MACEDO, Ivanildo Izaías de e outros: *Aspectos comportamentais da gestão de pessoas*, 9 ed. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2007, p. 109.
- MIRANDA, José Eduardo de Miranda: *De la crisis de identidad al rescate de la génesis del cooperativismo*. Madrid: Dynkinson, 2012.
- MIRANDA, José Eduardo: «El buen gobierno de las Sociedades Cooperativas y la gestión bajo los valores del Cooperativismo: una reseña didáctica», en *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n.º 38. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004.
- OSTROWER, F.: *Criatividade e processos de criação*. Petrópolis: Vozes, 1978.
- RAMÍREZ BARACALDO, B.: *Teoría y doctrina de la cooperación*. Bogotá: Ciudec, 1989.
- ROSEMBUJ, T.: «El valor del socio en la cultura cooperativa», en *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 36, Bilbao. Universidad de Deusto, 2002.

La pugna entre el *shareholder primacy model* y la *stakeholder theory* en la doctrina y práctica anglosajona. Estado de la cuestión

Iñigo Zavala Ortiz de la Torre

Universidad de Deusto

Recibido: 14-01-2013

Aceptado: 18-02-2013

Sumario: I. Introducción. II. Marco general teórico. III. *The shareholder value* o *shareholder primacy theory*. IV. *The stakeholder theory*. V. Estado práctico de la cuestión en EE.UU. y el Reino Unido. VI. Breve análisis comparado de los códigos de gobierno corporativo. VII. Conclusión. VIII. Bibliografía.

Resumen: Existe una pugna entre los defensores de que los accionistas sean la referencia, a la que la dirección de la empresa tiene que mirar cuando adopta sus decisiones; frente a los que creen que, junto a estos se deben tomar en cuenta los intereses de otros *stakeholders* como son los trabajadores, los acreedores, los proveedores y los clientes. Si bien la doctrina, e incluso las posibilidades legislativas, avalan la segunda postura en los países anglosajones; tanto la práctica, como el análisis de los principales Códigos de Buen Gobierno, nos muestran que en realidad sigue vigente la primera. ¿Porqué?

Palabras clave: Accionistas, *stakeholders*, dirección de la sociedad, doctrina anglosajona, *constituency statutes*, *enlightened shareholder value*, códigos de buen gobierno corporativos.

Abstract: There exists a struggle between the activist of the Shareholder Primacy Model, and those who support the Stakeholder Theory (in the interest of the shareholders, employees, customers, creditors and suppliers). Although the scholars and the legislations are prone to the second theory, the reality and the analysis of the Corporate Governance Codes, shows us that the former one is still in the victorious. Why?

Key words: Shareholders, *stakeholders*, management, anglo-saxons scholars, *constituency Statutes*, *enlightened shareholder value*, corporate governance codes.

I. Introducción

Se ha escrito mucho sobre la crisis económico-financiera que ha assolado el «mundo civilizado» en general, y a nuestro país en particular. Han sido muchas las causas señaladas. Existe un consenso amplísimo, en mencionar como una de las principales, la visión corto placista del negocio como consecuencia de la avidez insaciable de dividendos por parte de los accionistas. Todo ello precipitado, o amplificado, por una política retributiva de los grandes directivos que tenía como eje central la obtención de suculentos bonus o stock *options*, ligadas al incremento de los beneficios y/o del valor de la acción de la compañía en el corto plazo. El resultado, todos los conocemos. Los mayores damnificados... ¿Los accionistas? No. Ellos ya recibieron durante los primeros siete años de este siglo —vía dividendos— una retribución desproporcionada y vampírica (para con las sociedades) como contraprestación a su inversión en la compañía. Los verdaderos damnificados han sido los otros grupos sociales, también interesados en el éxito de la sociedad, y que ni en los años dorados recibieron «su» parte en la forzada generación de beneficios, ni luego, en los años de crisis, y como es obvio, pudieron percibir nada en donde «no quedaba nada».

Son innumerables los artículos, libros, conferencias y jornadas que durante los últimos años han demandado, de forma casi unánime, un cambio en la forma de entender la sociedad, no solo en sus relaciones con el exterior —el medio ambiente, la defensa de los derechos humanos...— si no también en el aspecto interno, es decir, en lo que afecta a su fin u objetivo. Efectivamente, la doctrina internacional, la clase política¹ y las Instituciones Religiosas² más representativas, claman por

¹ El Presidente Obama afirma que la riqueza de los ricos, no se debe solo a sus propios esfuerzos, si no también a la participación del Estado y otros interesados. Ver en <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2174160/Obama-says-wealthy-ARENT-responsible-uccss.html>

² Para la Iglesia Católica, la empresa/sociedad mercantil «... debe caracterizarse por la capacidad de servir al bien común de la sociedad mediante la producción de bienes y servicios útiles. En esta producción de bienes y servicios con una lógica de eficiencia y de satisfacción de los intereses de los diversos sujetos implicados, la empresa crea riqueza para toda la sociedad: no sólo para los propietarios, sino también para los demás sujetos interesados en su actividad. Además de esta función típicamente económica, la sociedad desempeña también una función social, creando oportunidades de encuentro, de colaboración, de valoración de las personas implicadas. En la empresa, por tanto, la dimensión económica es condición para el logro de objetivos no sólo económicos, sino también sociales y morales, que deben perseguirse conjuntamente. El objetivo de la empresa se debe llevar a cabo en términos y con criterios económicos, pero sin descuidar los valores auténticos que permiten el desarrollo concreto de la persona y la sociedad...»

una modificación del objetivo de la sociedad, para adecuarlo a una concepción más humana y moralmente defendible.

Sin embargo, ¿dónde nos encontramos? A través del presente artículo queremos dar una visión, de cuál es el estado de la cuestión, primero a nivel doctrinal, y luego en la práctica societaria. Dada la inabarcabilidad de la tarea, para un trabajo tan modesto como el que nos ocupa, centraremos el mismo, al menos en lo que al ámbito doctrinal se refiere en el mundo anglosajón. Y ello por dos motivos. El primero por que entre los Estados Unidos y el Reino Unido, controlan más de la mitad del mercado financiero mundial, con lo que sus instituciones, y especialmente sus sociedades, son objeto de una permanente atención, con el objetivo de poder ofrecer a los inversores de todo el mundo, vehículos ágiles y seguros con los que, y en los que realizar sus inversiones.

Efectivamente, con la globalización, nos encontramos ante un mercado mundial altamente competitivo, en el que para mantener el mencionado liderazgo estos países han desarrollado unas instituciones, un marco regulatorio, y una legislación societaria³, que les hace ser no solo receptores de inversores; si no también exportadores de conceptos, ideas y de un know-how económico financiero que, nos guste o no, está impregnando los sistemas del resto de países del planeta.

En segundo lugar, porque cuentan con la doctrina más relevante, con el mayor número de publicaciones editadas, así como con la perspectiva que da el tratamiento legislativo otorgado al problema desde hace ya casi 50 años.

Los componentes de la empresa deben de ser conscientes de que la comunidad en que trabajan representa un bien para todos y no una estructura que permite satisfacer exclusivamente los intereses personales de algunos... Es indispensable que, en la sociedad, la legítima búsqueda del beneficio se armonice con la irrenunciable tutela de la dignidad de las personas que a título diverso trabajan en la misma. Es indispensable que, dentro de la empresa, la legítima búsqueda del beneficio se armonice con la irrenunciable tutela de la dignidad de las personas que a título diverso trabajan en la misma. Estas dos exigencias no se oponen en absoluto, ya que por una parte, no sería realista pensar que el futuro de la empresa está asegurado sin la producción de bienes y servicios y sin conseguir beneficios que sean el fruto de la actividad económica desarrollada; por otra parte, permitiendo el crecimiento de la persona que trabaja, se favorece una mayor productividad y eficacia del trabajo mismo. La empresa debe de ser una comunidad solidaria, no encerrada en los intereses corporativos, tender a una ecología social del trabajo, y contribuir al bien común, incluida la salva guardia del ambiente natural.» Ver, en «Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia». Consejo Pontificio «Justicia y Paz». Ed: Biblioteca de Autores Cristianos. 2012.

³ Charny, D., «Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules; An American Perspective on the “Race to the Bottom” in European Communities», en *Harvard International Law Journal*, vol. 32 de 1991, p. 423. Romano, R., «The genius of American Corporate Law». Ed. AEI Press. Washington, U.S.A. 1993, p. 129.

De esta forma, el estudio del Derecho de sociedades americano, se ha vuelto indispensable para los comparativistas y los reformadores del derecho. Su influencia sobre el derecho europeo de sociedades y del mercado financiero, es incontestable, dejándose sentir, asimismo, en las demás ramas jurídicas con relevancia económica⁴.

Bien es cierto, y esto hay que repetirlo, que el mercado norteamericano tiene unas características propias⁵ que nos harán, por supuesto, matizar, adecuar y reamoldar a nuestra realidad sus normas.

Además y por ser, precisamente las actoras (para lo bueno y lo malo) de todo lo dicho hasta ahora, focalizaremos nuestro trabajo en las sociedades cotizadas. Efectivamente, la forma jurídica utilizada para dar cobertura a las empresas cuyas acciones cotizan en los diferentes mercados, se ha visto sometida a un grado de acercamiento y unificación tal, que permite a operadores jurídicos y económicos de distintos países ser capaces de entender y comparar las distintas exigencias requeridas por cada ordenamiento jurídico. Así es, la forma jurídica elegida, es decir, la sociedad mercantil con responsabilidad limitada de los socios a la aportación social (Corporation, Societe, Societta, Agchung), tiene en todas las legislaciones características comunes y básicas, pudiéndoseles aplicar a todas ellas las reflexiones que en el presente trabajo realizamos.

Efectivamente, siguiendo a la doctrina más relevante⁶, podemos determinar que en las sociedades de los principales países desarrollados, son muchas más las características comunes, que las divergencias. Y así, tanto la 1. personalidad jurídica, 2. la responsabilidad limitada de sus socios, 3. la transmisibilidad de las acciones 4. la delegación de las facultades de administrar la sociedad, en una dirección colegiada o consejo de administración, y 5. la propiedad de la misma por sus accionistas; son características que aparecen en todas ellas. Estos rasgos distintivos han sido configurados de acuerdo con las necesidades económicas de la moderna empresa, y esto hace que, de manera permanente, todas ellas se encuentren recogidas en los elementos que conforman a las sociedades cotizadas que desarrollan las grandes aventuras empresariales de nuestro tiempo. Por lo tanto, los constituyen-

⁴ Hopt, K.J., *Estudios de Derecho de Sociedades y del Mercado de valores*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2010, pp. 270 y 271. Sobre la preeminencia de la doctrina norteamericana.

⁵ Hopt, K.L., «Estudios de Derecho de Sociedades...», *op. cit.*, p. 53. Las características propias de cada sistema normativo o «*path dependence*».

⁶ Kraakman, R. *et al.*, *The Anatomy of Corporate Law. A comparative and functional approach*, 2.ª edición. Oxford. Oxford University Press. 2009, *op. cit.*, pp. 6 y ss. En donde los autores recogen enuncian y comentan las cinco características.

tes de una sociedad que tenga por objeto el desarrollo de una gran empresa, y cuya forma de financiación parcial o total, se realice a través del ahorro público concretado en el mercado de capitales, tendrán obligatoriamente que «crear» una sociedad que contenga, al menos las mencionadas características⁷.

Las Sociedades han sido y son las instituciones económicas que dominan nuestro mundo. Son las estructuras más utilizadas para encauzar cualquier actividad empresarial⁸. En el año 2000 el «Institute for Policy Studies», publicó un estudio, en el que se mostraba que, entre las 100 mayores entidades económicas del planeta, 51 eran Sociedades y 49 Estados. Entre las primeras, existían 22 compañías cuya capitalización bursátil era mayor que el producto Interior Bruto de 22 países⁹. Estas grandes compañías, toman decisiones que, aún adoptadas en el ámbito privado de su actividad, tienen transcendencia pública. Esta innegable influencia en nuestra sociedad, ha llevado a muchos autores a negarles la cualidad de entidades de derecho privado; para asegurar que realmente son instituciones de derecho público, con obligaciones frente a la sociedad.¹⁰

Pero dicho esto, es necesario, tal y como Michael Jensen dijo que «Toda organización que quiera cumplir con un objetivo, tiene que contestar a la siguiente pregunta: ¿Qué objetivo estamos tratando de cumplir?»¹¹. Intentaremos resumir, en este artículo, las teorías más importantes que, a día de hoy, y en la doctrina anglosajona, quieren dar contestación a esa pregunta. Para ello realizaremos una breve revisión del marco actual existente en EE.UU. y el Reino Unido en el apartado II de este trabajo; para seguidamente comentar la *Shareholders Primacy* (SP), en el apartado III; la *Stakeholder Theory* (STKT) en el IV; cuál es la realidad práctica en ambos países, en el V; un breve análisis comparado de Códigos de Buen Gobierno, a los efectos del presente trabajo, en el VI; y finalmente unas Conclusiones, en el VII.

⁷ Ver Easterbrook, H.F y Fischel, D.R., *The economic structure of Corporate Law*. Ed: Harvard University Press. Harvard. 1991, p. 4.

⁸ Couwenberg, O., «Corporated Architecture and Limited Liability». en *Review of Law and Economics*. 2008, vol. 4. pp. 621 a la 622.

⁹ Institute for Policy Studies estudio realizado por Anderson, S. y Cavanagh, J., Disponible en http://www.ips-dc.org/downloads/Top_200.pdf. Última entrada, 20 de enero de 2013.

¹⁰ Branson, D., «The Death of Contractarianism and the Vindication of Structure and Authority in Corporate Governance and Corporate Law», en Mitchell, L., *Progressive Corporate Law*, Boulder, Ed: Westview Press, 1995, p. 93.

¹¹ Jensen, M., «Value Maximisation, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function», en *European Financial Management*, vol. 7 de 2001, p. 149.

II. Marco general teórico actual

Si bien es cierto que este problema ha sido abordado en miles de artículos y trabajos doctrinales (algún autor, gráficamente ha dicho que el asunto ha sido debatido «ad nauseam»¹²), lo cierto es que ha día de hoy, el debate, aun reducido a la pugna entre la *Shareholder Primacy* y a la *Stakeholder Theory*, dista mucho de haber sido cerrado. Realmente el quid de la cuestión es determinar en beneficio de quien debe, la dirección y el Consejo de la compañía, gestionar la misma. Si la dirección debe tener en cuenta, preferentemente los intereses de los accionistas, estaremos en presencia del SP model, y si, por el contrario la dirección (o management¹³) tiene que tener en cuenta los intereses de todos los *Stakeholders*, nos encontraremos ante la STKT.

Antes de entrar en el análisis a fondo de estas dos principales teorías, será necesario dar unas pinceladas, a modo de recordatorio, sobre cuales son las bases sobre las que, la doctrina anglosajona más influyente, construye las diversas proposiciones que tratan de explicar su concepción de las sociedades en general, y de las capitalistas en particular. Lo haremos mencionando las teorías derivadas de los estudios de la Escuela Económica del Derecho, para luego abordar las denominadas «Comunitarias» o «Progresivas».

Las primeras, han tenido un éxito total en Estados Unidos a raíz de los estudios de la llamada Escuela de Chicago en los años 70. Esta posición doctrinal, entiende que las sociedades son entidades privadas, producto de la libre iniciativa de los ciudadanos, y nunca instituciones públicas. En este caso, existe una mayor influencia y aportación de la ciencia económica que de la del Derecho. Esta escuela del análisis económico del derecho ha dado lugar a la creación de cuatro posiciones (sub-teorías) diferentes. Una (y la más importante) es la denominada «contractualista». Según sus defensores, la sociedad es un «nexo de contratos»¹⁴; más explícitamente otro de sus apóstoles, Robert Clark¹⁵ señala que

¹² Butler, H.N. y McChesney, F.S., «Why they give at the office: shareholder Welfare and Corporate Philanthropy in the contractual Theory of the Corporation», en *Cornell Law Review*, vol. 84 de 1999, p. 1195.

¹³ Término que, en este trabajo, utilizaremos de forma indistinta con el de Directivo; en contraposición con la traducción del término inglés «*Director*» a la que asignamos la traducción como «Consejero».

¹⁴ Easterbrook, F. y Fishel, D., «The Corporate Contract», en *Columbia Law Review*, vol. 89 de 1989, p. 1426.

¹⁵ Clark, R., *Corporate Law*. Chicago. Ed: Aspen Publishers. 1986.

The corporate contract consists of the terms of a corporation's charter and the corporate law the firm selects by virtue of incorporating in a particular state. The contractarian theory of the firm also implies a theory of the role of corporate law: corporate law should merely provide a set of default rules that managers may adopt on behalf of their firms, while leaving managers free to customize their companies' charters with legally enforceable rights and obligations.

El pensamiento económico analiza la sociedad, como a un tipo social sin más, como una mera ficción; pero obviando una parte fundamental de la misma como es la irrupción en el tráfico mercantil, de una nueva sociedad, con personalidad jurídica propia y distinta de la de sus socios. Con esta teoría, la sociedad es desestructurada, al ser conceptualizada como un conjunto de complejos contratos privados, bien sean expresos o tácitos, que dan forma a un gran número de relaciones jurídicas a las que se llega entre las distintas partes que —voluntariamente— se relacionan con la compañía y sus diversos *stakeholders*¹⁶. Existirán, por lo tanto contratos entre los accionistas y la compañía, entre aquellos y los directivos, entre los acreedores y la sociedad, entre la sociedad y los proveedores, etc.

Una segunda dirección, es la denominada Teoría de la agencia. Según esta, los directivos (o management) tienen que supervisar el proceso de negociación voluntaria y los acuerdos entre los distintos actores que participan en las actividades de la sociedad. Estos directivos, son los agentes de los accionistas. El Consejo, contrata a la dirección de la compañía, para que gestione esta en beneficio de los accionistas, ya que estos no tienen ni el tiempo ni los conocimientos necesarios. Los accionistas, al tener que controlar la gestión de los directores (para evitar que estos actúen en beneficio propio, o de forma no diligente), incurren en los denominados costos de agencia. En la reducción de estos costos, es en lo que pone su énfasis esta teoría.

Una tercera dirección, dentro de la escuela del análisis económico del derecho, es la denominada «*Transactions Cost Theory*», cuyas raíces se hunden en la obra de Ronald Coase¹⁷ en los años 30. Este profesor defendía que las sociedades existían para reducir los costos de transacción que se dan en cualquier mercado. Agrupando estos costos, entorno a las sociedades, siempre serían más reducidos que en los que incurren los individuos actuando en el mercado de forma aislada. Así

¹⁶ Ver en p. 14 de este trabajo, quiénes son considerados como *stakeholders*.

¹⁷ Coase, R., *The nature of the firm*. Chicago. Ed: The University of Chicago Press. 1937.

pues, el derecho de sociedades tendrá como objetivo la organización de la compañía y sus relaciones exteriores, al objeto de reducir los costos de transacción en los que se incurre en el mercado. Esta teoría fue desarrollada por Oliver Williamson¹⁸.

Y finalmente, debemos mencionar la obra de Oliver Hart¹⁹, en la que conceptualiza a la sociedad como un conjunto de derechos de propiedad. Según la misma, el derecho de propiedad es el concepto fundamental que es capaz de explicar la complejidad de la sociedad. La sociedad es definida como un conjunto de Derechos, que pertenecen a la sociedad. En este contexto, el derecho de propiedad, es visto como el derecho a ejercer los «derechos residuales de control»²⁰.

Podemos finalizar diciendo que muchos, aunque no todos, de los autores que defienden el análisis económico del derecho, propugnan la maximización del valor de la sociedad, en beneficio de los inversores (o accionistas) como el principal fin de la sociedad²¹. Por lo tanto, y en conjunto, son unos fervientes defensores de la *Shareholder Primacy*.

Por el contrario frente a estas posiciones también denominadas nominalistas o agregadas (ya que, recordamos, según ellas las sociedades son meras ficciones y suma de los contratos, o de los derechos de propiedad de todos los partícipes en la sociedad), la doctrina anglosajona ha alumbrado diferentes teorías que tienen su origen en la conceptualización de la sociedad como una entidad con personalidad distinta a la de sus socios. Estas son las denominadas «*Real Entity Theories*». Estas teorías han tenido un mayor desarrollo en la Europa continental que en el mundo anglosajón. Entre ellas podemos incluir el modelo del «contrato social» y la denominada teoría «orgánica».

Dentro de este grupo podemos incluir a las denominadas «*Communitarian*» o «*Progressive theories*» (que aquí y por comodidad denominaremos sin más Comunitarias), que tiene muchas semejanzas con la *stakeholders theory* que luego veremos con mayor detalle. Esta corriente doctrinal, defiende que las grandes compañías cotizadas, son instituciones públicas, y no privadas. Entiende la sociedad como una comunidad interdependiente, de confianza mutua y beneficio recí-

¹⁸ Williamson, O., «The Vertical Integration of market production: Market Failure Considerations», en *American Economic Review*, vol. 61 de 1971.

¹⁹ Grossman, S. and Hart, O., «The Cost and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration», en *Journal of Political Economy*, vol. 94 de 1986.

²⁰ Armour, J. y Whincop, M., «The property foundations of Corporate Law», en *Oxford Journal of Legal Society*, vol. 27 de 2007, p. 429.

²¹ Ver, por todos, Black, B. y Kraackman, R., «A self-enforcing Model of Corporate Law», en *Harvard Law Review*, vol. 109 de 1996.

proco. La mayoría de estos autores son «anti-contractualistas» en su visión de la compañía. Más que por estar preocupados por la reducción de los costos de transacción, lo que les interesa son los efectos sociales de la actividad de la sociedad. Rechazan la idea de que las distintas partes o sujetos que contratan con la sociedad, tengan la posibilidad de defender sus intereses en igualdad de condiciones para con la sociedad, y por lo tanto exigen normas imperativas, y una mayor regulación para otorgar adecuada protección a los más débiles.²²

Los Comunitaristas han criticado duramente a la escuela del análisis económico del derecho, por estar demasiado centrada en el interés del individuo y por extensión, también la obsesión por el beneficio de la *Shareholder Primacy Theory*. Lo cierto es que los primeros dan más importancia a los valores sociales y políticos, a la dignidad humana y a al bien común²³, así como a los valores y metas de la sociedad en la que viven, por lo que los vínculos culturales de las personas con su entorno deberán ser siempre respetados.

Pero dicho esto, el modelo «Comunitarista» difiere del *Stakeholder model*, en que los defensores de este último, tal y como veremos, hacen hincapié en la «eficiencia» de las relaciones jurídicas y económicas y en dar gran importancia al papel que los directivos han de jugar en la gestión de la sociedad. El management tiende a distraerse o buscar sus propios intereses, por lo que es necesario idear mecanismos de control de estos. Por el contrario los primeros creen en el sentido de justicia y profesionalidad de los directivos, confiando ciegamente en su honradez y, por tanto, no dando ninguna importancia a las formulas de fiscalización.

Además y como variables de los anteriores señalar la «Team Production Theory», desarrollada por Blair y Stout²⁴, y el argumento de Elhauge²⁵ según el cual los managers deben de tener la capacidad de sacrificar beneficios en interés de la sociedad. Según la primera, la so-

²² Millon, D., «New Directions in Corporate Law: Communitarians, Contractarians and Crisis in Corporate Law», En *Washington and Lee Law Review*, vol. 50 de 1993, pp. 1373 y ss.

²³ Con lo que enganchan con la doctrina social de la Iglesia Católica, una vez algunos de estos autores se han desprendido de ciertos conceptos pseudo-marxistas, felizmente superados.

²⁴ Blair, M. y Stout, L., «A Tean Production Theory of Corporate Law», en *Virginia Law Review*, vol. 85 de 1999.

²⁵ Elhauge, E., «Sacrifiing Corporate Profits in the Public Interest», en *New York University Law Review*, vol. 80 de 2005, p. 733; Lee, I.B., «Efficiency and Ethics in the debate about Shareholder Primacy», en *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 31 de 2006. p. 533.

ciudad es un conjunto de equipos al que todos los *stakeholders* contribuyen, y en la que el órgano de administración, integrado por consejeros independientes, ha de dirigir e individualizar cual de los distintos equipos de *stakeholders* debe, en cada momento realizar un mayor esfuerzo. En correlación con el mismo se determina a cual o cuales de ellos asignar —en proporción al trabajo realizado— los beneficios obtenidos.

Aunque Blair, Stout y Elhauge, están ideológicamente lejos de las posiciones «Comunitaristas» a la hora de criticar la *Shareholder Primacy*, su contribución es interesante, precisamente por realizar su crítica desde posiciones que defienden —al igual que la Escuela de Chicago— posiciones de eficacia económica. «Hablan» el mismo lenguaje que los defensores de la SP. Consecuentemente, sus críticas han sido objeto de un respetuoso análisis por parte de los defensores de aquella. Si bien su apuesta por el criterio normativo de la eficacia les lleva a adoptar una empobrecida posición ética.

Dicho todo esto, y citando al profesor australiano Stephen Bottomley «I have noted the breadth and diversity of the corporate world and I have commented on the pitfalls of attempting to devise a grand theory for all corporations in all contexts»²⁶.

Seguidamente, vamos a entrar en el análisis de las dos teorías que, en la práctica, son adoptadas por los ordenamientos jurídicos de los países más desarrollados del planeta. En su exposición utilizaremos el guión seguido, e estos efectos por Andrew Keay en el capítulo 2 de su libro «The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Governance»²⁷.

III. *The shareholders value o Shareholder primacy theory*

El término *Shareholder Value* fue utilizado por primera vez por consultores Norte Americanos en 1980. Durante los últimos 30 años ha sido la teoría que, aún con detractores, más influencia ha tenido en la doctrina societaria anglosajona (no sólo Norteamericana, Británica y Canadiense, sino que también la Australiana —cada vez más influyente— y la Neo Zelandesa). Esta teoría, postula que la gestión que de la sociedad realizan sus administradores, esta definida y limitada por

²⁶ Bottomley, S., *The Constitutional Corporation*. Ed: Ashgate Publishing Limited. Burlington Vermont, USA. 2008. p. 17.

²⁷ Keay, A., *The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Governance*. Ed: Routledge, New York. 2013. pp. 14 y ss.

la obligación que estos tienen para con los accionistas de la sociedad. Cualquier otra responsabilidad es secundaria. En esta teoría, los intereses de los *stakeholders* distintos de los accionistas, son relevantes, en la medida en la que sirven para obtener el objetivo de maximizar el valor de la acción, y por lo tanto la riqueza de los accionistas.

El pistoletazo de salida, al arrollador éxito de esta teoría, lo sitúa la doctrina en la publicación, por parte de Milton Friedman, en un número del *New York Times Sunday Magazine* de 1970, de un artículo en el que el Premio Nobel aseguraba que como los accionistas son los «propietarios de la sociedad»²⁸, la obligación de la dirección de la empresa tienen que ser incrementar sus ganancias. Esta premisa, que fue aclamada con inusitada vehemencia, fue reforzada por la publicación del quizás todavía más influyente *paper* de M. Jensen y W. Meckling titulado «Theory of the firm: Managerial behaviour, Agency Costs and Ownership Structure»²⁹ de octubre de 1976. Este posicionamiento a favor del incremento del valor del accionista como fin u objetivo de la sociedad, y por lo tanto, límite y frontera con respecto a las facultades de gestión de los directivos y administradores; ha sido uno de los pilares esenciales de la denominada teoría del análisis económico del derecho. Teoría que, de forma un tanto pretenciosa, ha sido definida como «*the most successful intellectual movement in the law in the last thirty years*»³⁰.

El hecho es que para el final del siglo xx, la mayoría de la doctrina, reguladores y líderes empresariales, aceptaban sin cuestionárselo, que el incremento del valor para el accionista, era el único objetivo del órgano de administración de las sociedades³¹. El momento álgido de esta doctrina fue la publicación en el año 2001, en el *Georgetown Law Journal* del ensayo titulado «*The end of History for Corporate Law*» de los profesores Kraakman y Hansmann³² quienes afirman que

...academic, business, and governmental elites that ultimate control over the corporation should rest with the shareholders class; the

²⁸ Ver en <http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html>. Texto completo del artículo publicado el 13 de septiembre de 1970.

²⁹ Jensen, M. y Meckling, W., «Theory of the firm: Managerial behavior, Agency Costs and Ownership Structure», en *Journal of Financial Economics*, vol. 3, N4. October, 1976, p. 305.

³⁰ Teles, S., *The rise of the conservative legal movement: The battle for control of the law*. Princetown University Press. Princetown. 2008, p. 216.

³¹ Stout, L., *The Shareholder Value Myt* Ed:Berrett-Koehler Publishers Inc. San Francisco. 2012, p. 21.

³² Kraakman, R. y Hansmann, H., *The end of History of...*, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

managers of the corporation should be charged with the obligation to manage the corporation in the interest of its shareholders; other corporate constituencies, such as creditors, employees, suppliers and customers, should have their interest protected by contractual and regulatory means rather than through participation in corporate governance;...and the market value of the publicly traded corporation's shares is the principal measure of the shareholders' interest.

para continuar con «*The triumph of the shareholders oriented model of the corporation is now assured*». La SEC Norteamericana, durante los últimos casi 30 años, no ha hecho más que adoptar medidas encaminadas a ensalzar esta teoría, así como la participación de los accionistas en el Gobierno Corporativo de las sociedades. Como paradigma de esta legislación, esta la SOX³³.

La razón aducida, para defender antes que nada los intereses de los accionistas, tiene sus raíces en conceptos económicos, legales y filosóficos creados —o en algunos casos adoptados— por la escuela del análisis económico del derecho. Según los defensores de la *Shareholder Primacy*, los accionistas son los acreedores residuales de la compañía³⁴, es decir, los accionistas se beneficiarían los que más (y en relación con otros *stakeholders* como los acreedores, los trabajadores, proveedores, clientes y comunidad) si la compañía gana dinero; pero, sin embargo perderán todo su capital si a la sociedad le van mal dadas. Es decir, en caso de liquidación de la sociedad, son los últimos a la hora de poder resarcirse de las pérdidas con el patrimonio social que, en su caso, resulte de aquella. Por lo tanto, son los más interesados en los resultados de la compañía, teniendo un especial interés en cada decisión que tome la sociedad³⁵.

Esta teoría, tiene una serie de ventajas importantes, en relación con la *Stakeholder Theory*. Es, en primer lugar y sobre todo, una teoría clara. Es decir, es posible el evaluar si los directivos están o no, maximizando el valor de los accionistas

A diferencia de lo que defendía la teoría de la agencia antes expuesta, la dirección de la empresa, ha de ser responsable ante la propia sociedad, no ante los accionistas; es decir al management le contrata

³³ Sarbanes Oxley Act. Ver en <http://www.sec.gov/about/laws/soa2001.pdf>. Aprobada el 30 de julio de 2002.

³⁴ *Residual claimants*, que a los efectos que aquí nos ocupan, traducimos como «acreedores residuales».

³⁵ Macey, J., «Fiduciary duties as Residual Claims: Obligations to Nonshareholder Constituencies from a theory from the firm Perspective», en *Cornell Law Review*, vol. 84 de 1999. Keay, A., «The Enlighted Shareholder...», *op. cit.*, 9. 18.

la sociedad. El argumento de la eficacia nos dice, que como los directivos solo tienen que concentrarse en el interés de un grupo, esto les permite trabajar más eficientemente.; pero la realidad nos muestra que realmente no es tan eficiente ya que la retención de beneficios desmesurados para los accionistas, en muchas ocasiones puede ocasionar daños colaterales a terceras partes como son los trabajadores, o a la comunidad en la que la sociedad radica.

Otro argumento es la certeza. Se dice que es una teoría más pragmática, en el sentido de que suministra un criterio claro para determinar si se alcanza el éxito en la gestión del negocio, así como una guía clara para el management para saber cuál es la dirección que hay que tomar para alcanzar ese éxito. Pero contra este argumento de gran peso esta el de la indeterminación del tiempo en el que deberá de alcanzarse el éxito. No es lo mismo el corto, que el largo plazo³⁶. En relación con esto Cuando la dirección adopte una decisión, ¿en qué accionistas tendrá que pensar, los actuales, o los que lo sean en un futuro?³⁷. Es muy posible, además, que no todos los accionistas tengan los mismos intereses económicos, con lo que será difícil el adoptar medidas en el interés de todos ellos.

Los defensores del *Shareholder Primacy Model* hacen especial hincapié, en el argumento de que este modelo, es también bueno para la sociedad en general ya que incrementa el bienestar en términos generales. Como dice Andrew Keay³⁸, la idea es que el sacrificio del resto de *stakeholders* en este paradigma pro-accionista, será compensado con un incremento de la riqueza de los accionistas que, al final redundará en toda la sociedad³⁹. No obstante este argumento ha sido muy criticado, por entender un sector importante de la doctrina que el bienestar de la sociedad en su conjunto, no se incrementa cuando el foco de la actividad esta puesto en las ganancias a corto plazo⁴⁰. Además, y tal y como también esta argumentado por Kent Greenfield⁴¹ sin un me-

³⁶ Hu, H., «Risk, Time and Fiduciary Principles in Corporate Investment», en *University of California at Los Angeles Law Review*. vol. 38. 1.990.

³⁷ Keay, A., «Shareholder Primacy in Corporate Law: Can it Survive?», en *European Company and Financial Law Review*, vol. 7, 2010, p. 369.

³⁸ Keay, A., «The enlightened Shareholder Value...», *op. cit.*, p. 29.

³⁹ Lee, I., «Efficiency and Ethics in the Debate About Shareholder Primacy», en *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 31 de 2006, p. 533.

⁴⁰ Loderer, J. *et al.*, «Shareholder Value: Principles, Declarations and Actions». April 22, 2009. *European Corporate Institute Working Paper* No 95/2006. Ver en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=690044

⁴¹ Greenfield, K., «Saving the world with Corporate Law», en *Emory Law Journal*, vol. 57 (2008), p. 947.

canismo que obligue a los accionistas a compartir sus ganancias con otros *stakeholders*, es seguro que estos últimos no recibirán nada. O muy poco.

Un último argumento utilizado por los defensores de esta teoría y que enlaza con la idea de que los accionistas tienen una posición débil que debe ser mimada por los directores y el consejo, es que es imposible el recoger en un contrato todas las posibles situaciones a las que los directores de la sociedad, tendrán que enfrentarse, así que, esta teoría servirá para subsanar esas posibles fallas contractuales, en el sentido de que la dirección o management de la compañía siempre deberá quedar obligada con los accionistas.

Vamos a realizar un rápido repaso a las críticas realizadas. La primera es que existe la percepción extendida de que esta teoría exige al management de la compañía que gestione la misma, centrados en el corto plazo⁴². Esto obviamente daña el desarrollo de la compañía y sacrifica el valor de la misma a largo plazo.

Tiene además un acercamiento a la realidad estrecho, ya que dada la complejidad de la actual sociedad, no es posible el que los directores se centren en un único objetivo, además, continúan los críticos, esta teoría reduce todo a un tema de beneficios⁴³.

Además el énfasis en el interés de los accionistas, no nace de ninguna razón ética o moral, si no solamente de la necesidad de ser eficiente. No hay ninguna consideración a valores como la justicia, equidad, o igualdad. Por lo tanto muchos estudiosos ven esta teoría como desafecta a la dimensión humana que es fundamental en todas las facetas de la vida, incluidos los negocios.

IV. *The stakeholder theory*

El padre de la *Stakeholder Theory* moderna es R. Edward Freeman, quién publicó sus ideas al respecto, en su influyente libro «*Strategic Management: a Stakeholder Approach*»⁴⁴. Esta teoría, aunque de forma parcial, sirve como guía para la actuación de la dirección y el ór-

⁴² Millon, D., «Why is Corporate Management obsessed With Quarterly Earnings and What Should be Done about it?», en *George Washington Law Review*, vol. 70 de 2002, p. 890.

⁴³ Wood, D., «Whom should Business serve?», en *Australian Journal of Corporate Law*, vol. 14, 2002, p. 1.

⁴⁴ Freeman Edward, *Strategic Management: a Stakeholder Approach*. Ed: pitman/Ballinger. Boston. 1984.

gano de administración de la sociedad en varios países, entra los que vamos a destacar por su importancia Japón y Alemania.

Ahora bien, antes de continuar tenemos que dar un concepto del término «*stakeholder*» (o «interesado»⁴⁵, como de forma poco feliz ha sido incorporado a nuestro idioma). Es un vocablo vago y confuso, que al no haber sido objeto de regulación legal en ningún país (solamente ha sido incorporado a textos sin fuerza legal, o *soft law*, como es el caso de las Códigos de Gobierno Corporativo de Sociedades Cotizadas) ha quedado al arbitrio de las necesidades doctrinales. Señalar de forma muy breve que Phillips⁴⁶, realizó, sobre la base de los trabajos de Hart y Rawls, una aproximación al termino, haciendo una división entre un concepto «amplio» o «derivativo» y otro «estrecho» o «normativo» de *stakeholder*. El primero, tiene su base en la definición que realiza el propio Edward Freeman, según la cual serán *stakeholders* «those who can affect or are affected by the achievement of the firm's objectives». Es una definición realmente amplia en la que, según algunos estudios, se pueden catalogar hasta 100 grupos y subgrupos distintos⁴⁷. Por el contrario, la concepción «estrecha» concluye que solamente aquellos grupos, frente a los que es debida una obligación moral, serán *stakeholders*. Con respecto a estos, sí que existe un consenso muy amplio de que los diferentes grupos que integran este concepto, son los siguientes: Accionistas, trabajadores, proveedores, clientes, y la comunidad en la que la sociedad radica.

Volviendo al fondo de la cuestión, señalar que los dos fundamentos sobre los que descansa esta teoría, son los siguientes: Primero: además de los accionistas, hay otros interesados que contribuyen al éxito de la compañía. Segundo, existen diversos grupos de *stakeholders*, además de los accionistas, que se ven afectados por las decisiones que toma la compañía. En efecto, otros *stakeholders*, distintos de los accionistas, también invierten en la sociedad (los trabajadores su trabajo, los acreedores su dinero con riesgo, los proveedores tienen un derecho de propiedad sobre lo que proveen a la compañía, hasta que esta se lo paga,⁴⁸ etc.), y si no se les tiene en cuenta, acabaran por abandonar la sociedad e irse a otra en la que se les reconozcan sus méritos.

⁴⁵ En este trabajo, utilizaremos de forma indiferente los términos *stakeholder* e interesados.

⁴⁶ Phillips, R., «Stakeholder Legitimacy», en *Business Ethics Quarterly*, vol 13 de 2003, pp. 25 a 41.

⁴⁷ Fassim, Y., «The Stakeholder Model Refined», en *Journal of Business Ethics*, vol. 84 de 2009, p. 113.

⁴⁸ Freeman, R.E. y Phillips, R., «Stakeholder Theory: A Libertarian Defense», en *Business Ethics Quarterly*, vol. 12 de 2002, p. 331.

Andrew Keay, pone de nuevo el dedo en la llaga al afirmar que «*Stakeholder approach in general terms is premised on the notion that inclusión from a social, economic and political perspective is valuable; and the theory focuses on fostering the full potential of all contributors*»⁴⁹ El ideal del «Stakeholderismo» es que todos los interesados trabajen juntos para conseguir un fin común, que no es otro que obtener beneficios para todos. Otro de los padres de la *Stakeholder Theory*, Clarkson, aseguraba que «*The economic and social purpose of the Corporation is to create and distribute wealth and value to all its primary stakeholders groups, without favoring one group at the expense of others*»⁵⁰ A diferencia de la *Shareholder Primacy*, ningún grupo tiene prioridad sobre otro⁵¹.

Un elemento fundamental de la teoría, es que las sociedades tienen que estar gestionadas, en beneficio de y ser responsables ante todos los «interesados». Trata de aportar un mecanismo, a través del cual los intereses de todos los *stakeholders* puedan ser coordinados. Producto de esta coordinación y de la justicia distributiva, es la legitimación de los *stakeholders* a tener una participación en los beneficios sociales.

A diferencia de lo defendido por la SP (que se centra en la eficiencia), la STKT abraza otro tipo de valores (aunque sin rechazar la eficacia), como son la justicia, la confianza y la cooperación. Trata de combinar aspectos económicos y éticos, y al hacerlo «domestica el aspecto más duro del capitalismo»⁵². Por todo ello, son muchos los tratadistas que incluso abogan por dar entrada a los *stakeholders* en los procesos de formación de la voluntad de la sociedad⁵³.

⁴⁹ Keay, A., *The Corporate Objective*. Ed: Edward Elgar Publishing Limited. Chentelham. U.K. 2011, p. 94.

⁵⁰ Clarkson, M.: «A Stakeholder framework for Analyzing and Evaluating Corporate Social Performance», en *Academy Management Review*, vol. 20 de 1995, p. 92.

⁵¹ Omran, M.; Atrill, P. y Preston, L., «Shareholders versus Stakeholders: corporate mission statements and investors Returns», en *Business Ethics: a European Review*, vol. 11 de 2002, p. 318.

⁵² Plender, J., *A Stake in the Future: The Stakeholder Solution*. Ed: Nicolas Bradley Publishing. London. 1997, en Keay, A., «The Corporate ...», *op. cit.*, p. 71.

⁵³ Greenfield, K., *The failure of Corporate Law*. Ed: The University of Chicago Press. Chicago. 2006, pp. 181 y 182. Asimismo, ver Roth, M., «Employee participation, Corporate Governance and the firm: A Transatlantic View Focused on Occupational Pensions and Co-determination», en *European Business Organization Law Review*, vol. 11 de 2010, p. 11; en el que se realiza una nueva aproximación a la posible participación de los empleados en el Consejo de Administración. En este caso el autor lo que plantea es que los trabajadores accedan como representantes de los fondos de pensiones que toman participaciones en sociedades cotizadas.

Críticas

Son muchas las críticas recibidas por esta teoría. Una de ellas afirma carece de base legal, por lo que su implementación deviene imposible. Es una teoría, prosiguen sus críticos, cuyos fundamentos más importantes son morales. Es decir, esta construida sobre la base del deber deontológico de tratar a todas las personas por igual y sobre la visión neokantiana del respeto a los demás (de ser todos iguales); lo cual nos lleva a ver a las personas no como medios para alcanzar un fin, sino como fines en sí mismos.⁵⁴ Frente a esta posición ética, la ácida crítica del sector más radical de la escuela del análisis económico del derecho, la ha tildado de «naive, superficial and unrealistic»⁵⁵ incluso se ha dicho que no tiene ni el status de teoría, que simplemente es una línea de investigación⁵⁶.

Al carecer de fundamentos legales a la hora de justificarla, hace que los directores o management de las sociedades no encuentren argumentos para preferir la *Stakeholder Theory* a cualquier otra teoría o doctrina que trate de dar cobertura al aspecto moral de cuál ha de ser el fin de la sociedad.

Se dice además que es una construcción que no es clara. En efecto, el aspecto más complicado de esta teoría, es la obligación que tienen los administradores de sopesar, o equilibrar, los intereses contrapuestos que existen entre los diversos *stakeholders*. Aunque todos los grupos de interesados deben de ser tratados por igual, no todas sus demandas y necesidades son semejantes, o tienen la misma importancia en una situación determinada. De hecho y, al igual que comentábamos cuando realizábamos la crítica a la *Shareholder Primacy*, aquí también pueden existir divergencias de intereses, no sólo entre los distintos grupos de *stakeholders*, si no también dentro de cada grupo (así acreedores a corto o largo plazo, o con distinta clase de garantías). La dificultad final es el determinar las bases del equilibrio. El problema es que no existe una guía o criterio para asignar un peso relativo en la sociedad a cada grupo. La consecuencia de esta falta de claridad

⁵⁴ Gibson, K., «The moral basis of Stakeholder Theory», en *Journal of Business Ethics*, vol. 26 de 2000, p. 245. Ver, también, Fisch, J., «Measuring Efficiency in Corporate Law: The Rule of Shareholder Primacy», december 2005, *Fordham Law Legal Studies*, Working Paper n.º 105, p. 29, en <http://ssrn.com/abstract=878391>. Última entrada, 15 de junio de 2012.

⁵⁵ Stoney, C. y Winstanley, D., «Stakeholder Confusion or Utopia? Mapping the Conceptual Terrain», en *Journal of Management Studies*, vol. 38 de 2001, p. 600.

⁵⁶ Learmount, S., «Theorizing Corporate Governance: New Organizational Alternatives», en *Journal of Interdisciplinary Economics*, vol. 14 de 2003.

puede afectar a la dirección de la sociedad en dos sentidos distintos. Uno sería la dirección estratégica clara para el management al tener que perseguir objetivos muy diferentes; y el segundo sería el que amparándose en sus obligaciones ante los distintos grupos de interesados, la dirección se volviese «incontrolable» ya que cualquier acción u omisión que vulnerara los deberes de diligencia y lealtad, sería siempre más fácilmente eludible.

En efecto, a diferencia de la *Shareholder Primacy* (en la que los accionistas si que pueden ejercitar la acción social de responsabilidad, para exigir a los administradores que actúen en beneficio de la sociedad, o lo que es lo mismo y según interpretación totalmente extendida —en beneficio de los accionistas—), en la STKT, excepto los accionistas, ningún otro grupo está facultado para el ejercicio de acción alguna en defensa de sus intereses. Es decir, no pueden solicitar de los administradores la toma de decisiones que les beneficien como grupo (y junto a los otros grupos).

V. Estado práctico de la cuestión en EE.UU. y en el Reino Unido

Comentadas someramente las dos principales teorías, vamos a realizar una breve exposición de cual es el estado de la cuestión en la práctica, tanto en EE.UU. como en el Reino Unido. Comenzando por los americanos, señalamos, que han sido vistos siempre como el bastión del *Shareholder Value o Primacy*; aunque, tal y como veremos se han producido una serie de acontecimientos, que, de forma tímida, nos permiten atisbar una ligera inclinación hacia la teoría del «stakeholderismo». Efectivamente, durante los 30 últimos años, se ha producido, la aprobación, por 40 Estados Americanos, de lo que se ha dado en denominar como «*Constituency Statutes*», «*Stakeholder Statutes*», o «*Non-shareholder Statutes*». Es decir, son modelos de estatutos, para sociedades, aprobados por los Parlamentos de los Estados Federados, en los que tal y como veremos, se permite que la dirección y el Consejo de Administración de la Sociedad, a la hora de tomar sus decisiones, tenga en cuenta el interés, no sólo de los accionistas, si no también el de otros *stakeholders*. Avanzamos desde ahora, que, en su mayoría, simplemente «permiten», no «obligan» a nada.

Para el profesor de UCLA, S. Bainbridge, la aprobación de estos estatutos ha sido «*The most significant change in United States Corporate Law since the New Deal securities laws, or even the enabling codes of the last century (Diecinueve), and they were potentially*

*revolutionary»*⁵⁷ Ya veremos como, desgraciadamente, ha quedado, por ahora, en una mera modificación formal de escasa —por no decir nula— transcendencia práctica.

El primero de estos estatutos fue aprobado en 1983 por el Estado de Pennsylvania, y tiene su base intelectual en la disputa que enfrente, en los años 30 a los profesores Berle y Dodd⁵⁸, relativa a con respecto a quienes estaban obligados los directores de las compañías a la hora de tomar sus decisiones. Todos estos estatutos, tienen en común que permiten al Consejo de administración de las sociedades cotizadas, el considerar, un grupo de interesados más amplio (que solamente el de los accionistas), cuando tomen decisiones en beneficio de la sociedad, o más precisamente, tomar decisiones que afecten a la marcha de los negocios sociales⁵⁹. Estos estatutos, requieren⁶⁰, o permiten⁶¹ a los directores y al Consejo tomar en consideración los intereses de varios grupos de stakeholders. Entre los grupos más citados están (además de los accionistas) los empleados, los proveedores, clientes, acreedores y las comunidades donde están situadas las sociedades. Como vemos, coinciden por los grupos generalmente aceptados por la doctrina antes mencionada (ver Supra). Y, asimismo, mientras algunos Estados (Idaho, Nuevo México, Mississippi, Ohio, y Wyoming), exigen expresamente tener en cuenta los intereses de los accionistas junto a los de los stakeholders, en otros, como Indiana y Pennsylvania, prohíben el beneficiar a un grupo concreto de stakeholders. Arizona e Idaho, van más allá, y exigen a los directores, tener en cuenta, el largo plazo de la sociedad.

No obstante, tal y como antes hemos avanzado, la realidad es bastante distinta. Para un sector de la doctrina⁶² estos estatutos «By at-

⁵⁷ Bainbridge, S., «Interpreting Nonshareholders Constituency Statutes», en *Pepperdine Law Review*, vol. 19 de 1992, p. 971.

⁵⁸ Dodd, E.M., «For Whom are Corporate Managers Trustees?», en *Harvard Law Review*, vol. 45 de 1932, p. 1.145. También, y a este respecto, ver Bratton, W.W. y Watcher, M.L., «Adolf Berle and the Modern Corporation», en *The Journal of Corporate Law*. vol. 34 de 2008, p. 99.

⁵⁹ Macey, J., «Fiduciary Duties as Residual Claims: Obligations to Nonshareholders Constituencies From a Theory of the Firm Perspective», en *Cornell Law review*, vol. 84 de 1999, p. 1.266.

⁶⁰ Como los de CONNECTICUT: CONN. GEN. STAT. S.33-313 (2003); ARIZONA: ARIZ. REV. STAT. S.10-1202 (2002); IDAHO CODE s. 30-1602 (2002); en Keay, A., «The Enlightened Shareholder Value...», *op. cit.*, p. 188.

⁶¹ INDIANA, IND. CODE, s. 23-1-35-1(d); OHIO REV. CODE. ANN, s. 1701.59 (E) (Supp. 1989), en Keay, A., «The Enlightened Shareholder Value...», *op. cit.*, p. 188.

⁶² Adams, E. y Matheson, J., «A Statutory Model for Corporate Constituency Concerns», en *Emory Law Journal*, vol. 49 de 2000. Ver, también, Leung, W., «The Inadequacy of Shareholder Primacy: A Proposed Corporate Regime That Recognizes Non-Shareholder Interest», en *Columbia Journal of Law and Social problems*, vol. 30 de 1997.

tempting to reach too many varying interest, constituency statutes fall to provide a benchmark for shareholders and stakeholders to hold directors accountable of their decisions». A esto hay que añadir el hecho de que los Juzgados no han sabido cómo aplicar estos estatutos, con independencia, o superando la omnipresente *Shareholder Primacy*.⁶³ El hecho cierto es que estos estatutos, ni en el campo de la práctica legal, ni en los tribunales⁶⁴ han tenido los resultados esperados. Son, efectivamente, casi inexistentes los procedimientos judiciales en los que se ha demandado a los administradores por no haber tenido presentes los intereses de los *stakeholders*. Hay registrados solamente tres casos, en los cuales, además, los jueces no han seguido una actuación uniforme⁶⁵. Podemos afirmar, por lo tanto, que estos «*Constituency Statutes*» no han tenido un impacto directo, en la práctica societaria Norte Americana. Quizás ante la desilusión creada, algunos autores, con más voluntarismo que pragmatismo afirman que estos estatutos, al menos, reflejan un profundo reconocimiento, desde el punto de vista ideológico y moral, de la necesidad de valorar los intereses de los *stakeholders* en la toma de decisiones por parte de la dirección de la empresa.

En el Reino Unido, la aprobación de los *Constituencies Statutes*, que acabamos de comentar, tuvo su reflejo en el denominado principio del *Enlightened Shareholder Value (ESV)*. En efecto, 1998 se creó en este país, el denominado *Company Law Review Steering Group (CLRSRG)*, con el objetivo de reformar el Derecho de Sociedades Británico. En síntesis⁶⁶, y tras varios trabajos y publicaciones, el mencionado grupo propuso que, en la nueva Ley de Sociedades, el beneficio de los accionistas fuera el objetivo final de la compañía, pero eso sí, atemperado por el ESV. Según el CLRSRG, este principio debe informar la actuación del Consejo y dirección de la compañía, en el sentido de gestionarla en el beneficio colectivo de todos los accionistas, pero, teniendo en cuenta intereses de otros grupos de *stakeholders*. Finalmente todo el trabajo realizado por el grupo ha tenido su colofón en la nueva sección 172 de la *Companies Act Britanica* de 2006, la cuál dispone que:

⁶³ Bisconti, A., «The double Bottom Line: Can Constituency Statutes Protect Socially responsible Corporations Stuck in Revlon Land?», en *Loyola Los Angeles Law review*, vol. 42, de 2009, p. 765.

⁶⁴ Oswald, L., «Shareholders v Stakeholders: Evaluating Constituency Statutes under the Takings Clause», en *Journal of Corporation Law*, vol. 23 de 1997, p. 1.

⁶⁵ Ver en Keay, A., «THE Enlightened Shareholder Value...», *op. cit.*, p. 196.

⁶⁶ Para más información, y tener acceso a los trabajos publicados por este grupo, además de los debates parlamentarios, ver: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>. Última entrada, 20 de enero de 2013.

A director of a company must act in a way that he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to:

- (a) The likely consequences of any decision in the long term.
- (b) The interest of the company's employees.
- (c) The need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others.
- (d) The impact of the company's operations on the community and the environment.
- (e) The desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and
- (f) The need to act fairly between the members of the company.

VI. Breve análisis comparado de la situación en los códigos de gobierno corporativo

En este apartado, vamos a realizar un rápido repaso por los códigos de buen gobierno de un conjunto de países. Nos centraremos en las referencias que en los mismos, se realizan a cual ha de ser el fin de la sociedad, o dicho de otro modo, cual es el objetivo que debe perseguir el Consejo de Administración y el management de la compañía en sus labores de dirección y gestión de la empresa. Los países elegidos, lo han sido siguiendo el criterio de tratar de dar una visión global del actual estado de la cuestión, y combinando por lo tanto economías desarrolladas, con las de países emergentes. En Alemania, en el apartado 4.1.1 del Código de Gobierno Corporativo de 15 de mayo de 2012, se dice que el Consejo de Administración deberá gestionar la sociedad, «en interés de la sociedad, y por lo tanto, tomando en consideración el interés de los accionistas, de los empleados, y de otros *stakeholders*, con el objetivo de la creación de valor de forma sostenible⁶⁷». En este código, efectivamente, encontramos en plano de igualdad los intereses de todos los *stakeholders*. Podemos afirmar, sin ningún género de dudas, que este código está claramente influenciado por la *Stakeholder Theory*. En Francia⁶⁸ en sus «Recomendaciones de Gobierno Corporativo» de marzo de 2011, se dice que el Consejo actuará en el interés de

⁶⁷ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_germany_15may2012_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁶⁸ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_recommendations_afg_2011_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

los accionistas, aunque deberá prestar «atención» a las cuestiones sociales y medio ambientales. Nos encontramos con un claro exponente de la *Shareholder Primacy*. Australia⁶⁹ en sus «Corporate Governance Principles and Recommendations» de 3 de junio de 2010, en su principio III además de exigir al Consejo que adopte decisiones de forma ética y responsable, le insta a «considerar» las razonables expectativas de los *stakeholders*. Tendremos que incluirlo en el grupo de la *Shareholder Primacy*. En Austria⁷⁰, el Austrian Code of Corporate Governance, de enero de 2012, en su recomendación decimotercera, exige al Consejo de Administración trabajar «en el interés de los accionistas, de los empleados, y del bien común.» Aunque no se realiza una remisión expresa a los *stakeholders*, y solo se cita a uno de sus grupos —los empleados— entendemos que los sitúa al mismo nivel que a los accionistas; la incluiremos en el *Stakeholder Theory*. En la República Popular China⁷¹ (probablemente porque en las grandes sociedades el Estado sigue siendo el mayor accionista). Realmente, su código (de enero de 2004) es inalicable por la falta absoluta de democracia real y económica en el país. En Canadá⁷² en su código de enero de 2006, se hace referencia a que el Consejo actuará en beneficio de «la sociedad». Eufemismo, como antes ya hemos dicho, para encubrir el *Shareholder Primacy*. En Dinamarca⁷³ en sus Recomendaciones de Gobierno Corporativo de agosto de 2011 —y aunque socialmente es un país bastante avanzado—, en su recomendación segunda, solamente se exige al Consejo que «tenga una buena relación con los *stakeholders*» de la sociedad. Claro tanto para la *Shareholders Primacy*. En Finlandia⁷⁴ según su Código de 15 de junio de 2010, el Consejo sólo está obligado frente a la propia compañía y sus accionistas. En Italia⁷⁵ el «Codice di Autodisciplina» de diciembre de 2011, hace una referencia genérica a actuar en el interés de la propia sociedad. *Shareholder Primacy*. En Ja-

⁶⁹ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_marked_up_amendments_30jun2010.pdf Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁷⁰ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_austria_jan2012_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁷¹ Ver en <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan033862.pdf>. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁷² Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/tsx_guide_to_good_disclosure.pdf. Última entrada, 15 de enero 2013.

⁷³ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_recommendations_denmark_aug2011_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁷⁴ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/finnish_cg_code_2010_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁷⁵ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/codice_corpgov_2011_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

pón⁷⁶ en sus «Recomendaciones de Gobierno Corporativo para Sociedades Cotizadas» de diciembre de 2009, en su recomendación tercera, después de afirmar que el Consejo trabajará en interés de los accionistas, dice que, no obstante tendrá que tener «buenas relaciones con los *stakeholders*». *Shareholder Primacy*. En Noruega⁷⁷, en el Código de Prácticas de Gobierno Corporativo, de mayo de 2012 (que es de los más avanzados de Europa), se hace expresa mención a la presencia de trabajadores en el Consejo de Administración —siendo un sistema monista— y además se hace un hincapié especial en la Responsabilidad Social Corporativa, por la que el Consejo debe velar. Lo cierto es que no hay ninguna referencia, ni a accionistas ni a *stakeholders*, en lo referente al tema que nos ocupa. En este caso, no asignaremos el tanto a nadie. Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE⁷⁸ de abril de 2004, supusieron un revulsivo, y un modelo de Código que en muchos de sus Principios ha sido copiado hasta la saciedad. En lo que ha nosotros respecta, el Principio IV es rotundo en su título «El papel de los *stakeholders* en el Gobierno Corporativo» En el mismo se expone. «The corporate governance framework should recognise the rights of stakeholders established by law or through mutual agreements and encourage active co-operation between corporations and stakeholders in creating wealth, jobs, and the sustainability o financially sound enterprises.»

Desgraciadamente, precisamente este Principio, tal y como estamos viendo, casi no ha sido tenido en cuenta por Estado u Organización alguna a la hora de preparar sus Códigos nacionales.

El Código de Gobierno Corporativo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de Portugal⁷⁹ de enero de 2010, también es un claro ejemplo de orientación *shareholder-centric*. En efecto, entre sus principios sólo se hace referencia a los accionistas. En Rusia⁸⁰ ocurre exactamente lo mismo. Ni rastro de referencia alguna a los *stakeholders*. Dos tantos más en el marcador del *Shareholder Primacy*. En el documento titulado «Regulación del Gobierno Corporativo del Reino de

⁷⁶ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/principles_japan_dec2009_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁷⁷ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/code_of_practice_norway_23oct2012_en.pdf. Última entrada de 2013.

⁷⁸ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/principles_en_final.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁷⁹ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/cmvm_cg_recommendations_2010_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁸⁰ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/final_code_english.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

Arabia Saudí»⁸¹, de marzo de 2010, en su artículo 1.a) expresamente se dice que el Consejo velará por que se respeten los derechos de los accionistas y los *stakeholders*, para continuar con que el Consejo trabajará siempre en el mejor interés de la compañía. *Shareholder Primacy*. En Singapur⁸² su Código de Gobierno Corporativo de mayo de 2012, en su apartado 1.1.d) nos dice que la labor del Consejo es «identificar los grupos de *stakeholders*, y ser consciente de que la visión que estos tienen de la compañía, afecta a la reputación de la misma». Claramente *Shareholder Primacy*. En Sud África el Código King de Gobierno Corporativo para Sud África (también conocido como King III) de septiembre de 2009, determina que el Consejo debe de «considerar los legítimos intereses y expectativas de los *stakeholders*», e incluso se refiere a un «*stakeholder inclusive model*», aunque la guía principal, seguirá siendo la de los *shareholders*. En Suecia⁸³ su código de Gobierno de 2010, no hace ninguna mención directa al asunto, remitiéndose a la clausula general de que el Consejo actuará siempre en el mejor interés de la sociedad. En Suiza⁸⁴ en su Código de mejores Prácticas de Gobierno Corporativo de febrero de 2008, se hace una encendida defensa del *Shareholder Value*, lo mismo que ocurre en Bélgica⁸⁵ con su Código de 2009, y por supuesto en EE.UU.⁸⁶ en el informe de la N.Y.S.E. sobre Gobierno Corporativo de septiembre de 2010. En el Reino Unido⁸⁷, en el Código de 2012 (y a pesar de lo expuesto en este trabajo sobre el contenido de la s. 172 de la Companies Act de 2006); no se hace mención alguna a los *stakeholders*. En Holanda⁸⁸, en su Código de 10 de diciembre de 2008, y en el punto 8 del Preámbulo, se menciona el hecho de que el Consejo «deberá tener en cuenta el interés de los *stakeholders*». Como vemos una redacción pensada para cumplir el expe-

⁸¹ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_regulations_saudi_arabia_16mar2012_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁸² Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_singapore_2may2012_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁸³ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_sweden_feb2010_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁸⁴ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/swiss_code_feb2008_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁸⁵ Ver en http://www.ecgi.org/codes/code.php?code_id=256. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁸⁶ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/hyse_cgreport_23sep2010_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁸⁷ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_uk_sep2012_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁸⁸ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_netherlands_dec2008_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

diente, pero sin asignar obligaciones concretas. En Méjico⁸⁹, en su Código de Mejores Prácticas Corporativas de 2010, se recomienda que el consejo gestione la sociedad en beneficio de sus accionistas, pero teniendo en cuenta las «opiniones» de los *stakeholders*. En lo que respecta a España⁹⁰ el Código Unificado de Buen Gobierno, tampoco deja dudas en cuanto a su posición. El consejo deberá perseguir el interés social como interés común de los accionistas. Finalmente, y para cerrar este apartado con mejor sabor de boca, decir que en Brasil⁹¹, en su Código de Buenas Prácticas de septiembre de 2009 —en el apartado 2.2 dedicado a la misión del Consejo de Administración—, se determina que este deberá «ponderar los intereses de las *stakeholders* (accionistas y otros *stakeholders*), para que cada uno reciba el beneficio apropiado y proporcional a su participación en la sociedad...» Pone en un plano de igualdad a todos los *stakeholders*. Claramente *Stakeholder theory*.

Del rápido repaso realizado, en países que además tienen un Código de Gobierno Corporativo bastante actualizado, podemos ver que el paisaje es realmente desolador. Es cierto que son códigos de voluntario cumplimiento, sometidos, únicamente al principio de «*comply or explain*», pero por eso mismo hubiera sido mucho más fácil el introducir un sesgo más próximo a la *stakeholder theory*. Ha sido imposible. De los 25 códigos analizados, excepto 4, todos los demás son decididamente pro accionistas en exclusiva.

VII. Conclusión

Tanto la doctrina Norte Americana como la Británica admiten de forma mayoritaria la necesidad de proceder a una revisión en profundidad de cual a de ser el fin u objetivo de la sociedad. Además, tanto a través de los *Constitiencies Statutes* como del *Enlightened Shareholder Value*, existen los cimientos normativos para proceder a la aplicación de una visión mucho más cercana a los postulados de la *Stakeholders Theory*. El momento económico-político —tras la cleptocrisis financiera de los últimos años, así como de los escándalos retributivos destapados— es, asimismo, propicio. Pero sin embargo y paradójicamente, la

⁸⁹ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/codigo_de_mejores_practicas_corporativas_2010_es.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁹⁰ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/unified_code_may2006_es.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

⁹¹ Ver en http://www.ecgi.org/codes/documents/ibcg_sep2009_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

realidad nos dice que la implementación del citado modelo ha sido imposible de realizarse con éxito. ¿Qué ha fallado? Sólo existe una respuesta. La *Stakeholder Theory*, en su formulación actual, es deficiente.

Efectivamente así lo creemos. Tanto su falta de claridad, en lo que se refiere a la existencia de intereses distintos, para cada grupo de «interesados»; como la inexistencia de mecanismos procesales para exigir judicialmente —por parte de los distintos *stakeholders*— la aplicación de esta teoría, la hacen inaplicable. Por mucho que estemos más cerca —desde un punto de vista moral— de esta teoría, lo cierto es que es de justicia reconocer que la *Shareholder Primacy*, ofrece a los agentes sociales, un objetivo claro y exigible. En tanto en cuanto la doctrina no sea capaz de idear un sistema de evaluación y asignación de cuotas entre los distintos tipos de «interesados» de cada sociedad (lo cual vemos como una misión imposible), entendemos que será imposible la aplicación de esta teoría a una sociedad capitalista. Ante esta imposibilidad, y si queremos realmente una forma social justa, que mantenga el principio liberal constitutivo y de funcionamiento empresarial, solamente nos quedará acudir a la Sociedad Cooperativa.

VIII. Bibliografía

Libros

- AA.VV.: «Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia». Consejo Pontificio «Justicia y Paz». Ed: Biblioteca de Autores Cristianos. 2012.
- BOTTOMLEY, S.: *The Constitutional Corporation*. Burlington Vermont, Ed: Ashgate Publishing Limited. USA. 2008.
- BRANSON, D.: «The Death of Contractarianism and the Vindication of Structure and Authority in Corporate Governance and Corporate Law», en MITCHELL, L.: *Progressive Corporate Law*. Boulder, Ed: Westview Press, 1995.
- CHARNY, D.: «Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules; An American Perspective on the “Race to the Bottom”, in European Communities», en *Harvard International Law Journal*, vol. 32 de 1991, p. 423. ROMANO, R.: «The genius of American Corporate Law». Ed. AEI Press. Washington, U.S.A. 1993.
- CLARK, R.: *Corporate Law*. Chicago. Ed: Aspen Publishers. 1986.
- COASE, R.: *The nature of the firm*. Chicago. Ed: The University of Chicago Press. 1937.
- GREENFIELD, K.: *The failure of Corporate Law*. Chicago. Ed: The University of Chicago Press. 2006.
- HOPT, K.J.: *Estudios de Derecho de Sociedades y del Mercado de Valores*. Madrid. Ed. Marcial Pons. 2010.

- KEAY, A.: *The Corporate Objective*. Chentelham. Ed: Edward Elgar Publishing Limited. U.K. 2011.
- KEAY, A.: *The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Governance*. New York. Ed: Routledge. 2.013.
- KRAACKMAN, R. et al.: *The Anatomy of Corporate Law. A comparative and functional approach*, 2.ª edición. Oxford. Oxford University Press. 2009.
- MACEY, J.: «Fiduciary duties as Residual Claims: Obligations to Nonshareholder Constituencies from a theory from the firm Perspective», en *Cornell Law Review*, vol. 84 de 1999. KEAY, A.: *The Enlited Shareholder Value Principle and Corporate Governance*. New York Ed: Routledge. 2013.
- PLENDER, J.: «A Stake in the Future: The Stakeholder Solution». Ed: Nicolas Bradley Publishing. London. 1997, en KEAY, A.: *The Corporate Objective*. Chentelham. Ed: Edward Elgar Publishing Limited.U.K. 2011.
- ROMANO, R.: *The genius of American Corporate Law*. Washington, U.S.A. Ed. AEI Press. 1993.
- STOUT, L.: *The Shareholder Value Myth*. San Francisco. Ed:Berrett-Koehler Publishers Inc. 2012.
- TELES, S.: *The rise of the conservative legal movement: The battle for control of the law*. Princetown. Princetown University Press. 2008.

Revistas

- ADAMS, E. y MATHESON, J.: «A Statutory Model for Corporate Constituency Concerns», en *Emory Law Journal*, vol. 49 de 2000.
- ARMOUR, J. y WHINCOP, M.: «The property foundations of Corporate Law», en *Oxford Journal of legal Society*, vol. 27 de 2007.
- BAINBRIDGE, S.: «Interpreting Nonshareholders Constituency Statutes», en *Pep- perdine Law Review*, vol. 19 de 1992.
- BISCONTI, A.: «The double Bottom Line: Can Constituency Statutes Protect Socially responsables Corporations Stuck in Revlon Land?», en *Loyola Los Ángeles Law review*, vol. 42, de 2009.
- BLACK, B. y KRAACKMAN, R.: «A self-enforcing Model of Corporate Law», en *Harvard Law Review*, vol. 109 de 1996.
- BLAIR, M. y STOUT, L.: «A Tean Production Theory of Corporate Law», en *Virginia Law Review*, vol. 85 de 1999.
- BRATTON, W.W. y WATCHER, M.L.: «Adolf Berle and the Modern Corporation», en *The Journal of Corporate Law*, vol. 34 de 2008.
- BUTLER, H.N. y MCCHESENEY, F.S.: «Why they give at the office: shareholder Welfare and Corporate Philantrophy in the contractual Theory of the Corpora- tion», en *Cornell Law review*, vol. 84 de 1999.
- CLARKSON, M.: «A Stakeholder framework for Analizing and Evaluating Corporate Social Performance», en *Academy Management Review*, vol. 20 de 1995.
- COUWENBERG, O.: «Corporated Arquitecture and Limited Liability», en *Review of Law and Economics*, vol. 4. 2008.

- DODD, E.M.: «For Whom are Corporate Managers Trustees?», en *Harvard Law Review*, vol. 45 de 1932.
- EASTERBROOK, F. y FISHEL, D.: «The Corporate Contract», en *Columbia Law Review*, vol. 89 de 1989.
- ELHAUGE, E.: «Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest», en *New York University Law Review*, vol. 80 de 2005, p. 733; LEE, I.B.: «Efficiency and Ethics in the debate about Shareholder Primacy», en *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 31 de 2006.
- FASSIM, Y.: «The Stakeholder Model Refined», en *Journal of Business Ethics*, vol. 84 de 2009, p. 113.
- FREEMAN EDWARD: *Strategic Management: a Stakeholder Approach*. Ed: pitman/Ballinger. Boston. 1.984.
- FREEMAN, R.E. y PHILLIPS, R.: «Stakeholder Theory: A Libertarian Defense», en *Business Ethics Quarterly*, vol. 12 de 2002.
- GIBSON, K.: «The moral basis of Stakeholder Theory», en *Journal of Business Ethics*, vol. 26 de 2000.
- GREENFIELD, K.: «Saving the world with Corporate Law», en *Emory Law Journal*, vol. 57 (2008).
- GROSSMAN, S. and HART, O.: «The Cost and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration», en *Journal of Political Economy*, vol. 94 de 1986.
- HU, H.: «Risk, Time and Fiduciary Principles in Corporate Investment», en *University of California at Los Angeles Law Review*, vol. 38. 1990.
- JENSEN, M. y MECKLING, W.: «Theory of the firm: Managerial behavior, Agency Costs and Ownership Structure», en *Journal of Financial Economics*, vol. 3, N4. October, 1976.
- JENSEN, M.: «Value Maximisation, Stakeholder Theory, and the Corporate Objectivity Function», en *European Financial Management*, vol. 7, de 2001.
- KEAY, A.: «Shareholder Primacy in Corporate Law: Can it Survive?», en *European Company and Financial Law Review*, vol. 7, 2010.
- LEARMOUNT, S.: «Theorizing Corporate Governance: New Organizational Alternatives», en *Journal of Interdisciplinary Economics*, vol. 14 de 2003.
- LEE, I.: «Efficiency and Ethics in the Debate About Shareholder Primacy», en *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 31 de 2006.
- LEUNG, W.: «The Inadequacy of Shareholder Primacy: A Proposed Corporate Regime That Recognizes Non-Shareholder Interest», en *Columbia Journal of Law and Social problems*, vol. 30 de 1997.
- MACEY, J.: «Fiduciary Duties as Residual Claims: Obligations to nonshareholders Constituencies From a Theory of the Firm Perspective», en *Cornell Law review*, vol. 84 de 1999.
- MILLON, D.: «New Directions in Corporate Law: Communitarians, Contractarians and Crisis in Corporate Law», en *Washington and Lee Law Review*, vol. 50 de 1993.
- MILLON, D.: «Why is Corporate Management obsessed With Quarterly Earnings and What Should be Done about it?», en *George Washington Law Review*, vol. 70 de 2002.

- OMRAN, M.; ATRILL, P. y PRESTON, L.: «Shareholders versus Stakeholders: corporate mission statements and investors Returns», en *Business Ethics: a European Review*, vol. 11 de 2002.
- OSWALD, L.: «Shareholders v Stakeholders: Evaluating Constituency Statutes under the Takings Clause», en *Journal of Corporation Law*, vol. 23 de 1997.
- PHILLIPS, R.: «Stakeholder Legitimacy», en *Business Ethics Quarterly*, vol 13 de 2003.
- ROTH, M.: «Employee participation, Corporate Governance and the firm: A Transatlantic View Focused on Occupational Pensions and Co-determination», en *European Business Organization Law Review*, vol. 11 de 2010.
- STONE, C. y WINSTANLEY, D.: «Stakeholder Confusion or Utopia? Mapping the Conceptual Terrain», en *Journal of Management Studies*, vol. 38 de 2001.
- WILIAMSON, O.: «The Vertical Integration of market production: Market Failure Considerations», en *American Economic Review*, vol. 61 de 1971.
- WOOD, D.: «Whom should Business serve?», en *Australian Journal of Corporate Law*, vol. 14, 2002.

Instituciones y organismos

Institute for Policy Studies. Estudio realizado por ANDERSON, S. y CAVANAGH, J. Disponible en http://www.ips-dc.org/downloads/Top_200.pdf. Última entrada, 20 de enero de 2013.

Publicaciones en internet

Relacionamos link de acceso a los Códigos de Buen Gobierno de Sociedades Cotizadas, disponibles en la página web del European Corporate Governance Institute.

Alemania, http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_germany_15may2012_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

Arabia Saudí, http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_regulations_saudi_arabia_16mar2012_en.pdf.

Australia, http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_marked_up_amendments_30jun2010.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

Austria, http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_austria_jan2012_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

Bélgica, http://www.ecgi.org/codes/code.php?code_id=256. Última entrada, 15 de enero de 2013.

Brasil, http://www.ecgi.org/codes/documents/ibcg_sep2009_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.

Canadá, http://www.ecgi.org/codes/documents/tsx_guide_to_good_disclosure.pdf. Última entrada, 15 de enero 2013.

- China, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan033862.pdf>. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- Dinamarca, http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_recommendations_denmark_aug2011_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- EE.UU., http://www.ecgi.org/codes/documents/nyse_cgreport_23sep2010_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- España, http://www.ecgi.org/codes/documents/unified_code_may2006_es.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- Finlandia, http://www.ecgi.org/codes/documents/finnish_cg_code_2010_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- Francia, http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_recommendations_afg_2011_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- Holanda, http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_netherlands_dec2008_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- Italia, http://www.ecgi.org/codes/documents/codice_corpgov_2011_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- Japón, http://www.ecgi.org/codes/documents/principles_japan_dec2009_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- Méjico, http://www.ecgi.org/codes/documents/codigo_de_mejores_practicas_corporativas_2010_es.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- Noruega, http://www.ecgi.org/codes/documents/code_of_practice_norway_23oct2012_en.pdf. Última entrada, de 2013.
- OCDE, http://www.ecgi.org/codes/documents/principles_en_final.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- Portugal, http://www.ecgi.org/codes/documents/cmvm_cg_recommendations_2010_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- Reino Unido, http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_uk_sep2012_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- Rusia, http://www.ecgi.org/codes/documents/final_code_english.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- Singapur, http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_singapore_2may2012_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- Suecia, http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_sweden_feb2010_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- Suiza, http://www.ecgi.org/codes/documents/swiss_code_feb2008_en.pdf. Última entrada, 15 de enero de 2013.
- FISCH, J.: «Measuring Efficiency in Corporate Law: The Rule of Shareholder Primacy». December 2005, *Fordham Law Legal Studies, Working Paper* n.º 105, p. 29, en <http://ssrn.com/abstract=878391>. Última entrada, 15 de junio de 2012.
- LODERER, J. *et al.*: «Shareholder Value: Principles, Declarations and Actions». April 22, 2009. *European Corporate Institute Working Paper* No 95/2006. Ver en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=690044. Última entrada, 17 de enero de 2013.

La relación género y cooperativa en Cuba. Perspectivas dentro del marco jurídico experimental de la cooperativa

Orisel Hernández Aguilar*
Universidad de Pinar del Río (Cuba)

Recibido: 20-10-2012
Aceptado: 24-11-2012

Sumario: I. Una introducción necesaria. II. Potencialidades de las cooperativas para desarrollar un adecuado enfoque de género. III. Situación actual de la relación género y cooperativa en Cuba. IV. Marco jurídico experimental de la cooperativa en Cuba. Posible incidencia en la relación género y cooperativa. V. A modo de conclusión. V. Bibliografía.

Resumen: El objetivo de este trabajo es aportar algunas valoraciones en torno a la actual situación de la relación género y cooperativa dentro de los marcos normativos en los que se desarrolla la cooperativa en Cuba, así como sus potencialidades ante una regulación legal que instrumente una ampliación de dichas prácticas, como la que actualmente se ha promulgado con carácter experimental, como parte de la reestructuración del modelo económico previsto en los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución aprobados por el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba.

Palabras clave: cooperativa, género, lineamientos y marco jurídico.

Abstract: The aim of this study is to provide some comments about the current situation of the relationship the gender and the cooperative within the frameworks within which the cooperative develops in Cuba, as the one that at the moment has been promulgated with experimental character, like part of the restructuring of the economic model provided in the Guidelines of the Economic and Social Policy of the Party and the Revolution adopted by the sixth Congress of the Communist Party of Cuba.

Key words: cooperative, gender, guidelines and legal framework.

* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Profesora de Teoría General del Derecho y Derecho Romano, Departamento de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Universidad de Pinar del Río, Cuba. **E-mail:** oriselha@fcsch.upr.edu.cu

I. Una introducción necesaria

El planteamiento de género en el sector productivo y laboral ha tenido grandes progresos pero aun no alcanza los niveles que permitan afirmar la perfecta consecución de una igualdad que parta del respecto a las diferencias naturales que existen entre mujeres y hombres y sus consecuentes roles.

El ámbito de lo productivo ha estado, y aún está, regido por reglas dictadas en función de la eficiencia y la ganancia, lo que supone un tratamiento incompleto de los principios de respeto y promoción de la mujer, ya que más bien promueven su asimilación a modos de actuar e ideales de éxito masculinos.

La regulación legal de las cuestiones de género no ha podido transformar las disposiciones respecto a la igualdad en un cambio real de las conductas dentro del ámbito laboral en un mundo dominado por el «eficientismo productivo», a pesar de que casi todas las normativas actuales han reconocido, en términos generales, la aspiración de alcanzar un tratamiento equitativo de género.

A pesar de estas limitaciones al Derecho le corresponde desempeñar un rol coadyuvante en la transformación de esta situación, rebasando las simples concepciones normativistas y poniéndose al servicio de la promoción, desde el plano legal, de alternativas que posibiliten un cambio en la conciencia social de la que forma parte¹ en pos de desarrollar «su posible función transformadora».²

Ante esta situación se presenta una forma de organización, producción y apropiación que promueve, o puede promover, desde su diseño, importantes valores agregados a la eficiencia productiva y la socialización de la producción, entre lo que puede estar un mejor tratamiento de género: las cooperativas.

En Cuba la realidad género-cooperativa presenta características propias y crecientes posibilidades a la luz de la ampliación de los sectores en que se pueden implementar las cooperativas dentro de la econo-

¹ «...el Derecho forma parte de la conciencia social y dentro de ella ocupa un lugar singular: las ideas sobre el Derecho, la expresión del fenómeno jurídico en la conciencia social se identifica como la **conciencia jurídica**, que no es más que la apreciación de la sociedad sobre los principales valores jurídicos, es decir, sobre la justicia, lo justo, lo legal, lo ilegal, etc.» Fernández Bulté, J., *Teoría del Estado y el Derecho. Segunda Parte Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 22.

² Masino, M.A., «Los aportes de Antonio Gramsci para una epistemología materialista del Derecho», publicado en *Introducción a la epistemología del Derecho*. Dirección de Publicaciones, Universidad Nacional del Rosario, 1988, p. 124.

mía nacional. Por ello resulta oportuno valorar las posibles implicaciones que estas transformaciones pueden traer a esta relación.

II. Potencialidades de las cooperativas para desarrollar un adecuado enfoque de género

Para una comprensión más cabal del término género debe aclararse su connotación y su diferencia respecto a la categoría sexo. Se entiende por sexo al conjunto de características físicas, biológicas y corporales que definen, dentro del género humano, a hombres y mujeres. En tanto que género designa al conjunto de características psicológicas, sociales y culturales socialmente asignadas a las personas. Estas características son históricas, se van formando con el tiempo y por tanto son modificables lo que implica que «la perspectiva de género no suprime la diferencia entre hombres y mujeres».³

La complejidad las cuestiones asociadas a la perspectiva de género explican la diversidad de aproximaciones y criterios de tratamiento que han existido al respecto. En pos de alcanzar un enfoque integrado se ha recurrido el *mainstreaming*, que constituye la más reciente y completa opción para el tratamiento de género, una vez que se ha arribado al convencimiento de que solo es posible superar estos vicios históricos con un trabajo sistémico. Por *mainstreaming* se entiende «el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros».⁴

La cooperativa, por su propia naturaleza, se presenta como una alternativa, altamente prometedora, al enfoque de género tradicional

³ Tshibilondi Ngoyi, A., *La filosofía y los problemas de género en África*. Temas n.ºs. 37-38/abril-septiembre de 2004, p. 19.

⁴ *Glosario de términos relacionados con la transversalidad de género*. Proyecto Equal «En clave de culturas», Secretaría Técnica del Proyecto Equal «En Clave de Culturas», 2007.

pues tiene una proyección y alcances que claramente rebasan el ámbito de las relaciones laborales.

En su configuración, las cooperativas, se atienen a una serie de principios esenciales para garantizar que esta mantenga su esencia. Entre dichos principios figuran el de asociación abierta y voluntaria⁵, el de democracia⁶ y el de educación, capacitación e información⁷ que permiten completar un círculo de tratamiento integral de las cuestiones de género, si estas se enfocan adecuadamente, desde la inclusión de las socias, su participación y superación dentro del marco cooperativo, pues es impensable una entidad de asociados democráticamente organizados en la que no se considere medular la integración de todos sus miembros, con todas sus características, incluidas las de género, como elemento esencial para su credibilidad, legitimidad, eficiencia y eficacia.

Dentro de la lógica de funcionamiento que describen estos principios para la entidad cooperativa se pueden concebir formas alternativas a las imperantes de dar tratamiento a la cuestión de género, para lo cual es necesario que se haga de estos una adecuada regulación legal que permita su adecuada comprensión y realización.

Algunos criterios que se pueden tener en cuenta para el tratamiento de género dentro de las cooperativas se relacionan a continuación, sin que por ellos puedan considerarse como un catálogo cerrado. Las cooperativas pueden implementarlo, desde su naturaleza flexible, democrática y social, creando un beneficio, no solo empresarial con su desenvolvimiento, al hacer más activos y capaces a sus miembros, sino reportando, además, una importante contribución a la sociedad, al

⁵ «Las cooperativas son organizaciones voluntarias, abiertas para todas aquellas personas dispuestas a utilizar sus servicios y a aceptar las responsabilidades que conlleva la asociación, sin discriminación de género, raza, clase social, posición política o religiosa». ACI, «Declaración Sobre la Identidad Cooperativa», Manchester, septiembre de 1995, reproducida y comentada por *El Hogar Obrero: Cooperativa de Consumo, Edificación y Crédito Ltda.*, en <http://www.elhogarobrero1905.org.ar>, consultada en diciembre de 2009.

⁶ «Las cooperativas son organizaciones democráticas controladas por sus asociados, quienes participan activamente en la definición de las políticas y en la toma de decisiones. Los hombres y mujeres elegidos para representar a su cooperativa responden ante los demás asociados. En las cooperativas de base las personas tienen igual derecho de voto (un asociado, un voto), mientras las organizaciones cooperativas de otros niveles también están organizadas con base en procedimientos democráticos». ACI, *ob. cit.*

⁷ «Las cooperativas brindan educación y capacitación a sus asociados, a sus dirigentes electos, gerentes y empleados, de tal forma que contribuyan eficazmente al desarrollo de sus cooperativas. Las cooperativas informan al público en general, particularmente a jóvenes y creadores de opinión, acerca de la naturaleza y beneficios del Cooperativismo.» ACI, *ob. cit.*

propiciar con su incidencia en el enfoque de género un tratamiento integral.

- En la cooperativa, como los estatutos no se imponen desde fuera sino que son de creación colectiva, se pueden adecuar a las necesidades y exigencias, particulares y cambiantes, del colectivo que la integra, incluidas las mujeres.
- La realización del principio de igualdad permite a las mujeres asumir responsabilidades y ejercitarse en la participación por medio de la emisión de criterios y proposición de ideas, valorizando sus aportes, con lo que se les prepara para devenir en ciudadanas activas, se les dignifica y da reconocimiento.
- Tiene la posibilidad de desarrollar actividades de promoción, educación e inclusión pues la naturaleza del objeto social de estas, dada su amplitud, les permite realizar diferentes acciones en pos de la superación de las mujeres miembros, así como llevar a cabo campañas de divulgación para la comunidad.
- Puede instituir horarios flexibles para la realización del trabajo, que sin afectar la eficiencia de la productividad, permitan el desarrollo de todas las actividades necesarias para el pleno desenvolvimiento de sus miembros mujeres⁸.
- Debe prever para la celebración de sus reuniones de un grupo de condiciones que permitan hacer efectiva y eficiente la participación de las mujeres, entre estas deben considerarse la cercanía y accesibilidad del lugar y horarios que respeten sus otras responsabilidades.

⁸ «La conciliación —entendida como algo igualitario tanto para mujeres como para hombres— es otro de los aspectos claves en los que las cooperativas dan el ejemplo...»:

«(...) es importante la flexibilidad a la hora de poner reuniones», concluye GÓMEZ. «Nosotros teníamos muy claro cuando formamos la empresa que debíamos dejar tiempo para todo. Ahora, por ejemplo, gestiono la agenda de mis reuniones para que coincida cuando voy a Sevilla. No es algo que me impongan a cualquier hora y cualquier día, como sucedería con un jefe. Son valores añadidos que no nos los da una empresa capitalista».

«Resulta de interés reseñar que mientras en 2004 las mujeres directivas, en su mayor número, no tenían hijos, actualmente estas mujeres tienen dos hijos», concluía COCETA en la presentación del último estudio sobre la mujer, en 2009. «Cabría, tal vez, pensar que ello es debido a un progreso en la conciliación de la vida familiar y laboral, que posibilita que las mujeres puedan acceder a categorías laborales más cualificadas, asumiendo la maternidad de una forma responsable».

Vilnitzky, M. *et al.*: *Mujer y cooperativismo*, consultado en <http://www.empresaytrabajo.coop/024/dos02401.asp> en fecha 27 de abril de 2012.

De lo expuesto se colige que:

- Las cooperativas tienen una especial aptitud para enfocar en su desarrollo un tratamiento de las cuestiones de género desde una perspectiva más favorable que otras formas empresariales, pues desde la configuración misma de sus principios están favorablemente condicionadas, solo es cuestión de aprovecharla de forma coherente y consecuente, partiendo para ello de una regulación legal afín con sus principios.

Estas potencialidades no son indiferentes a la realidad cubana, que ha armonizado la inclusión de la figura cooperativa con una importante labor en el tratamiento de las cuestiones de género en los últimos 50 años.

III. Situación actual de la relación género y cooperativa en Cuba

La inclusión de la cooperativa en Cuba, con posterioridad al triunfo de la Revolución, es un resultado del carácter socialista adoptado por el Estado cubano y cuyo fin va dirigido a superar «...la división de los hombres en poseedores de los medios de producción y desposeídos de ellos»⁹. A tal propósito debe contribuir esta forma de propiedad a la par que fomenta «las relaciones personales [que] se basen en la colaboración y ayuda mutua»¹⁰.

La cooperativa en Cuba es reconocida por el artículo 20¹¹ del magno texto cubano como un tipo de propiedad que «...constituye una forma avanzada y eficiente de producción socialista», a pesar de lo

⁹ Álvarez Tabío, F., *Comentarios a la Constitución socialista cubana*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1989, p. 84.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ «Los agricultores pequeños tienen derecho a asociarse entre sí, en la forma y con los requisitos que establece la ley, tanto a los fines de la producción agropecuaria como a los de obtención de créditos y servicios estatales.

Se autoriza la organización de cooperativas de producción agropecuaria en los casos y en la forma que la ley establece. Esta propiedad cooperativa es reconocida por el Estado y constituye una forma avanzada y eficiente de producción socialista.

Las cooperativas de producción agropecuaria administran, poseen usan y disponen de los bienes de su propiedad, de acuerdo con lo establecido en la ley y en sus reglamentos.

Las tierras de las cooperativas no pueden ser embargadas ni gravadas y su propiedad puede ser transferida a otras cooperativas o al Estado, por las causas y según el procedimiento establecido en la ley.

El Estado brinda todo el apoyo posible a esta forma de producción agropecuaria.»

cual se ha limitado en su implementación solo al espacio rural¹². Es por ello que para comprender la relación particular cooperativa-género en este terreno, especialmente delimitado, se hace necesario examinar la situación de las féminas en el campo, sector que dentro de la sociedad, en su conjunto, presenta características y rasgos propios especialmente en cuanto a roles asignados.

La vida en las zonas rurales de la Isla ha experimentado grandes mejorías, muchas de las cuales tienen una incidencia directa en las labores tradicionalmente femeninas: «Se han creado servicios básicos de apoyo al hogar, así como se ha continuado la distribución de efectos electrodomésticos, que facilitan las labores hogareñas y con ello también incentivan compartir las tareas del hogar en mejores condiciones. Se han concluido alrededor de 300 obras sociales, 45 policlínicos reparados y ampliados, amplio presupuesto se ha derivado para obras de alto impacto social. Más de 3 mil acueductos que garantizan el agua potable clorada han sido».¹³

Las mujeres eran el 47% de la población rural en 2010¹⁴. En cifras su presencia en el sector cooperativo campesino puede resumirse al porcentaje que representan del total de los socios de las diversas formas cooperativas existentes, siendo así que «en las CPA era el 17,4% en 1999; en las CCS el 8,2% en igual año; el 18,5% en las UBPC agropecuarias y el 16,5% en las cañeras»¹⁵ de forma que «actualmente son socias 39623 mujeres, con iguales oportunidades, derechos y posibilidades que los socios hombres»¹⁶. Estas cifras no son desdeñables, pero

Constitución de la República de Cuba, consultada en http://www.parlamento.cubano.cu/index.php?option=com_content&view=article&id=1418&Itemid=83 en fecha 25 de mayo de 2012.

¹² Sobre el debate al respecto al carácter agrario exclusivo de la cooperativa en Cuba «...las interpretaciones doctrinales al texto constitucional cubano de 1976 habían estado divididas (...) Para algunos «la Constitución reconoce a la cooperativa como una propiedad agraria, sin hacerla extensiva a ningún otro tipo de explotación económica», viéndose así —en la definición constitucional de la cooperativa— un límite para la expansión legal de la figura a otros sectores de la economía; para otros, en cambio, «la enumeración constitucional de las formas de propiedad no es taxativa, por lo cual es factible que la ley establezca la autorización para otras modalidades o posibilidades de la propiedad cooperativa.» Rodríguez Musa, O., *ob. cit.*, p. 66.

¹³ *Informe de Cuba a la Mesa Directiva sobre la mujer de América Latina y el Caribe de la CEPAL*. Informe de Cuba, Santiago, Chile, 2010, publicado en www.eclac.cl/mujer/noticias/noticias/1/41081/Cuba.pdf y consultado en fecha 20 de mayo de 2012.

¹⁴ *Anuario Estadístico de Cuba 2010*, publicado en http://www.one.cu/aec2010/esp/03_tabla_cuadro.htm y consultado el 30 de mayo de 2012.

¹⁵ Pérez Rolo, Marta y Díaz, Elena, *ob. cit.*, p. 67.

¹⁶ *Informe de Cuba...*, *ob. cit.*

si se comparan con los porcentajes de féminas insertadas en otros sectores de la vida del país contrastan inmediatamente.

En pos de coadyuvar a la incorporación de la mujer a las labores del sector agropecuario la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños (ANAP) «creó la Cátedra de Género en la Escuela Nacional de Capacitación, a través de la que se transversaliza la enseñanza de dicho enfoque para todos los planes y programas, en los diferentes cursos que allí se imparten para los cuadros y dirigentes de base de esa Asociación»¹⁷.¹⁸

En el plano legal ordinario las normas ordenadoras de las cooperativas cubanas —Ley n.º 36 Cooperativas Agropecuarias de 22 de julio de 1982 que fuera derogada por la Ley n.º 95 Cooperativas de Producción Agropecuaria y de Créditos y Servicios de 2 de noviembre de 2002 y el Decreto Ley 142 Sobre las Unidades Básicas de Producción Cooperativa de 20 de septiembre de 1993— no han ofrecido una regulación única de los principios cooperativos, aunque han articulado una lógica de funcionamiento en torno a principios como el de democracia cooperativista, solidaridad humana y unión de los intereses personales con los colectivos en la cooperativa¹⁹ que ciertamente podría perfeccionarse tomando como referencia aspecto tratados en la Declaración sobre la Identidad Cooperativa de 1995.

En las citadas legislaciones se ha reconocido que pueden formar parte de ellas, sin distinción de sexo, «el cónyuge, hijos y demás familiares del cooperativista»²⁰ de los afiliados y que estas se proyectaran en su trabajo hacia el «mejoramiento de las condiciones de vida de los cooperativistas y sus familiares... [promoviendo] la participación consciente de sus miembros en las tareas económicas y sociales de la nación, la lo-

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Otras organizaciones cuya labor se materializa en el sector agrario también han instrumentado estrategias de género. V. gr.: «La Asociación Cubana de Producción Animal (ACPA), presidida por una mujer, cuenta asimismo con una Estrategia de Género, la cual se aplica en todas las estructuras. Tiene instituido el Premio de la Mujer Rural, el que significa un estímulo para destacar a aquellas que se desempeñan en el campo científico, técnico y práctico de producción agroalimentaria. La ACTAF, Asociación Cubana de Técnicos Agrícolas Forestales tiene también su Estrategia de Género, privilegiando el acceso de las mujeres a dicha actividad.» *Informe de Cuba...*, *ob. cit.*

¹⁹ Cfr. Rojas Jiménez, A.: «La cooperativa como institución agraria en Cuba: principios normativos que la sostienen», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 44/2010, Bilbao, pp. 67-82.

²⁰ Artículo 15. Ley n.º 36 Cooperativas Agropecuarias, publicada en http://www.parlamentocubano.cu/index.php?option=com_content&view=article&id=252:ley-no-36-cooperativas-agropecuarias&catid=46:leyes&Itemid=79 en fecha 28 de mayo de 2012.

calidad y la comunidad.»²¹ A la par que «...trabajan en la educación de sus miembros para el cumplimiento de los principios que las rigen, así como en su capacitación técnica y la formación de sus cuadros».²²

Aun cuando toda la labor antes señalada y los resultados alcanzados son significativos, una investigación desarrollada en el este del país sobre la incorporación femenina al trabajo en áreas agrícolas, señaló como causas desestimulantes «la sobrecarga doméstica, la persistencia de conductas y actitudes discriminatorias hacia la mujer en el empleo, la poca capacitación para el empleo y la existencia de inadecuadas condiciones para el trabajo»²³.

En el *Estudio sobre los valores de género en dos cooperativas cubanas* cuyos resultados publicaran Marta PÉREZ ROLO y Elena DÍAZ²⁴ se hace evidente un contraste entre los logros alcanzados por las mujeres y la permanencia de concepciones cultural e históricamente construidas, que limitan su plena realización.

Pues si de un lado se observan logros en cuanto a que:

- «Se aprecia que hay una satisfacción creciente entre las mujeres por su participación social.»²⁵
- «Se muestra un sentimiento de independencia»²⁶, y
- «Se observa una tendencia, más acentuada en las trabajadoras de la UBPC, a que las mujeres se autovaloren como capaces de desempeñar labores de dirección y técnicas.»²⁷

De otro se mantienen concepciones que hacen que:

- «En tiempos de zafra, ambos miembros de la pareja aumentan sus jornadas laborales, aunque permanece la sobrecarga femenina doméstica y familiar.»²⁸
- «La mayoría de las aspiraciones de las mujeres se dirigen a la esfera familiar y doméstica.»²⁹

²¹ Artículo 6. Ley n.º 95 Cooperativas de Producción Agropecuaria y de Créditos y Servicios, publicada en http://www.parlamentocubano.cu/index.php?option=com_content&view=article&id=307:ley-no95-cooperativas-de-produccion-agropecuaria-y-de-creditos-y-servicios&catid=46:leyes&Itemid=79, y consultada en 29 de mayo de 2012.

²² Artículo 7, *ibidem*.

²³ Pérez Rolo, Marta y Díaz, Elena, *ob. cit.*, pp. 67-68.

²⁴ Cfr. Pérez Rolo, Marta y Díaz, Elena, *ob. cit.*, pp. 80-90.

²⁵ Pérez Rolo, Marta y Díaz, Elena, *ob. cit.*, p. 86.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Ibidem*, p. 88.

²⁸ *Ibidem*, p. 84.

²⁹ *Ibidem*, p. 85.

- «Se mantiene la imagen del hombre proveedor.»³⁰
- «Se mantiene, incluso, en ellas, la ubicación de los hombres fuera de tareas típicamente femeninas de acuerdo a la división tradicional, incluyendo la atención a niños.»³¹

En palabras de las propias autoras del *Estudio* «a pesar de las dificultades que aún persisten en la incorporación femenina al empleo socialmente retribuido en el área rural, los obstáculos son más fuertes en la persistencia de tradiciones que en las posibilidades de participación a partir de la existencia real de una plataforma estructural que ofrece condiciones y oportunidades de transformación de roles.»³²

Esto está dado fundamentalmente porque «Sin desconocer la realidad de esos progresos concientes o impuestos por la sociedad, todavía una mayoría significativa de hombres del campo se comportan con una masculinidad hegemónica bien acentuada y asentada en los viejos patrones familiares aprendidos desde la infancia, en tanto las mujeres, también en una sorprendente mayoría, aún las que han superado esquemas tradicionales de vida, siguen sometidas al poder masculino, quizás no en igual grado y condición que sus antecesoras.»³³

Lo antes expuesto demuestra que las políticas para enfrentar las concepciones de género, y las consecuencias derivadas de ellas, en el campo cubano tienen un impacto más demorado que en otros sectores de la vida del país donde el camino andado permitiría un avance más acelerado del desarrollo de las potencialidades de género presentes en las cooperativas, tomando en cuenta los niveles de inserción, preparación y los cambios en cuanto a percepciones culturales sobre roles ya operados en ellos.

De forma que en cuanto a la relación género-cooperativa en Cuba puede afirmarse que:

- La cooperativa ha demostrado en el marco legal, cultural, social y político cubano que es posible experimentar un sensible cam-

³⁰ *Ibidem*, p. 86.

³¹ *Ibidem*, p. 88.

³² Pérez Rolo, Marta y Díaz, Elena, *ob. cit.*, p. 68.

³³ Álvarez, M., *Masculinidades cubanas: El machismo guajiro*. Ponencia en la Primera Jornada Cubana de Estudio sobre masculinidades (versión digital CD) CENESEX, Ciudad de La Habana, 2006. Citado por Castañeda Pérez, I., *Aproximación al estudio de la equidad de género en la ANAP: premisas para un diagnóstico*, Tesis en opción al Título de Máster en Gestión y Desarrollo de Organizaciones Cooperativas, 2007, publicada en <http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/1169/1/Aproximaci%C3%B3n%20al%20estudio%20de%20la%20equidad%20de%20g%C3%A9nero...%20Isabel%20Casta%C3%B1eda.pdf> y consultada en fecha 25 de mayo de 2012.

bio en determinados enfoques de género, no obstante el hecho de que se haya desarrollado exclusivamente en el sector rural no ha permitido que esta despliegue con mayor amplitud sus posibilidades.

Razón por la que conviene examinar las posibilidades que tendría la relación género-cooperativa ante una normativa, como la que se ha adoptado con carácter experimental por medio del Decreto-ley 305 «De las cooperativas no agropecuarias», que permite la extensión de esta figura a otros sectores de la economía a tono con los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución aprobados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba.

IV. Marco jurídico experimental de la cooperativa en Cuba. Posible incidencia en la relación género y cooperativa

En los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución³⁴, aprobados el 18 de abril de 2012 por el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba³⁵ como directrices para el perfeccionamiento del modelo socioeconómico cubano figuran bajo el título de «LAS COOPERATIVAS» cinco puntos, del 25 al 29, que incluyen a estas entidades como parte de un nuevo «MODELO DE GESTIÓN ECONÓMICA» con el que el país se propone elevar la productividad del trabajo.

Sobre estas bases se ha venido trabajado por parte de la Comisión Permanente de Implementación y Desarrollo de los Lineamientos cuyo Presidente, Marino MURILLO, anunció el 31 de marzo de 2012 en reunión ampliada del Consejo de Ministros la creación experimental de cooperativas fuera del sector agropecuario, sosteniendo que para cada experimento se han diseñado los principios fundamentales, reservando el papel regulador del Estado y el Gobierno según corresponde³⁶. Lo cual está en consonancia con 36 de los 313 Lineamientos aprobados, poniendo de relieve la importancia general que se le atribuye a la figura cooperativa.

³⁴ En lo adelante *Lineamientos*.

³⁵ *Vid.* Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados el 18 de abril de 2012 en <http://www.prensa-latina.cu/Dossiers/LineamientosVICongresoPCC.pdf>

³⁶ *Cfr.* Cuba: *Aprueba consejo de Ministros creación experimental de cooperativas no agropecuarias*. Tomado del Noticiero del Mediodía de la Televisión Cubana, publicado en <http://www.youtube.com/watch?v=7FVzkQhfkTQ> y consultado en fecha 20 de junio de 2012.

Hasta hace muy poco las regulaciones con que el ordenamiento jurídico cubano cuenta en materia de cooperativas son, básicamente: con *carácter general* el artículo 20 de la Constitución de la República de 1976 (actualizada); con *carácter supletorio* los artículos del 145 al 149 del Código Civil, Ley 59 de 16 de julio de 1987 (en adelante, CC) y con *carácter especial* la Ley de Cooperativas de Producción Agropecuaria y de Créditos y Servicios, Ley 95 del 2 de noviembre de 2002 (en lo adelante LCPACS) y el Decreto Ley 142 de 20 de septiembre de 1993, Sobre las Unidades Básicas de Producción Cooperativa.

Recientemente, en fecha 11 de diciembre de 2012, la Gaceta Oficial de la República de Cuba en una edición extraordinaria publicó un conjunto de normas que en lo adelante constituirán, con carácter experimental, el marco jurídico para las cooperativas no agropecuarias. Se trata de dos Decretos-Leyes, un Decreto y dos Resoluciones. El Decreto-Ley n.º 305 «De las cooperativas no agropecuarias» se ocupa de sentar «las normas que regulan la constitución, funcionamiento y extinción de cooperativas en sectores no agropecuarios de la economía nacional»³⁷. El Decreto-Ley n.º 306 «Del régimen especial de seguridad social de los socios de las cooperativas no agropecuarias» como su nombre indica «establece un régimen especial de seguridad social dirigido a la protección de los cooperativistas asociados en cooperativas no agropecuarias»³⁸. El Decreto n.º 309 del Consejo de Ministros dispone el «Reglamento de las cooperativas no agropecuarias de primer grado». La Resolución n.º 570 del Ministerio de Economía y Planificación pone en vigor el procedimiento de licitación respecto a los bienes de un establecimiento estatal para su gestión por las cooperativas no agropecuarias y la Resolución n.º 427 del Ministerio de Finanzas y Precios ordena las particularidades relativas a la materia tributaria, precios, normas contables, y mecanismos de financiación.

El carácter experimental que presentan estas normas apunta, en primer lugar, que se trata de una práctica sometida a estudio y posible perfeccionamiento, por ello, y en segundo orden, se hacen mucho más importantes los estudios y reflexiones que al respecto se realicen, a fin de que la legislación definitiva que se adopte supere todas las li-

³⁷ Art. 1, Decreto-Ley n.º 305 «De las cooperativas no agropecuarias», *Gaceta Oficial* n.º 053 Extraordinaria de 11 de diciembre de 2012, MINJUS, La Habana, 2012, p. 249.

³⁸ Art. 1, Decreto-Ley n.º 306: «Del régimen especial de seguridad social de los socios de las cooperativas no agropecuarias», *Gaceta Oficial* n.º 053 Extraordinaria de 11 de diciembre de 2012, MINJUS, La Habana, 2012, p. 254.

mitaciones y fijen claras posiciones respecto a los múltiples aspectos del desarrollo cooperativo cubano que hoy se encuentran en debate.

Algunos de los principales aspectos relativos al desarrollo cooperativo que se encuentran sometidos a discusión en la actualidad, y que inciden directamente en el perfeccionamiento de dicha institución, son su naturaleza jurídica, los sectores de la economía en los cuales se desarrolla, los fines a cuyos efectos se concibe legalmente y su forma de funcionamiento. Estos son elementos que afectan directamente las potencialidades de la cooperativa para desarrollar un adecuado tratamiento en materia de género por lo que, también desde esta perspectiva, resultan relevantes.

Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la cooperativa ha sido enfocada desde variadas posiciones dentro de las que se pueden apuntar tres posiciones básicas: la que la considera una *asociación*; la que la considera una *sociedad* y la que la considera una *categoría autónoma*.³⁹

Dentro del vigente ordenamiento jurídico cubano la cooperativa se ha concebido como una forma de propiedad, como lo demuestra el artículo 20 de la Constitución cubana al sancionar que «Esta propiedad cooperativa es reconocida por el Estado...», y el Código Civil al ubicarla en su TÍTULO II: *DERECHO DE PROPIEDAD*, CAPÍTULO II: *FORMAS DE PROPIEDAD*, bajo la denominación de la SECCIÓN TERCERA: *Propiedad cooperativa*.

La razón por la que la actual definición de la naturaleza jurídica de la cooperativa cobra relevancia para la materia de género, radica precisamente en la inviabilidad que le crea su reconocimiento como una forma de propiedad para poder garantizar un tratamiento de tales cuestiones, toda vez que limitan la figura a las relaciones de los propietarios respecto a un conjunto de bienes, y las que entre ellos se produzca con razón de las anteriores relaciones, conjurando cualquier otro tipo de finalidad o tipología de relación.

Una nueva realidad se nos ofrece con el Decreto-Ley 305/2012 que en su ARTÍCULO 2.1 reconoce a la cooperativa como «una organización con fines económicos y sociales, que se constituye voluntaria-

³⁹ Vid. Gadea, E.; Sacristán, F. y Vargas Vasserot, C.: *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma*, Dykiston SL, Madrid, 2009, pp. 70-83.

mente sobre la base del aporte de bienes y derechos y se sustenta en el trabajo de sus socios»⁴⁰.

Esta definición de la naturaleza jurídica de la cooperativa resulta aún imprecisa pues su catalogación como «organización» no aporta ninguna claridad obvia, aunque del resto de las normas, en particular las del Capítulo II «De la constitución»⁴¹, se puede colegir que se le equipara a una sociedad mercantil.

A pesar de estas insuficiencias lo cierto es que abre paso a un mejor enfoque de la figura y, por ende, a que desde la persona jurídica resultante, en cualquier caso, se pueda concebir un espacio a la finalidad de tratar las cuestiones de género, algo que resulta difícil de concebir por parte de una forma de propiedad.

Por lo que se puede afirmar que:

- Sin una modificación de la legislación vigente, en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de la cooperativa, la figura carece de posibilidad directa de tratar las cuestiones de género. De ahí que la recién promulga regulación experimental de la materia suponga un primer paso para el diseño coherente de la relación género-cooperativa, al permitir un asidero legal válido para su tratamiento.

Sector de la economía en que se desarrolla

En Cuba, como referíamos *supra*, el marco legal actual solo contempla la creación de cooperativas en el sector agropecuario de la economía.

A fin de rebasar esta sectorialización los Lineamientos eliminaron los adjetivos que denotan limitación en cuanto a la naturaleza de las actividades a desarrollar por las cooperativas, al establecer en su numeral 25 que «se crearán las cooperativas de primer grado como una forma socialista de propiedad colectiva, en diferentes sectores...»⁴².

⁴⁰ Art. 2.1, Decreto-Ley n.º 305: «De las cooperativas no agropecuarias», *Gaceta Oficial* n.º 053 Extraordinaria de 11 de diciembre de 2012, MINJUS, La Habana, 2012, p. 249.

⁴¹ El procedimiento de autorización que dispone y el requisito de inscripción en el Registro Mercantil, guarda grandes similitudes con otros procedimientos vigentes para la autorización de la actividad de empresarios mercantiles en Cuba.

⁴² *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*, aprobados el 18 de abril de 2012 en <http://www.prensa-latina.cu/Dossiers/LineamientosVICongresoPCC.pdf>

Consecuente con tal política el Decreto-Ley 305 de 2012, y el resto de las normas que complementan sus regulaciones, abren paso a la implementación de cooperativas no agropecuarias.

En los análisis que motivó el debate de los Lineamientos quedó sentado que estas cooperativas deberían desarrollarse fundamentalmente en sectores que hoy ocupaban los trabajadores por cuenta propia⁴³ y otros que hasta «ahora tutela el estado».⁴⁴

Esta impresión parece corroborarse al examinar el ARTÍCULO 6 del Decreto-Ley n.º 305 de 2012⁴⁵ que reconoce cuatro formas esenciales de surgimiento, las que evidencian que los campos fundamentales en los que se dará la creación de las nuevas cooperativas serán aquellos en los que se desempeñan las personas naturales y los que cubren entidades estatales en sectores que no se consideran vitales para el país, si se interpreta de forma orgánica con las finalidades del resto del ordenamientos jurídico.

En el Reglamento que las ordena se dispone, en su ARTÍCULO 14, que «el objeto social de la Cooperativa comprende las producciones, prestación de servicios o la actividad de comercialización, a que se dedi-

⁴³ «Al analizar el nuevo contexto, debemos entender el importante potencial que significan estos trabajadores individuales, pequeños y dispersos, para la configuración de las emergentes cooperativas cubanas. Ellos pudieran constituir en la ciudad, el sujeto homólogo del pequeño agricultor en el campo, salvando las diferencias relativas a la propiedad de los bienes que decidan aportarse a la actividad cooperada. Las razones económicas, políticas y sociales que aconsejan y justifican la instrumentación legal del derecho de asociarse en cooperativa a los segundos, debe valer —con igual fuerza— para los primeros, ya que —en última instancia— se trata de asegurar la eficacia del carácter socialista del texto constitucional cubano, ponderando la realización colectiva del derecho al trabajo...» Rodríguez Musa, O., *ob. cit.*, pp. 77-78.

⁴⁴ *El presidente de la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional, José Luis Toledo, explica los Lineamientos*, publicado en http://www.parlamentocubano.cu/index.php?option=com_content&view=article&id=3336:el-presidente-de-la-comision-constitucional-de-la-asamblea-nacional-jose-luis-toledo-explica-los-lineamientos y consultado en fecha 20 de junio de 2012.

⁴⁵ «Las cooperativas de primer grado pueden formarse: a) A partir del patrimonio integrado por los aportes dinerarios de personas naturales que deciden voluntariamente asociarse entre sí bajo el régimen de propiedad colectiva. b) Por personas naturales que decidan voluntariamente asociarse entre sí, solo con la finalidad de adquirir conjuntamente insumos y servicios, comercializar productos y servicios, o emprender otras actividades económicas, conservando los socios la propiedad sobre sus bienes. c) A partir de medios de producción del patrimonio estatal, tales como inmuebles y otros, que se decida gestionar de forma cooperativa y para ello puedan cederse estos, por medio del arrendamiento, usufructo u otras formas legales que no impliquen la transmisión de la propiedad. d) Una combinación de las formas anteriores», Decreto-ley n.º 305... *ob. cit.*, p. 250.

cará de acuerdo con lo que se autorice»⁴⁶. Con ello quedan diseñadas, dentro del panorama cooperativo cubano, cooperativas de colocación de la producción⁴⁷, cooperativas de trabajo⁴⁸, y, aunque no resulta tan evidente en la primera lectura, cooperativas de distribución⁴⁹, ya que el inciso b) del artículo 6 del Decreto-Ley n.º 305 las concibe con «la finalidad de adquirir conjuntamente insumos y servicios» lo que sienta una interesante posibilidad ya que la DISPOSICIÓN ESPECIAL PRIMERA, del citado Reglamento, esclarece que no se limita solo a los cuentapropistas al efectuar una puntualización para aquellos «socios que sean trabajadores por cuenta propia»⁵⁰.

A esta considerable ampliación de espacios y formas para el desarrollo cooperativo debe sumarse la instrumentación de las cooperativas de segundo grado que los Lineamientos proponen destinar a «actividades complementarias afines o que agreguen valor a los productos y servicios de sus socios (de producción, servicios y comercialización), o realizar compras y ventas conjuntas con vistas a lograr mayor eficiencia»⁵¹. Según la DISPOSICIÓN FINAL SEXTA del Decreto-Ley n.º 305 «El Consejo de Ministros, una vez que entre en vigor el presente Decreto-Ley, emite el Reglamento para las cooperativas de primer grado, y en el plazo de trescientos sesenta (360) días dictará el Reglamento para las cooperativas de segundo grado»⁵² lo que permite suponer que a la vuelta de un año se estarán dando los primeros pasos para su creación.

El impacto de estas modificaciones en la relación género-cooperativa resulta evidente, pues afecta sectores donde la presencia y los roles desempeñados por la mujer tiene características sustancialmente diferentes al agropecuario. Aparejado a ello convierte a esta en una relación de peso creciente dentro de la realidad nacional, en proporción

⁴⁶ Decreto n.º 309 del Consejo de Ministros que dispone el «Reglamento de las cooperativas no agropecuarias de primer grado». *Gaceta Oficial* n.º 053 Extraordinaria de 11 de diciembre de 2012, MINJUS, La Habana, 2012, p. 263.

⁴⁷ Agrupan productores y procuran colocar los resultados de sus producciones en las mejores condiciones posibles de precio, regularidad y seguridad. *Vid.* Kaplan de Drimer, A. y Drimer, B.: *Las cooperativas. Fundamentos-Historia-Doctrina*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1981, pp. 156 y ss.

⁴⁸ Reúnen a obreros, técnicos, profesionales, etc. que organizan en común su trabajo, a fin de proporcionarles fuentes de ocupación estables y convenientes. *Vid. ibidem*.

⁴⁹ Proporcionan a sus asociados los artículos y servicios que estos necesitan, en las mejores condiciones posibles de calidad y precio. *Vid. ibidem*.

⁵⁰ Decreto n.º 309... *ob. cit.*, p. 270.

⁵¹ Lineamiento 29, *Lineamientos...*, *ob. cit.*

⁵² Decreto-ley n.º 305... *ob. cit.*, p. 253.

directa al aumento de las cooperativas, pues según crezca su número más importante se vuelve la forma en qué estas enfoquen las cuestiones de género debido a la cantidad de mujeres implicadas.

En primer lugar, si partimos de que una de las fuentes de las nuevas cooperativas será el empleo por cuenta propia, tendríamos una fuerza femenina en activo que era del 20% total de trabajadores en 2010⁵³, cifra que ha aumentado con la ampliación de actividades experimentada por este sector de la economía tomando en consideración, *V. gr.*, que entre los empleos más solicitados por los cuentapropistas «está la elaboración y venta de alimentos y la contratación de la fuerza de trabajo que le sirve de apoyo...»⁵⁴, o sea, la esfera de los servicios donde en 2010 las mujeres eran el 40,20% de la fuerza de trabajo.⁵⁵

Considerando que «El gobierno cubano prevé este año un incremento de 240.000 trabajadores no estatales, los que sumados a los actuales superarán el medio millón...»⁵⁶ y, aplicando un cálculo proporcional en base a cifras similares a las antes mencionadas, podemos entender que la cantidad de féminas incorporadas sería, desde el inicio, superior al que actualmente se vinculan a las formas cooperativas tradicionales.

En el sector estatal, del que se puedan desgajar algunas entidades para el sector cooperativo, se ha partido de dar prioridad a los antiguos trabajadores⁵⁷ con lo que la presencia femenina tendrá también un peso significativo. Una presencia además marcada por un considerable nivel de calificación toda vez que las mujeres son el 43,3% de la fuerza laboral y el 66,1% de la fuerza técnica.⁵⁸

Por ello puede considerarse que:

- La situación de los niveles de calificación alcanzados por las mujeres en Cuba, unido a su nivel de presencia en el sector del cuentapropismo, permiten comprender el alto nivel de participa-

⁵³ *Anuario Estadístico de Cuba 2010*, publicado en http://www.one.cu/aec2010/esp/07_tabla_cuadro.htm y consultado en fecha 20 de junio de 2012.

⁵⁴ *Número de cuentapropistas sigue creciendo en Cuba*, publicado en <http://www.cubadebate.cu/noticias/2012/04/01/numero-de-cuentapropistas-sigue-creciendo-en-cuba/> y consultado en fecha 20 de junio de 2012.

⁵⁵ *Anuario Estadístico...*, *ob. cit.*

⁵⁶ *Número de cuentapropistas...*, *ob. cit.*

⁵⁷ Art. 10.2: «Cuando la forma de la cooperativa sea la prevista en el inciso c) del artículo 6 del presente Decreto-Ley, tendrán preferencia para ser socios fundadores los trabajadores de esas entidades.» Decreto-Ley n.º 305..., *ob. cit.*, p. 250.

⁵⁸ Caram León, T., *Empoderamiento femenino en Cuba. Criterios para su análisis en las Cooperativas*. FLACSO-Cuba, p. 1, publicado en http://www.flacso.uh.cu/sitio_revista/num2/articulos/art_TCaram.pdf, consultado en fecha 25 de mayo de 2012.

ción que estas pueden alcanzar en las nuevas cooperativas que se conformen a partir de las normas experimentales.

- Se abre una nueva era a la relación género-cooperativa con mayor importancia social y un contexto sustancialmente diferente al anterior, que puede ser el punto de partida para que todas las potencialidades descritas de flexibilidad, inclusión, empoderamiento y valorización presentes en las cooperativas se llevaran a un nivel superior dentro de la realidad cubana.

Fines a cuyos efectos se concibe legalmente

Directamente conectado a lo anterior aparece la cuestión de la finalidad que legalmente se le reconozca a las cooperativas, de formas que estas cuenten con aptitud para desarrollar las actividades que, fuera de lo estrictamente productivo, se les pueden demandar.

Aunque el texto de los Lineamientos hizo una mención en extremo limitada y economicista de los fines cooperativos al adjudicarles únicamente «...la finalidad de producir y prestar servicios útiles a la sociedad...»⁵⁹, las normas experimentales han ampliado el espectro al contemplar que si bien su «objetivo general es la producción de bienes y la prestación de servicios mediante la gestión colectiva» con esto procura «la satisfacción del interés social y el de los socios»⁶⁰. Como complemento, el artículo 4 inciso f) formula un principio denominado *Responsabilidad social, contribución al desarrollo planificado de la economía y al bienestar de sus socios y familiares*, el cual, en su párrafo 2do, sostiene que las cooperativas «Trabajan por fomentar la cultura cooperativista y por las satisfacciones de las necesidades materiales, de capacitación, sociales, culturales, morales y espirituales de sus socios y familiares».⁶¹

Estas normas crean el marco oportuno para la inserción, implícita como contribución social y para la satisfacción de los socios y sus familias, de la finalidad de género por medio de otros fines mayores que de conjunto implican la realización de sus potencialidades en tal sentido.

Las nuevas perspectivas que presenta la cooperativa en los sectores no agropecuarios se desarrollan en una realidad marcada por grandes progresos institucionales, políticas favorables al pleno desarrollo femenino, que contrastan con la cultura media marcada por la subsis-

⁵⁹ Numeral 25 de los Lineamientos.

⁶⁰ Artículo 2.1, Decreto-ley n.º 305..., *ob. cit.*, p. 249.

⁶¹ Artículo 4.f), *ibidem*, p. 250.

tencia de prácticas y concepciones de roles tradicionales. La labor de la Federación de Mujeres Cubanas (FMC) ha sido vital en la promoción de las políticas más exitosas. Muchas cifras pueden dar testimonio de los resultados alcanzados, en el plano de la salud (mortalidad materna 29,9 RMM⁶²), la esperanza de vida al nacer (77,97 años con una supervivencia femenina de 4,02 años⁶³), la formación académica y la ocupación profesional. No obstante, esto no implica que se haya logrado superar la clásica división de funciones entre roles pues se mantiene «sobre ella (...) la carga doméstica y familiar a pesar de su protagonismo social». ⁶⁴ Situación que se agudizó con la crisis económica a que se enfrentó el país desde principios de los 90 y que aún continúa, aunque ha experimentado una distensión en los últimos años con el impacto directo en la vida doméstica de políticas estatales dirigidas a mejorar las condiciones de las labores hogareñas.

Precisamente por tales razones:

- Corresponde a la cooperativa, en el marco del reconocimiento de las nuevas finalidades que le confieren la legislación experimental, sentar pautas en el tratamiento diferenciado e integral de la cuestión de género dentro del espacio que ella constituye y sobre la base de los principios que la inspiran, a fin de que la relación género-cooperativa aporte una nueva perspectiva para el desarrollo integral de las féminas.

Funcionamiento

Todas estas posibilidades finalmente se deben concretar en el funcionamiento de las cooperativas, donde deben materializarse por medio de un tratamiento integral de género.

El funcionamiento de las cooperativas puede entenderse en dos planos, el interno, que comprende las relaciones que se dan entre los

⁶² Este es índice del periodo 2000-2004. (RMM = Razón de Muerte Materna por 100 000 nacidos vivos.) Fuente: 1950-1959: Anuario Demográfico; 1960-1979: Formulario de la OPS; 1980-2004: Dirección Nacional de Estadísticas, MINSAP. Citada por Cabezas Cruz, Evelio, «Evolución de la mortalidad materna en Cuba». *Revista Cubana Salud Pública*, Ciudad de La Habana, v. 32, n. 1, marzo de 2006. Disponible en http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662006000100005&lng=es&nrm=iso, Consultada el 19 de mayo de 2012.

⁶³ MINSAP, *Anuario Estadístico de Salud 2010*. Consultado en <http://files.sld.cu/dne/files/2011/04/anuario-2010-e-sin-graficos1.pdf>, en fecha 26 de mayo de 2012.

⁶⁴ *Ibidem*.

socios, y el externo que abarca lo tocante a su relación como persona jurídica con otras personas naturales o jurídicas. En ambas dimensiones debe proyectar igualmente una perspectiva de género.

A lo interno esto se refiere al trato de los socios y socias, en el cual se perfilan los regímenes de participación, tanto en las aportaciones de capital como de trabajo, la toma de decisiones, la distribución de las ganancias y en la organización del conjunto de actividades que se desarrollen. Hacia lo externo se materializa en su impacto en la comunidad y el resto de la sociedad en general, y como regla obedece a la labor educativa y de capacitación, que hace las veces de enlace entre uno y otro plano.

A fin de instrumentar las alternativas que se convengan para dar tratamiento a cuestiones de género las cooperativas requieren, como punto de partida de su funcionamiento, de autonomía e independencia que les permita gestionar por sí mismas las estrategias que determinen.

En tal sentido la nueva legislación experimental cubana dispone un marco para el funcionamiento signado, hasta donde lo conciben las normas publicadas, por la autonomía y la determinación colectiva de los socios⁶⁵, por lo que solo resta contrastar las posibilidades con la práctica a partir de que se creen las primeras experiencias.

Cabe formular importantes expectativas si se parte de que la situación de roles en este sector estatal y del trabajo por cuenta propia es diferente al que se da en el campo, toda vez que «...muchas de ellas, [actúan como] las verdaderas dueñas y gerentes de sus establecimientos, aunque sus esposos aparecían formalmente como tales».⁶⁶ De hecho, «...hay una gran diferencia entre el sector informal cubano y sus rasgos en otros países; por la calificación de estas mujeres, el papel protagónico que desarrollan y porque el trabajo informal no se ejerce para lograr un nivel de supervivencia...».⁶⁷

Las particularidades de los sectores y fuentes de que han de nutrirse las nuevas cooperativas a desarrollarse en Cuba permiten esperar que:

- En el funcionamiento de las cooperativas se perciban distintos niveles de empoderamiento femenino y que se implementen nuevas formas de articular los roles, dando un tratamiento coherente a las cuestiones de género e incluso la aparición de formas integradas netamente por féminas.

⁶⁵ Cfr. Decreto n.º 309... *ob. cit.*

⁶⁶ Pérez Rolo, Marta y Díaz, Elena, *ob. cit.*, p. 66.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 67-68.

V. A modo de conclusiones

Dentro del mundo laboral se hace necesario que las formas de organización y planificación del mismo, partiendo de la legislación particular de la actividad que se trate, se adapten aún más a las necesidades de pleno desarrollo de las mujeres, de forma que la realización personal y profesional de ellas no supongan una disyuntiva excluyente.

Las cooperativas suponen un importante espacio de desarrollo de potencialidades en cuanto al enfoque de género toda vez que están pensadas para el mejor desarrollo de sus miembros y de la sociedad en general, sin que la parte económico-productiva de las mismas pueda desnaturalizar su esencia humanista y socialista.

En la actualidad Cuba presenta una importante labor en materia de género, incluido el sector cooperativo, pero la limitación de esta solo a las labores agropecuarias, donde las concepciones tradicionales de los roles se muestran más resistentes, no ha permitido que se exploten al máximo sus potencialidades a pesar de las políticas llevadas a cabo con este fin.

La legislación experimental adoptada en materia de cooperativa, de conformidad con los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, representa, a pesar de las imperfecciones que pueda tener, un significativo avance a fin de ampliar la presencia de las cooperativas en nuestra economía, articulando principios y finalidades que sientan las bases para una implementación práctica que supere limitaciones anteriores. Por tal razón cabe esperar que los resultados en materia de género sean cualitativamente superiores toda vez que en los sectores en que desarrollarían el nivel de formación y de capacidad demostrada de la féminas garantizaría un nivel superior de partida, y la preparación y actitud de estas es ideal para hacer un uso más acabado de las posibilidades de desarrollo personal-profesional que las cooperativas les ofrecen.

VI. Bibliografía

Textos

ASTELARRA, J.: «Estado y Políticas de género», publicado en *Temas* n.ºs 37-38/ abril-septiembre de 2004.

ÁLVAREZ TABÍO, F.: *Comentarios a la Constitución socialista cubana*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1989.

AZCUY, H.: «Análisis de la Constitución cubana», en *Revista Papeles de la FIM* n.º 14, Madrid, 2000.

- CABEZAS CRUZ, Evelio: «Evolución de la mortalidad materna en Cuba». *Revista Cubana Salud Pública*, Ciudad de La Habana, v. 32, n. 1, marzo de 2006. Disponible en <http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662006000100005&lng=es&nrm=iso>. Consultada el 19 de mayo de 2012.
- CARAM LEÓN, T.: *Empoderamiento femenino en Cuba. Criterios para su análisis en las Cooperativas*. FLACSO-Cuba, p. 1, publicado en http://www.flacso.uh.cu/sitio_revista/num2/articulos/art_TCaram.pdf, consultado en fecha 25 de mayo de 2012.
- CASTAÑEDA PÉREZ, I.: *Aproximación al estudio de la equidad de género en la ANAP: premisas para un diagnóstico*, tesis en opción al Título de Máster en Gestión y Desarrollo de Organizaciones Cooperativas, 2007, publicada en <http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/1169/1/Aproximaci%C3%B3n%20al%20estudio%20de%20la%20equidad%20de%20g%C3%A9nero...%20sabel%20Casta%C3%B1eda.pdf> y consultada en fecha 25 de mayo de 2012.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Teoría del Estado y el Derecho. Segunda Parte Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- GADEA, E.; SACRISTÁN, F. y VARGAS VASSEROT, C.: *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma*, Dykiston SL, Madrid, 2009.
- KAPLAN DE DRIMER, A. y DRIMER, B.: *Las cooperativas. Fundamentos-Historia-Doctrina*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1981.
- MASINO, M.A.: «Los aportes de Antonio Gramsci para una epistemología materialista del Derecho», publicado en *Introducción a la epistemología del Derecho*. Dirección de Publicaciones, Universidad Nacional del Rosario, 1988.
- MINSAP: *Anuario Estadístico de Salud 2010*. Consultado en <http://files.sld.cu/dne/files/2011/04/anuario-2010-e-sin-graficos1.pdf>, en fecha 26 de mayo de 2012.
- ORELLANA ZAMBRANO, Waldo E.; CELIS EKSTRAND, Amanda: «Género y capacidades directivas en cooperativas de trabajo asociado. Estudio exploratorio en ctas valencianas», en *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, n.º 105, Universidad Complutense de Madrid, 2011, pp. 13-33.
- TSHIBILONDI NGOYI, A.: «La filosofía y los problemas de género en África», en *Temas* n.ºs 37-38/abril-septiembre de 2004.
- PÉREZ ROLO, Marta y DÍAZ, Elena: «Estudio sobre los valores de dirección y de género en las cooperativas cubanas», en *Cuaderno pedagógico*, volumen 2 IRECUS FLACSO/CUBA, Université de Sherbrooke Universidad de La Habana, uniRcoop, 2006.
- PIÑEIRO HARNECKER, C. (compiladora): *Cooperativas y socialismo: una mirada desde Cuba*, Centro Martin Luther King, La Habana, 2011.
- RODRÍGUEZ MUSA, O.: *La cooperativa como figura jurídica. Perspectivas constitucionales en Cuba para su aprovechamiento en otros sectores de la economía nacional diferentes al agropecuario*. Dickinson S.L., Madrid, 2011.
- RODRÍGUEZ REYES, I.: «Relaciones de género en la familia cubana: ¿espacio de igualdad o desigualdades?», en *Temas* n.º 48, octubre-diciembre de 2006.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, A.: «Reflexiones —¿intempestivas?— sobre la igualdad y la desigualdad», en *Entre la realidad y la utopía*. Ed. de Ciencias Sociales, La Habana.

VILNITZKY, M. et al.: *Mujer y cooperativismo*, consultado en <http://www.empresa-ytrabajo.coop/024/dos02401.asp> en fecha 27 de abril de 2012.

Otros documentos

ACI: «Declaración sobre la identidad cooperativa», Manchester, septiembre de 1995, reproducida y comentada por *El Hogar Obrero: Cooperativa de Consumo, Edificación y Crédito Ltda.*, en <http://www.elhogarobrero1905.org.ar>, consultada en diciembre de 2009.

Anuario Estadístico de Cuba 2010, publicado en http://www.one.cu/aec2010/esp/03_tabla_cuadro.htm y consultado el 30 de mayo de 2012.

Cuba: Aprueba consejo de Ministros creación experimental de cooperativas no agropecuarias. Tomado del *Noticiero del Mediodía* de la Televisión Cubana, publicado en <http://www.youtube.com/watch?v=7FVzkQhfkTQ> y consultado en fecha 20 de junio de 2012.

El presidente de la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional, José Luis Toledo, explica los Lineamientos, publicado en http://www.parlamento.cubano.cu/index.php?option=com_content&view=article&id=3336:el-presidente-de-la-comision-constitucional-de-la-asamblea-nacional-jose-luis-toledo-explica-los-lineamientos y consultado en fecha 20 de junio de 2012.

Glosario de términos relacionados con la transversalidad de género. Proyecto Equal «En clave de culturas», Secretaría Técnica del Proyecto Equal «En Clave de Culturas», 2007.

Informe de Cuba a la Mesa Directiva sobre la mujer de América Latina y el Caribe de la CEPAL. Informe de Cuba, Santiago, Chile, 2010, publicado en www.eclac.cl/mujer/noticias/noticias/1/41081/Cuba.pdf y consultado en fecha 20 de mayo de 2012.

Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados el 18 de abril de 2012 en <http://www.prensa-latina.cu/Dossiers/LineamientosVICongresoPCC.pdf>

Número de cuentapropistas sigue creciendo en Cuba, publicado en <http://www.cubadebate.cu/noticias/2012/04/01/numero-de-cuentapropistas-sigue-creciendo-en-cuba/> y consultado en fecha 20 de junio de 2012.

Legislación

Constitución de la República de Cuba, consultada en http://www.parlamento.cubano.cu/index.php?option=com_content&view=article&id=1418&Itemid=83 en fecha 25 de mayo de 2012.

Ley n.º 36 Cooperativas Agropecuarias, publicada en http://www.parlamento.cubano.cu/index.php?option=com_content&view=article&id=252:ley-

no-36-cooperativas-agropecuarias&catid=46:leyes&Itemid=79 en fecha 28 de mayo de 2012.

Ley n.º 49 Código de Trabajo, publicada en http://www.parlamentocubano.cu/index.php?option=com_content&view=article&id=264:ley-no-49-codigo-de-trabajo&catid=46:leyes&Itemid=79 y consultada en fecha 30 de mayo de 2012.

Ley n.º 95 Cooperativas de Producción Agropecuaria y de Créditos y Servicios, publicada en http://www.parlamentocubano.cu/index.php?option=com_content&view=article&id=307:ley-no95-cooperativas-de-produccion-agropecuaria-y-de-creditos-y-servicios&catid=46:leyes&Itemid=79, y consultada en fecha 29 de mayo de 2012.

Decreto Ley n.º 234 de 2003 De la maternidad de las trabajadoras, publicado en <http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/insat/dl-234-2003.pdf> y consultada en fecha 30 de mayo de 2012.

Decreto-Ley n.º 305 «De las cooperativas no agropecuarias», *Gaceta Oficial* n.º 053 Extraordinaria de 11 de diciembre de 2012, MINJUS, La Habana, 2012.

Decreto-Ley n.º 306 «Del régimen especial de seguridad social de los socios de las cooperativas no agropecuarias», *Gaceta Oficial* n.º 053 Extraordinaria de 11 de diciembre de 2012, MINJUS, La Habana, 2012.

Decreto n.º 309 del Consejo de Ministros que dispone el «Reglamento de las cooperativas no agropecuarias de primer grado». *Gaceta Oficial* n.º 053 Extraordinaria de 11 de diciembre de 2012, MINJUS, La Habana, 2012.

Resolución n.º 570 del Ministerio de Economía y Planificación, *Gaceta Oficial* n.º 053 Extraordinaria de 11 de diciembre de 2012, MINJUS, La Habana, 2012.

Resolución n.º 427 del Ministerio de Finanzas y Precios, *Gaceta Oficial* n.º 053 Extraordinaria de 11 de diciembre de 2012, MINJUS, La Habana, 2012.

Deusto Estudios Cooperativos

Normas de publicación

Deusto Estudios Cooperativos publica trabajos originales de investigación que contribuyan a dar a conocer estudios de investigación en materia de Cooperativismo y Economía Social. Los trabajos deben ser inéditos y no estar aprobados para su publicación en otra revista.

Los originales, que deberán ser enviados por correo electrónico a la dirección derecho@deusto.es, serán sometidos al criterio de evaluadores externos anónimos (doble referee). Una vez evaluados, los trabajos podrán ser aceptados, sujetos o no a revisiones, o rechazados. La decisión editorial será comunicada a los autores, indicando las razones para la aceptación, revisión o rechazo del artículo.

Los trabajos tienen que ajustarse a las siguientes especificaciones técnicas:

1. En la primera página se incluirá el título, el nombre del autor y su filiación académica. Asimismo, recogerá un sumario y dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno, y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras), también tanto en castellano como en inglés.
2. El artículo, redactado con letra de tamaño 12 y en interlineado simple, tendrá una extensión entre 15 y 25 páginas. Las citas a pie de página se escribirán con letra de tamaño 10.
3. La bibliografía, tanto a pie de página como al final del estudio, se citará de la siguiente manera:

Monografía: Autor: Título de la obra, Editorial, Lugar, Año y página.

Ejemplo: DIVAR, J.: *Las Cooperativas. Un alternativa Económica*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 37.

Artículo: Autor: «Nombre del artículo», *nombre de la revista*, número, año y página.

Ejemplo: MARTÍNEZ SEGOVIA, F.: «Primera aproximación al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea», *REVESCO*, núm. 80, pp. 61 y ss.

La **cita a pie de página** podrá sustituirse por la indicación en el texto y entre paréntesis del autor, el año de publicación y las páginas.

Ejemplo: (Paniagua, 1977: 167).

Al publicarse cualquier artículo el autor cede los derechos a **Deusto Estudios Cooperativos**, por lo que debe firmar una carta de cesión de derechos que será enviada en el momento en que su artículo sea aceptado para su publicación, y no puede reproducir el texto sin previa autorización.

Deusto Estudios Cooperativos



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

ENPLEGU ETA GIZARTE
GAIETAKO SAILA

DEPARTAMENTO DE EMPLEO
Y ASUNTOS SOCIALES



Deusto

Publicaciones

Universidad de Deusto