

Deusto Estudios Cooperativos

Núm. 5 (2014)

www.deustoestudioscooperativos.deusto.es

Sumario

Artículos

Herramientas de la economía del bien común para la transformación económica, social y política

Verónica Gómez Calvo, Rosario Gómez-Álvarez Díaz

La función inspectora en materia de sociedades cooperativas

Luis Ángel Díez Ácimas

La cooperativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Probables contribuciones al perfeccionamiento de su regulación constitucional en Cuba

Orestes Rodríguez Musa

La paradoja del sentido del voto emitido por los fondos de pensiones de los sindicatos, en las juntas generales de accionistas de las sociedades cotizadas en los Estados Unidos

Iñigo Zavala

Do uso fraudulento das cooperativas de trabalho no Brasil

Rocco Antonio Rangel Rosso
Nelson

Ley 6/2013, de Cooperativas de Cantabria: contenido y oportunidad para el desarrollo de la economía social

Enrique Gadea



Deusto Estudios Cooperativos

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

Núm. 5 (2014)



Deusto Estudios Cooperativos

Núm. 5 (2014)

Facultad de Derecho
Universidad de Deusto
Bilbao 2014

Cargos de la revista *Deusto Estudios Cooperativos*

DIRECCIÓN

D. Enrique Gadea Soler
Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

D.^a Vega Arnáez Arce
Universidad de Deusto

CONSEJO DE REDACCIÓN

- | | |
|--|---|
| D. ^a Marina Aguilar Rubio
<i>Universidad de Almería</i> | D. ^a Sagrario Navarro Lérica
<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. Alfredo Ispizua Zuazua
<i>Gobierno Vasco</i> |
| D. ^a Saioa Arando Lasagabaster
<i>Universidad de Mondragón</i> | D. ^a Marta Izquierdo Muciño
<i>Universidad Autónoma del Estado de México</i> |
| D. Alberto Atxabal Rada
<i>Universidad de Deusto</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 Piamonte 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> |

Colabora:

EUSKO JAURLARITZA



GOBIERNO VASCO

ENPLEGU ETA GIZARTE
POLITIKETAKO SAILA

DEPARTAMENTO DE EMPLEO
Y POLÍTICAS SOCIALES

© Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao

ISSN (impreso): 2255-3444

ISSN (digital): 2255-3452

Déposito legal: BI - 1707-2012

Impreso en España/Printed in Spain

Deusto Estudios Cooperativos

Núm. 5 (2014)

Sumario

Presentación de la revista	9
Artículos	
<i>Herramientas de la economía del bien común para la transformación económica, social y política</i> Verónica Gómez Calvo, Rosario Gómez-Álvarez Díaz	13
<i>La función inspectora en materia de sociedades cooperativas</i> Luis Ángel Díez Ácimas	43
<i>La cooperativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Probables contribuciones al perfeccionamiento de su regulación constitucional en Cuba</i> Orestes Rodríguez Musa	77
<i>La paradoja del sentido del voto emitido por los fondos de pensiones de los sindicatos, en las juntas generales de accionistas de las sociedades cotizadas en los Estados Unidos</i> Iñigo Zavala	101
<i>Do uso fraudulento das cooperativas de trabalho no Brasil</i> Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson	135
<i>Ley 6/2013, de Cooperativas de Cantabria: contenido y oportunidad para el desarrollo de la economía social</i> Enrique Gadea	155

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

Herramientas de la economía del bien común para la transformación económica, social y política

Verónica Gómez Calvo

USAC-Universidad de Nevada, Reno (EEUU)

Rosario Gómez-Álvarez Díaz

Universidad de Sevilla (España)

Recibido: 13-4-2013

Aceptado: 7-7-2014

Sumario: 1. Introducción 2. Consecuencias de la Economía de Mercado. 3. Valores y Economía, ¿han estado alguna vez unidas? 3.1. Perspectiva histórica. 3.2. Valores de la Economía Social, la Economía Solidaria y la Economía del Bien Común. 4. La democracia como vía y fin de la Economía con Valores. 4.1. La Teoría del Constitucionalismo Democrático. 5. El proceso de transformación de la EBC. 6. Conclusión. Bibliografía.

Resumen: Este artículo pretende mostrar las aportaciones teóricas y prácticas de la EBC, a través de la incorporación de los valores de la Economía Social al funcionamiento del sistema económico y la profundización de la democracia como herramientas indispensables para la construcción de un nuevo modelo económico, que tenga como objetivo transformar la realidad económica, social y política, servir al interés de la sociedad en su conjunto y al desarrollo humano, analizando cómo podemos reconducir la economía y la sociedad hacia un modelo más justo mediante la puesta en marcha de un cambio de paradigma en nuestras actividades económicas.

Palabras clave: bien común, economía social, solidaria, democracia, valores.

Abstract: This article aims to show how the contributions of the ECG, the incorporation of the values of the Social economy to the functioning of the economic system and the deepening of democracy are indispensable tools for the construction of a new economic model, which aimed to transform the economic, social and political reality, serve the interest of the society as a whole and the human development, analyzing how we can redirect the economy and society towards a more just model through the implementation of a paradigm shift in our economic activities.

Key words: solidarity economy, economy for the common good, social economy, democracy, values.

1. Introducción

Este artículo pretende mostrar las aportaciones teóricas y prácticas de la EBC, a través de la incorporación de los valores de la Economía Social al funcionamiento del sistema económico y de la profundización de la democracia como herramientas indispensables para la construcción de un nuevo modelo económico, que sirva para transformar la realidad económica, social y política, a los intereses de la sociedad en su conjunto y al desarrollo humano. Analizaremos las alternativas que propone la Economía del Bien Común frente a la pérdida de los valores sociales que se ha promovido durante las últimas décadas a través del actual modelo económico neoliberal basado en la maximización del beneficio individual, y la recesión de los valores comunes a la sociedad como la cooperación, la solidaridad, la confianza y la justicia social que caracterizan al ser humano, y cómo podemos reconducir la economía y la sociedad hacia un modelo más justo mediante la puesta en marcha de un cambio de paradigma en nuestras actividades económicas, la integración de ciertos valores, que no deben tener como objetivo final el afán de lucro sino generar un impacto positivo al entorno contribuyendo al bien común de nuestras sociedades y el entorno natural, el respaldo a la participación ciudadana y la profundización de la democracia representativa hacia una democracia también participativa y directa.

2. Consecuencias de la economía de mercado

¿Qué entendemos por mercado? La definición más sencilla es la de un lugar donde la gente compra y vende bienes y servicios. Sin embargo, cuando hablamos de mercados no nos referimos a un lugar, sino al conjunto de disposiciones que posibilitan el intercambio, independientemente de dónde se dé el mismo.

Por ejemplo, el mercado de trigo hace referencia a un sistema de relaciones entre agricultores, comerciantes, molineros, vendedores y distintos usuarios de harina; si hablamos del mercado de valores, no nos referimos sólo a Wall Street, sino al conjunto de disposiciones que incluye leyes, convenciones, infraestructura física y social, y la distribución de riqueza y la propiedad, sobre cuya base se realizan los intercambios.

Es particularmente importante el derecho de propiedad, pues para poder intercambiar algo es necesario saber lo que significa la propiedad, de qué se puede ser propietario y cómo se puede disponer de

ello. Por ejemplo, los mercados de formas de vida eran inexistentes hasta hace relativamente poco tiempo, pues antes no era posible ser propietario de una forma de vida, como es el caso de las variedades de semillas.

Este conjunto de disposiciones sobre las que se realizan los intercambios incluye también la infraestructura física y social: las carreteras y medios de transporte, las telecomunicaciones y medios de comunicación, el conocimiento sobre la producción y los precios, por ejemplo. Otro efecto importante que opera en el mercado es el poder de comprar, cuando hay mucha oferta (por ej., médicos) y las posibilidades de compra son equitativas, el mercado no funciona igual que cuando ésta es escasa y la capacidad de compra es muy desigual. Por tanto, la determinación de los salarios y la distribución de la riqueza de un país está determinado, en gran parte, por el funcionamiento del mercado, y a su vez ésta distribución afecta a los resultados del mercado.

Teniendo en cuenta todos estos aspectos que influyen en las características concretas de los mercados, no nos queda otro remedio que reconocer el papel fundamental del Estado en la constitución de los mismos, dada su importancia para determinar los derechos de propiedad, de establecer una infraestructura física y social determinada, y de afectar a la distribución del ingreso y la riqueza. Es por ello muy engañoso cuando se discute de política económica y se presentan los argumentos como: «Estado contra mercado», el mercado no es una alternativa al Estado, sino que existen y se definen con características concretas gracias precisamente a la intervención del Estado (MacEwan, A. 2001:189).

Los mercados no son «naturales», por el contrario, son un conjunto de relaciones sociales y reglas establecidas que determinan las condiciones en las que se realizan los intercambios comerciales. Por tanto, son consecuencia del ejercicio de poder del Estado, o de otras instancias supraestatales, por las cuales dichos mercados son instituidos; ni son «neutrales», pues deciden qué intercambios son posibles y cuáles no, y en qué términos, favoreciendo a unos grupos en lugar de otros. Las reglas del juego, las que dictan cómo deben operar los mercados, se deciden antes de los mercados empiecen a operar, determinando que intercambios son autorizados y qué intereses son beneficiados.

El mercado lo que refleja es en realidad una estructura determinada de relaciones de poder, en las cuales, las agencias estatales asumen la función de hacer cumplir los acuerdos y de ejercer como árbitro en disputas, siendo en todo momento, garantes del adecuado funcionamiento de unos mercados que ya han sido instituidos previamente

en relación a los intereses de ciertos grupos con poder (MacEwan, A. 2001:178).

Desde la perspectiva de la teoría económica la motivación de las acciones en el ámbito económico es el egoísmo, o propio interés, y por ello las personas buscan obtener de cada intercambio que realizan el máximo beneficio posible. En el caso de los oferentes tratará de producir los mejores bienes y de hacerlo lo más barato posible, pues ha de competir con muchos otros productores/vendedores. Si un producto es demandado, su precio subirá, y esta información, que es obtenida de forma instantánea por todos los participantes en el mercado, es indicativa para el empresariado de que existe una oportunidad de negocio. También de forma instantánea, las empresas imitadoras copiarán el producto, y el aumento de la oferta permitirá satisfacer esa demanda. Como todos harán lo mismo, obtendremos que, por un lado, todos los recursos disponibles habrían sido empleados óptimamente y el conjunto de bienes existentes aumentarán hasta su máximo posible; y, por otro, esos bienes se distribuirán de acuerdo con la contribución de cada uno al proceso productivo.

Como es bien sabido, este resultado que predice Adam Smith se fundamenta en el supuesto teórico de que existe una «mano invisible» es decir que los mercados funcionan bajo competencia perfecta.

Evidentemente en el mundo real no se cumplen estos supuestos, por lo que los resultados esperados del comportamiento egoísta de las empresas dista mucho de lograr el beneficio para la sociedad, muy al contrario, el mercado logra el beneficio de unos pocos a costa del resto de personas. De hecho, las predicciones teóricas de los modelos de la teoría económica de los mercados sin competencia perfecta predicen y explican los resultados reales. En concreto, el empresario que sobrevive en el mercado es aquel que ofrece un buen producto más barato que los competidores, luego tiene incentivos para minimizar sus costes monetarios, y por tanto para trasladar los costes de los demás, es decir para crear externalidades negativas, de forma que el bien personal entra en conflicto con el bien para los demás. Asimismo, las empresas tienen incentivos para crear barreras de entrada, gracias a la acumulación de beneficios que se convierte en medio y fin de la actividad productiva, para evitar que otras empresas participen en el mercado, y como resultado habrá menos producción, a precios más elevados (monopolio u oligopolio).

Si además evaluamos los resultados en términos de lo que se produce, el mercado capitalista no produce aquello que permite a las personas garantizar una vida digna, sino en producir lo que demanden las personas que tiene renta, son las que tienen derecho al voto econó-

mico (Sampedro, 2002): «Y puesto que en el mercado el dinero es el que da la «libertad de elegir» resulta que en el mercado llamado «libre» los poderosos efectivamente eligen mientras que los débiles se resignan con lo inferior o con nada». Por ello es compatible que en una sociedad cuyo sistema económico se basa en el mercado capitalista se produzca productos de lujo, a la vez que una parte de la población no tiene acceso a bienes básicos.

Respecto al reparto de los recursos, todas las personas que no intervienen en un proceso productivo de mercado no reciben ningún tipo de recurso o pago, por lo que, estas personas están abocadas a la total inanición, pues no existe ningún mecanismo del propio sistema para evitar estas situaciones. En cuanto a las personas que participan en el proceso productivo son retribuidas según el valor de su productividad marginal, siempre que exista competencia perfecta. Esto supone que a las personas se les paga en función del precio del producto que están generando y de su productividad marginal como factor. Dicha productividad, a su vez depende de su cualificación y dotes personales, así como de la cantidad total de factor contratado y del resto de factores empleados en el proceso productivo y su organización. Es evidente, por tanto, que el valor de la aportación de cada persona no depende sólo de su propio esfuerzo individual, sino también del de los demás, y de toda una serie de componentes organizacionales. Ahora bien, este criterio de reparto no garantiza que las personas obtengan una participación en el reparto de la renta que les posibilite tener medios materiales para una vida digna. Pero además, como la competencia perfecta, sencillamente no existe porque la información no es completa, ni tampoco existe perfecta movilidad, las retribuciones se fijan dentro de un juego de negociación donde existe asimetría en la capacidad de negociación, y donde el propietario del capital puede, y de hecho lo hace, imponer sus condiciones de retribución, ejerciendo el poder de monopsonio. El resultado es conocido por todos, pues en países con niveles del PIB elevados existe una parte importante de la población bajo el umbral de la pobreza, aun encontrándose empleadas, y con grandes desigualdades en la distribución de la renta y de la riqueza. De hecho, la pobreza, no es un estado natural, sino un estado social derivado de un marco jurídico e institucional concreto.

Además, los mecanismos de ajuste entre la oferta y la demanda exigen desplazamientos de los factores hacia nuevas actividades, pero las personas no tienen la posibilidad de adaptarse a cualquier empleo, debido a la diferencia de destrezas, capacitación, etc. Eso supone que los periodos de adaptación de las personas, ya sea como trabajadores o en su actividad empresarial, a nuevos sectores requieren un tiempo,

que en algunos casos puede ser muy largo, pues como bien decía Keynes (1923:47): «a largo plazo, todos muertos», por tanto pueden pasar años hasta que la economía se haya ajustado, lo que puede llevar a gran parte de la población a un estado de desempleo y de pobreza.

Por añadidura, la maximización de beneficios y su apropiación por el empresariado, actualmente accionistas y directivos, es la consecuencia simple de una teoría de los derechos de propiedad que diseña el estado, y que predomina en la mayoría de las legislaciones, y que legitima a que los accionistas sean los propietarios de todo el valor creado en la empresa, a partir de un trabajo colectivo, independientemente de su esfuerzo o del riesgo asumido.

En este proceso, se incumple el objetivo central de la economía que es satisfacer las necesidades de las personas, pues como clientes, proveedores y trabajadores, pasan a ser medios para maximizar el beneficio que obtiene el capital, sin importar los costes que éstos tengan que soportar. En definitiva, los resultados del mercado ya están descritos en la propia teoría económica clásica, lo más interesante es que se haya defendido sus bondades en función de la competencia perfecta, cuando todos los economistas saben que ésta no existe.

En la actualidad además, podemos hablar no sólo de mercados, sino de sistemas de mercados. No son la misma cosa, en las sociedades tradicionales existían mercados, pero estos eran secundarios, ya que en una familia campesina autosuficiente, podía producir para sus propias necesidades y sólo comerciaba para conseguir aquello que no podía producir por sí misma. En los sistemas de mercados, los mercados no sólo existen sino que se convierten en realidad en el factor principal de todos los asuntos económicos; pero todavía más importante, una sociedad que se desarrolla en un sistema de mercado se gestiona como un complemento del sistema de mercado mismo. «En lugar de que la economía se encaje en las relaciones sociales, éstas se encajan en el sistema económico» (Polanyi 1944:57). Supeditando de esta manera a todo el conjunto de la sociedad, incluyendo la política, al funcionamiento del sistema de mercado. Es lo que podríamos llamar hoy en día: la dictadura de los mercados, a la cual se subordina incluso el bienestar general de la ciudadanía.

El neoliberalismo equipara además al mercado con lo «racional» y cree que es el único modo de organización económica posible, aunque queden todavía muchas otras alternativas de organizar la vida económica, y aunque no sean sino el producto de unos factores institucionales (relaciones de poder, normas promulgadas, tradiciones, etc.) en una determinada etapa de evolución histórica del capitalismo (Esparta Soleta, I 2002:13).

Por esta razón, en lugar de la supremacía del mercado sobre cualquier otro ámbito, distintas corrientes, desde el institucionalismo económico, la teoría del constitucionalismo democrático, la economía solidaria, etc. así como la Economía del Bien Común, se aboga por una supeditación en todos los órdenes de la racionalidad de mercado a la racionalidad política democrática, es decir, a la voluntad social, como única manera de reequilibrar las relaciones de poder y hacer que el sistema económico funcione al servicio del bien común y del interés general.

El desarrollo democrático, desde esta perspectiva, se plantea como el recurso necesario para avanzar en mejoras de carácter instrumental que contribuyan en beneficio de toda la sociedad, para lo cual se reclama la participación ciudadana y la democracia participativa y directa, lo que implica que los afectados por las decisiones políticas tengan, no sólo voto, sino también voz en la toma de decisiones, de manera que la sociedad se conciba como una sociedad organizada a favor de la mayoría, y no de una minoría de poderosos, y se sitúe la política y el bienestar ciudadano por encima de la economía.

La democracia vive en la actualidad un período de crisis de legitimidad fruto de la desconfianza que generan las instituciones públicas y del dominio que ejercen las grandes corporaciones económicas sobre éstas. Este proceso de desafección de la ciudadanía hacia la capacidad del sistema democrático de garantizar unos derechos básicos sociales y políticos es en gran medida consecuencia de las políticas neoliberales que se han venido llevando a cabo desde los años 80, y que han tenido su mayor incidencia a partir del empequeñecimiento del Estado y la reducción de su intervención.

El neoliberalismo se ha convertido en la herramienta perfecta para que las élites económicas mundiales mantengan, e incluso incrementen, su status quo, enriqueciéndose cada día más a costa de la pérdida de bienestar de las clases medias y trabajadoras. Las políticas neoliberales se han caracterizado por intentar reducir al mínimo el papel del Estado en la toma de decisiones económicas, justificando que la intervención estatal perjudica el curso de la economía y que el motor de esta es la competencia y el libre mercado y para ello, una de las estrategias centrales del neoliberalismo ha consistido en colocar sus principios fundamentales fuera del alcance de los mecanismos representativos.

De momento, podemos afirmar que el mayor éxito del neoliberalismo ha sido generalizar la creencia que en el actual contexto de globalización las únicas políticas económicas viables son las neoliberales, como así demuestra el hecho de que gobiernos liberales se vieran obligados a aplicar medidas de carácter marcadamente neoliberal basadas

en la austeridad y el trasvase de dinero público a bancos en riesgo de quiebra tras el estallido de la crisis financiera de 2007.

Las grandes corporaciones han sido la herramienta idónea para extender la globalización económica neoliberal, así como los organismos económicos internacionales que toman decisiones de carácter global frente a los Estados, que como organismos individuales, no tienen igual capacidad de reacción y maniobra. Por otro lado, aunque en los Estados democráticos sus ciudadanos puedan ejercer el derecho a voto en diferentes elecciones y cuenten con otros mecanismos de representación y/o decisión (referéndums, iniciativas legislativas populares, etc.) cada vez más se ve relegada su participación política a favor de las decisiones de organismos estatales o supraestatales de las cuales se hallan excluidos. Los gobiernos elegidos democráticamente se han convertido, en el contexto de la globalización neoliberal, en simples agentes que se ven obligados a cumplir con las directrices económicas que provienen de las grandes corporaciones económicas y que promueven las mayores organizaciones internacionales, convirtiéndose así en meros instrumentos para llevar a cabo sus objetivos, relegando totalmente, a su vez, a la ciudadanía a un plano secundario.

De esta manera, la democracia representativa, que fue antaño un mecanismo para conseguir mejoras de bienestar y la consagración de los derechos sociales y políticos, se ha convertido hoy en día en sombra de lo que era. De hecho, los ciudadanos han sufrido un claro retroceso en derechos políticos y sociales promovido a través de la no injerencia del estado en la economía y la continua privatización de los servicios públicos de carácter social.

En consecuencia, los ciudadanos se sienten impotentes ante la crisis y las decisiones que se toman en su nombre, la distancia entre éstos y sus representantes causada por la captura del poder político llevada a cabo por las élites económicas mundiales ha desembocado en la desafección política, la falta de confianza en las instituciones y la clase política, e incluso, el cuestionamiento y legitimidad de las decisiones adoptadas y el futuro del país.

3. Valores y economía, ¿han estado alguna vez unidos?

3.1. Perspectiva histórica

Desde orígenes antiguos, la economía ha tenido algún lazo de unión con la ética, la moral o la religión, como así demuestran los ejemplos de Aristóteles o Adam Smith para los dos primeros casos;

el distanciamiento progresivo entre ética y economía se produce sobre todo gracias a la Economía Neoclásica y los procesos de modernización. Según avanzó el proceso de «racionalización moderna», y fue predominando el lado positivista y técnico de la economía, ésta se distanciaba de la ética, transformándose, aunque no para todos, en una ciencia y un modelo de «racionalidad económica» que excluía la ética, constituyendo de esta manera, un problema social.

Volviendo a los clásicos, Aristóteles consideraba a la Economía como parte del conjunto de las actividades humanas, vinculada como lo estaba tradicionalmente, con la buena administración de los bienes. En este contexto clásico antiguo, los valores éticos son constitutivos de la actividad económica porque es a través de ésta cuando se pone en práctica «la recta razón en dirección al bien del individuo y de la ciudad, conforme a un orden natural y comunitario» (Conil Sancho, J. 2006:81).

Desde esta óptica, la economía debe regirse por la razón y la naturaleza al servicio del bien de la comunidad. Por ello, la economía debe atenerse al orden social y natural de la ética y la política. De hecho, Aristóteles separaba la economía (el arte de lo productivo) de la crematística (la mera adquisición de riqueza y recursos), distinguiendo además en esta última entre la que procura recursos necesarios para vivir bien y es limitada, de la otra, en la que no hay límites y por la misma razón, va contra el orden natural.

Aristóteles consideraba además que la casa y la ciudad se constituían para la satisfacción de las necesidades humanas y para el buen vivir, ya que toda comunidad se constituye en vista a algún bien y el hombre es animal político y con logos, es decir, necesariamente distingue entre lo que es conveniente y lo que es dañino, lo que es justo y lo que es injusto, entre el bien y el mal, y así como el hombre no se basta para vivir sólo, vive en comunidad porque así lo ha dispuesto la naturaleza; y esto incluye el sentido de la justicia en cada ámbito, ya que la justicia es el orden de la comunidad política. Por las mismas razones, y aunque es cierto que una aplicación directa de la teoría económica de Aristóteles hoy en día sería imposible dados los cambios de la realidad histórica, la tradición aristotélica renueva la necesidad de volver al sentido clásico de la Economía Política, cuyo paradigma original enmarca la economía dentro de la filosofía práctica, político-moral.

Por su lado, Adam Smith era profesor de Filosofía Moral y publicó en 1776 el libro que se considera fundacional de la Economía Moderna: «Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones». Para sorpresa quizás de algunos tras todas las ter-

giversaciones que se han hecho sobre «la mano invisible» de Adam Smith, éste anclaba la Economía Política en una ética de carácter moderno. Si bien creía que el comportamiento económico se regía por el «egoísmo» —así no es en virtud de la humanidad o de la justicia por parte de los ricos, sino por una «mano invisible» o por una «providencia» que mueve y ordena los esfuerzos dispersos de los individuos en su propio provecho que se produce una distribución necesaria de los bienes— consideraba igualmente importante establecer instancias de control, como la justicia, ya que el interés propio puede llevar a que no se respeten los límites, y por ello debía mantenerse una actitud crítica y de discernimiento en el ámbito económico, siendo conscientes de las limitaciones del mercado. A Adam Smith le preocupaba que la búsqueda de ganancias privadas provocaran pérdidas sociales y por ello, era consciente de que el interés propio necesita de un control en el orden social, de manera que se protegiera el «sistema de libertad» en la sociedad comercial (Conill Sancho, J. 2006:107).

Para Smith, la economía está al servicio del bienestar dentro de un contexto de justicia social, porque en último término, de lo que se trata es de la realización de los individuos en libertad. Pero la ley y la responsabilidad social preceden al mercado, de manera que la economía sólo tiene sentido dentro de un contexto político, social e institucional con trasfondo moral. Su concepción económica se presenta, al igual que ocurre con Aristóteles, como Economía Política, ya que la economía es una herramienta poderosa para el desarrollo de los individuos y su finalidad es aumentar su libertad y bienestar.

En la actualidad, se oyen cada vez más voces de economistas que reconocen como la avaricia, el afán de lucro desmedido y la falta de auténticas guías (valores) nos han llevado por el camino erróneo, tomando las decisiones equivocadas, propagando la corrupción, y después volviendo a tomar más decisiones equivocadas en una huida hacia adelante para no reconocer los propios errores y perpetuar el mismo estado de cosas. Esto les ha llevado a plantearse la necesidad de incorporar la dimensión ética a la economía y regirse por otros valores. Pero no sólo en la economía es dónde son necesarios.

Adela Cortina, en su libro «¿Para qué sirve realmente la ética?», desgrana toda una serie de argumentaciones para hacernos conscientes de que los valores morales, éticos, son las únicas guías capaces de hacer del hombre, un hombre feliz, ya no digamos para vivir felices en sociedad. A nivel personal, cuanto más éticos seamos, más acertadas serán nuestras decisiones y más cerca estaremos de ser personas felices y completas. Al menos así lo creían los filósofos griegos, que el

bien obrar lleva a la felicidad porque la felicidad consiste en obrar bien y tener buena suerte. Pero como dice Adela Cortina, trabajar para la justicia es incómodo, exige afrontar situaciones desagradables, desde situaciones sencillas que se dan en nuestra vida cotidiana hasta las situaciones que van contracorriente en un mundo desigual e insolidario. Por eso, afirma, cuesta tanto conjugar la justicia y la felicidad, porque la felicidad pocas veces es entendida como autorrealización, acompañada de cierta suerte, sino simplemente como «estar bien», «y como se dice en mi tierra, ..., el que esté bien, que no se mueva» (Cortina, A. 2013:169)

Es decir, ser justos muchas veces no es la opción más fácil y cómoda, pero el camino a la autorrealización y el desarrollo personal no es nunca la opción fácil, ni la cómoda, siempre implica tener que enfrentarse a lo nuevo, a lo desconocido, y a lo incómodo, se puede ser inmovilista, no buscar ningún tipo de cambio para mantenernos en nuestra zona de «comodidad» que nada perturba, pero esta opción es estática y tarde o temprano estaremos en una jaula, y no de oro precisamente, sino de aburrimiento y frustración que no nos conducirá a ninguna parte. Esto vale también para la sociedad, cuanto más felices y más completos seamos, más podremos aportar a la sociedad y contribuir al beneficio de todos.

Debemos preguntarnos si nuestras necesidades se cumplen simplemente adquiriendo productos y acumulando riqueza, si el éxito y la felicidad sólo se miden por lo abultado de nuestra cuenta bancaria, o si cumplidas con ciertas necesidades de satisfacción material, el camino hacia la felicidad y la autorrealización, es otro.

3.2. *Valores de la Economía Social, la Economía Solidaria y la Economía del Bien Común*

El origen de las ideas y de las prácticas de cooperación están presentes en todas las épocas y las civilizaciones, pero en el entorno europeo surgen ante las necesidades de las personas más vulnerables e indefensas, que mediante la autoayuda buscan soluciones a sus problemas generados en el contexto del desarrollo industrial de los siglos XVIII y XIX (López Castellano, 2003:201).

La defensa explícita de los valores asociativos en la economía aparecen en las ideas de los denominados asociacionistas en el s. XVII, que serán defendidas por Sismonde (1819), con una mayor base humanística y teórica, planteando la necesidad de que la economía debía preocuparse por el bienestar de las personas y no por el volumen de produc-

ción, y donde la cooperación es la herramienta para esa nueva economía. Posteriormente, Saint-Simon (1823) y sus seguidores promulgan las ideas estatistas, donde desaparece la propiedad privada, la herencia y la libre empresa, que son sustituidas por un estado, donde los medios de producción son colectivos y autogestionados.

En el siglo XIX, Owen, Fourier, King y Buchez, teorizan la idea de que la cooperación es el motor de cambio social mediante su aplicación al ámbito de la producción y el consumo, en un contexto de propiedad privada. Veían en el cooperativismo el medio de unión de los trabajadores para superar a los grandes capitalistas, así como en el consumismo, las cooperativas de consumo, la base para la intersolidaridad entre las personas, donde el excedente tendría un destino económico, como era la reinversión en las cooperativas y social, fundamentalmente educativo y asistencial. Dicho proceso de cambio se fundamentaba en la confianza en los valores como mecanismo de transformación social, lo que llevó a los defensores del socialismo estatal a denominarlos «socialismo utópico».

Desde una perspectiva práctica, el movimiento cooperativo se inicia de la mano de «los Pioneros de Rochdale» en 1844 que se dotaron de una serie de normas, consideradas el origen de los principios cooperativistas y que se concretan en: voluntariedad, gestión democrática, interés limitado al capital, participación en excedentes, fomento educativo-asistencial y solidaridad intercooperativa y social. Ya en la segunda mitad del siglo XIX se produce el reconocimiento del cooperativismo en el derecho societario, se abre así una tercera vía jurídica entre la empresa capitalista y la empresa pública, se consolidan diferentes formas mutualistas y aparecen las primeras cooperativas de crédito.

De forma paralela, en el siglo XIX se consolida una segunda tendencia sobre el método para la transformación del sistema capitalista mediante la intervención pública. Por un lado, las propuestas marxistas proponen un modelo cooperativo fundamentado en la propiedad pública y la intervención estatal. Por otro, la idea de que el mercado es la mejor solución social para los problemas económicos es cuestionada por el último autor clásico, John Stuart Mill (1848), para el que las leyes de la distribución son casi por entero materia de la voluntad de cada uno y de las instituciones humanas, las cuales, a su vez, son producto de valores, costumbres, filosofías sociales y gustos cambiantes, y su mejora y su diseño corresponde al Estado. Sin embargo, su propuesta no es la propiedad pública, sino es un sector público que corrija la distribución injusta de la renta, y la libertad individual y social, donde esta se traduce en cooperación voluntaria en proyectos sociales y empresariales (Rosen, F., 2011:37).

A partir de este autor surgirán todos los estudios sobre los «fallos del mercado», que será la línea argumentativa para la creación del Estado de bienestar, y que sustentará el crecimiento en Europa occidental durante el período 1945-1975 caracterizado principalmente por el sector capitalista privado tradicional y el sector público. Ya en el siglo xx, como bien destaca Divar (2012, p. 49), las ideas cooperativistas se centran en la gestión empresarial, pasando a un segundo plano el papel de motor de cambio social.

Sin embargo, debido a la crisis de dicho Estado de Bienestar, junto a las crisis económicas, la economía de mercado no soluciona los problemas como el desempleo masivo, la exclusión social, el bienestar en zonas degradadas, la salud, la educación, la calidad de vida de los pensionistas o el desarrollo sostenible. En ese contexto, en 1980 se publica la Carta de la economía social que la define como el conjunto de organizaciones que no pertenecen al sector público, funcionan de manera democrática con igualdad de derechos y obligaciones de los socios, y practican un régimen particular de propiedad y distribución de los beneficios, empleando los excedentes para ampliar la entidad y mejorar los servicios prestados a sus socios y a la sociedad (Monzón, 2011:35). Bajo el paraguas de la Economía Social se engloban las cooperativas y las mutuas y las entidades de no mercado como son las asociaciones y fundaciones. Todas ellas comparten una serie de principios, que recogen la tradición cooperativista, y que fueron aprobadas por sus propias entidades en «La Carta de principios de la economía social» y que son: primacía de la persona y del objetivo social por encima del capital; adhesión voluntaria y abierta; control democrático ejercido por sus miembros combinación de los intereses de los miembros usuarios y/o del interés general; defensa y aplicación de los principios de solidaridad y responsabilidad; autonomía de gestión e independencia respecto de los poderes públicos; utilización de la mayoría de los excedentes para la consecución de objetivos a favor del desarrollo sostenible, los servicios de interés para los miembros y el interés general.¹

Posteriormente, aparece el enfoque de la economía solidaria, que se desarrolló en Francia y en algunos países latinoamericanos durante el último cuarto del siglo xx, y se asocia en gran medida al importante crecimiento que el tercer sector ha experimentado en número de organizaciones que producen y distribuyen algunos de denominados bie-

¹ Déclaration finale commune des organisations européennes de l'Économie Sociale, CEP-CMAF, 20 de junio de 2002.

nes sociales o preferentes para sectores de población que difícilmente pueden incorporarse a la economía de mercado, como es el caso de los discapacitados, personas maltratadas, inmigrantes, etc. Es en estos ámbitos donde algunas organizaciones como las cooperativas y, sobre todo, asociaciones han experimentado una notable expansión. Este sector agrupa simultáneamente a un conjunto de nuevas organizaciones y nuevos ámbitos de actuación. En comparación con los agentes clásicos de la economía social presenta tres características distintivas: a) las demandas sociales que intenta atender, b) los actores que están detrás de estas iniciativas y c) el deseo explícito de un cambio social y no sólo de gestión empresarial.

Sobre la base de estos tres aspectos se desarrolló el concepto de economía solidaria en Francia a partir de 1980, que incorpora el principio de reciprocidad en la actividad económica, mediante las aportaciones del voluntariado.² A diferencia del enfoque europeo, que considera que la economía solidaria es compatible con el mercado y el estado, la perspectiva latinoamericana se centra en el desarrollo de este concepto como alternativa mundial al capitalismo. (Luis Razeto, 1984)

Así la economía solidaria, es un enfoque de la actividad económica que tiene en cuenta a **las personas, el medio ambiente y el desarrollo sostenible y sustentable**. Por ello, es una manera de vivir que abarca la integralidad de las personas y considera que la finalidad de la economía es proveer de manera sostenible las bases materiales para el desarrollo personal, social y ambiental del ser humano.

La referencia de la economía solidaria es **cada sujeto y las comunidades creadas desde las iniciativas sociales**, por lo que no se la identifica según los beneficios materiales de una iniciativa, sino que se define en función de la calidad de vida y el bienestar de sus miembros y de toda la sociedad como sistema global.

La economía solidaria, en el marco de la tradición de la economía social, pretende incorporar a la gestión de la actividad económica, los valores universales que deben regir la sociedad y las relaciones entre toda la ciudadanía: **equidad, justicia, fraternidad económica, solidaridad social y democracia directa**. Estos valores éticos, sirven de guía a las personas y la construcción de la economía solidaria se fundamenta en seis principios, tal como recoge su carta: en principio de equidad, del trabajo, sostenibilidad ambiental, cooperación, sin ánimo de lucro y compromiso con el entorno.

² FAVREAU, L. y VAILLANCOURT, Y. (2001): «Le modèle québécois d'économie sociale et solidaire», *Revue internationale de l'économie sociale*, n.º 281. 45.

Recientemente ha surgido la propuesta de la Economía del Bien Común (2010) comparte con la economía solidaria el objetivo de construir una economía por y para las personas, mediante el bien común. Este concepto no es nuevo, pues aparece explícitamente en toda la teoría aristotélica, y posteriormente en Santo Tomás de Aquino, así como en el ámbito del estudio del comportamiento ético de la empresa (Argandoña, 1998), si bien su plasmación práctica no es fácil de concretar, pues es el bien creado por todos y del que disfrutan todos. Sin embargo, Christian Felber se atreve a dar una definición, entendiendo que el bien común se fundamenta en el respeto y fomento de los valores humanos que compartimos, y que tienen su plasmación en los derechos humanos. Por ello, los valores explícitos que el autor propone son: la dignidad, **la solidaridad, el respeto al medioambiente**, la justicia social, la democracia y la transparencia.

La Economía del Bien Común, es un sistema que integra propuestas e ideas alternativas al sistema neoliberal dominante, que han sido derivadas de buenas prácticas anteriores o elaboradas por distintos estudiosos. Por hallarse todavía en sus inicios, la EBC se está presentando fundamentalmente como un movimiento empresarial que persigue la reorientación de los objetivos de las empresas; no obstante, es un modelo integrador de diversas propuestas y tiene objetivos en distintos planos de actuación: económico, político y social. Por otro lado, y al igual que plantea la Economía Solidaria, coloca las prácticas de la actividad económica al servicio del hombre y no al revés. Hace hincapié en la incoherencia en la que se ha caído al medir el éxito económico sólo por su valor monetario olvidando medir lo fundamental, que es la satisfacción de las necesidades humanas, cayendo en el error de medir el medio en lugar de la finalidad del sistema económico: su utilidad social.

La EBC presenta en realidad un modelo económico de mercado pero no al estilo tradicional capitalista sino «cooperativo»; se sigue basando en las empresas y la creación de riqueza, por lo que propone que las empresas, además de realizar un balance financiero, realicen un Balance del Bien Común. En la EBC el principal valor es la dignidad humana, sustentada en que todos los seres humanos somos seres con el mismo valor; su contrapartida colectiva se hallaría en el Bien Común, y propone medir su contribución a estos valores si queremos que la actividad económica sea una actividad al servicio del ser humano. (Gómez Calvo, V. 2013).

4. La democracia como vía y fin de la economía con valores

4.1. *La Teoría del Constitucionalismo democrático*

Tanto, para la Economía Solidaria, como para la EBC, cualquier cambio social y económico exige la existencia de una verdadera democracia, y por tanto, una reforma constitucional, en un contexto en el que la mayor parte de las respuestas a la crisis pasan por el desmontaje del Estado Social y la construcción de un nuevo «mini-Estado, sin ninguna reforma política. Este planteamiento se basa en la falta de alternativas viables al sistema capitalista y en el hecho que es necesario sacrificar al Estado Social para que éste perdure. Sin embargo, esta solución nos reconduce a formas de legitimidad de poder ya superadas, como el poder de los mercados, de los poderosos, de los profesionales de la política y en general, de todos aquellos que no están dispuestos a reducir sus privilegios e inmunidad.

Nos enfrentamos a un retroceso en los derechos sociales y el empobrecimiento de nuestras sociedades junto al peligro de un nuevo orden legal, pero ilegítimo, de organización y control social que coarte o elimine las libertades individuales y colectivas. Por todo ello, parece que es el momento de rescatar el constitucionalismo democrático, fundado en la soberanía del pueblo y en el poder constituyente como origen de legitimidad del poder público.

La teoría democrática del poder constituyente nació en el marco de las revoluciones liberales que tuvieron lugar en el último tercio del siglo XVIII. Su función legitimadora, fundamentada en la decisión democrática de la voluntad popular y su capacidad ilimitada de actuación (soberanía) ha constituido un elemento emancipador social a lo largo de la historia. El poder constituyente surge para constituir: instaurar poder constituido sobre las cenizas de lo anteriormente dado bajo la premisa de que lo nuevo constituido también tiene fecha de caducidad y está en manos del poder constituyente. De aquí el carácter revolucionario del poder constituyente, cuya dialéctica funciona como motor del avance social. El Constitucionalismo Democrático fue producto de las revoluciones liberales norteamericana y francesa, cuyo objetivo era activar un poder absoluto con capacidad creadora cuya función fuera instaurar un poder limitado a través de una Constitución.

La Constitución provenía del poder constituyente del pueblo y de la vigencia del principio democrático que la legitimaba y de esta manera, se legitimaba el poder constituido. Ambas naciones rompieron con el Antiguo Régimen, substituyendo la soberanía del Rey por la soberanía

del pueblo e imponiendo la voluntad general al interés particular de los privilegiados.

Las revoluciones liberales del siglo XVIII sólo aplicaron teorías que se habían ya generado en el pasado reciente o lejano, y reinterpretaron algunas de ellas bajo el prisma de la razón que había despertado durante el humanismo y que cobró forma durante la Ilustración. El pueblo tiene un poder puro, originario, pero cuyo fruto es un poder controlado, constitucional, una vez es aprobada la Constitución. Ahora bien, la esencia del Poder Constituyente es precisamente que «un pueblo tiene siempre derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede imponer sus leyes a las generaciones futuras» (art. 20 de la constitución francesa de 1793, que nunca entró en vigor, aunque fue aprobada).

El pueblo es donde se sustenta toda la potencialidad revolucionaria, el sujeto soberano donde reside el poder constituyente. La asimilación entre pueblo, poder constituyente y soberanía es lo que conforma los cimientos de la Constitución democrática. A su vez, el texto constitucional consagra los elementos de la garantía y desarrollo del gobierno democrático, lo que da paso al Estado constitucional.

Sin embargo, el siglo XIX fue un periodo de adaptación de las Constituciones a los intereses comunes de viejas y nuevas clases sociales, y de rechazo a los principios revolucionarios democráticos. Las Constituciones dejaron de ser consideradas normas jurídicas para pasar, en las monarquías, a obtener la naturaleza de cartas otorgadas y, en las repúblicas, a preconizar el carácter orientativo, no vinculante de su contenido, ya de por sí aminorado en sustancia. Los conceptos de poder constituyente y soberanía incorporaron elementos conservadores que acabaron con su potencialidad revolucionaria y sentido original. Así se delegó la reforma constitucional, que ya no se asentaba en la soberanía popular.

Hoy en día, es necesario hacer frente a los poderes fácticos defensores de intereses contrarios a los generales a través del poder constituyente. Este es propio de una teoría democrática de poder público. El poder constituyente engendra poder constituido y le dota de legitimidad democrática necesaria para su construcción. Se activa cada vez que el poder constituido, como en la actualidad, se deslegitima. Cada generación tiene derecho a cambiar sus normas de convivencia, su Constitución y a decidir sobre su presente y futuro. Negar este derecho sería negar el carácter democrático de dicha sociedad. El siglo XIX fue un periodo oscuro en cuanto a la legitimidad democrática del poder público, lo que se tradujo seguramente en índices de mayor desigualdad social hasta ese momento histórico y que se correspondieron con

la consiguiente crisis social que enfrentó al Estado liberal a su quebrantamiento, en la forma de comunismos o fascismos. El resultado fue una transformación del Estado liberal que creara unas condiciones materiales de igualdad que lo hicieran viable: Estado de Bienestar o Estado Social. Y ahora que se ha visto amenazado, es incapaz de restablecer los derechos que caracterizaban al constitucionalismo social porque la constitución ya no está formalmente en manos del pueblo, ya que los poderes constituidos se arrogaron la posibilidad del Estado liberal conservador, de cambiarla a su antojo.

La recuperación del concepto democrático de la soberanía, es el fundamento del Estado y el instrumento de la sociedad frente al Estado, el cual lo crea, lo controla y lo coloca a su disposición. El Estado no tiene sentido por sí sólo, sino para mejorar las condiciones de vida de los miembros de la sociedad organizada. La soberanía es el reconocimiento de una poder que la sociedad puede y debe utilizar contra las élites cuando éstas atentan contra el interés general, y la materialización última de la soberanía es el poder constituyente (Aparicio Wilhelmi, M. y otros, 2005).

4.2. *Movimientos sociales, participación ciudadana y empoderamiento político*

En la Economía Solidaria y la Economía del Bien Común, el poder popular no se representa como un «contrapoder» sino como un proceso integral de gestación de nuevos valores y relaciones, ya que la superación del capitalismo requiere de la superación de la lógica del funcionamiento del capital, y esto significa una transformación social de las conciencias. Esta se inicia cuando los pueblos tratan de dar respuesta a sus necesidades y se organizan proponiendo alternativas, impulsando la participación democrática y organizándose políticamente, construyendo así un poder político-cultural desde abajo. Se trata de un proceso integral de transformación consciente y activa del actor colectivo que es protagonista del cambio y que se va gestando así mismo y gestando una nueva realidad en este proceso que abarca a todas las áreas de la vida, pues todas ellas están interrelacionadas (Rauber, I. 2006).

La vía democrática de transformación social implica que en cada momento del proceso haya que optar a favor de quiénes y de qué políticas estamos, y desde dónde, quiénes gobiernan y para qué. Esta debería ser siempre una opción consciente del pueblo, individual y colectiva; y para que así ocurra, debe ser construida, día a día, desde abajo. Para

ello, la Economía Solidaria y la Economía del Bien Común, proponen la realización de asambleas constituyentes ya que todos los pueblos deberían poder ejercer su derecho a expresar sus puntos de vista e intereses en un proceso permanente. Lo que aparece en la Economía Solidaria y la EBC es una nueva cultura de poder basada tanto en la participación colectiva creciente en el proceso de toma de decisiones como en la ejecución de las resoluciones y el control de los resultados y la gestión gubernamental toda, y para ello es necesario el empoderamiento creciente de los individuos y de los pueblos.

En la actualidad se está llevando a cabo un complejo proceso colectivo, social, cultural, ideológico y político que intenta superar al sistema dominante y sus fallas, si logra tener éxito, se hará sobre la base de una nueva ética y una nueva lógica del funcionamiento social propia de los pueblos que también se construirán desde abajo.

Así la Economía Solidaria y la EBC no sólo abren el camino a la democratización de las actividades económicas sino a una mayor democratización de toda la esfera pública, que es posterior a la democratización económica. La participación democrática implica que los afectados por las decisiones tomadas en materia económica tengan voz en esta toma de decisiones, y aunque no es garantía contra los errores, la detección de estos constituye parte del proceso y es más fácil corregirlos, puesto que las decisiones no son nunca definitivas y siempre es posible encontrar nuevas soluciones.

La política de dejar hacer al libre mercado no puede dar solución a problemas sociales como la pobreza, las desigualdades, la emigración, carencia de infraestructuras, etc. porque estos problemas hunden sus raíces en las relaciones institucionales de poder en los contextos sociales donde se producen, y por lo tanto, sólo pueden ser resueltos incrementando la participación democrática de la ciudadanía para equilibrar las relaciones de poder. No sólo eso, si recuperamos la noción de constitucionalismo democrático, fundado sobre la soberanía del pueblo y en el poder constituyente como origen de legitimidad de todo poder público, el pueblo tiene un poder puro, originario, que se activa cada vez que el poder constituido se deslegitima al no representar los intereses generales de la sociedad. Cada generación tiene derecho a cambiar sus normas de convivencia y su constitución y negar este principio sería negar el carácter democrático de la sociedad misma.

Como ya comentamos anteriormente en este artículo, en el siglo XIX, las constituciones perdieron su carácter «revolucionario» al adaptarse a los intereses de las clases sociales dominante, pasando de ser consideradas normas jurídicas en las monarquías, a obtener la na-

turalidad de cartas otorgadas, y en las repúblicas, a preconizar el carácter orientativo-no vinculante de su contenido. De esta manera, los conceptos de poder constituyente y soberanía incorporaron elementos conservadores que acabaron con su potencialidad revolucionaria y sentido original (Aparicio Whilhelmi, y otros, 2012). De hecho, las constituciones actuales no están formalmente en manos del pueblo, ya que los poderes constituidos (políticos), se arrogaron el poder de cambiarla. Por ejemplo, la constitución española de 1978 pone muchos cortapisas a la soberanía popular en el Título X: como los límites a la iniciativa popular (áreas como la laboral y la económica quedan fuera del alcance de las iniciativas legislativas populares), condiciones específicas para las convocatorias de referéndums consultivos, etc. todo ello dispuesto para que el poder constituyente del pueblo no se active.

Sin embargo, la Teoría del Poder Constituyente nos lleva a la regeneración de lo que existe, lo ya constituido, a través de la decisión democrática del pueblo. La recuperación de un concepto democrático de la soberanía no es sólo el fundamento del Estado sino el instrumento que la sociedad utiliza frente a al Estado para crearlo, controlarlo y colocarlo a su disposición. El Estado sólo tiene sentido como instrumento para mejorar las condiciones de vida de los miembros de la sociedad. La soberanía es el reconocimiento de un poder que corresponde sólo al pueblo soberano y que la sociedad debe utilizar contra las élites cuando éstas atentan contra el Bien Común y la materialización de dicho poder constituyente.

5. El proceso de transformación de la EBC: la construcción de una democracia económica, social y política

La clave innovadora de la EBC es proponer un sistema económico que fomente los comportamientos basados en los valores humanos, frente a aquellos que los ignoran, mediante un cambio en el diseño de las instituciones económicas. El sistema capitalista cuenta con un marco jurídico y de incentivos que premia el egoísmo y la competencia, y como hemos comprobado en epígrafes anteriores los resultados obtenidos distan mucho de ser el bien común.

Si deseamos una economía basada en valores humanos, lo lógico es diseñar un sistema económico que premie a las empresas que generan bien común y no los comportamientos que lo reducen, tal como ocurre con el actual sistema. El modelo propuesto se denomina economía de mercado cooperativo porque se fundamenta en la propiedad privada, con límites, la actividad empresarial y la creación de riqueza,

pero no sólo económica ni a cualquier precio, y donde se incentiva la cooperación y la creación de bien común.

De hecho, la reflexión inicial de la que parte la EBC es que las relaciones sociales se fundamentan en valores como: la honestidad, la dignidad, la cooperación, la solidaridad, la felicidad, la compasión, el altruismo, la amistad, etc. Sin embargo, la economía capitalista está regida por los principios del egoísmo, la competencia y la maximización del beneficio, que ha demostrado estar muy lejos de conseguir la calidad de vida para todos los ciudadanos. Esta contradicción se produce porque el sistema económico actual está diseñado para premiar e incentivar esos comportamientos. En ambos tipos de mercado, la empresa necesita cubrir sus costes, por tanto un balance financiero saneado es necesario, ahora bien en el mercado capitalista si una empresa desea pagar bien a sus trabajadores, a sus proveedores, etc incurrirá en una serie de costes que pueden hacer peligrar su situación financiera, mientras que una empresa que no lleve a cabo estas buenas prácticas tendrá más posibilidades de no cerrar. Ante esta contradicción, la EBC propone un sistema que premie a las empresas que fomenten el bien común, puesto que la sociedad se está beneficiando directamente de este comportamiento. De esta forma, los incentivos de las empresas y los de la sociedad siguen los mismos parámetros y no entran en conflicto.

El elemento clave en esta propuesta es la importancia de la cooperación como motor del progreso de la sociedad, pues gracias a ella, todos ganan, como sustituto de la competencia, donde algunos (o muchos) tienen que perder. De hecho, la teoría clásica ve en la división del trabajo, que exige cooperación dentro de la empresa, como medio del crecimiento de la producción, y defiende las ventajas de la competencia perfecta gracias a que favorece los procesos de imitación de las prácticas exitosas, cuando realmente esta información no se comparte y es muy difícil de conseguir en un contexto de competencia. Por el contrario, la cooperación directamente permite y premia estos procesos de mejora compartida, dentro de la empresa y entre éstas, por tanto, una forma de fomentarla es la recompensa directa por medio de incentivos públicos. Ahora bien, la EBC no solo crea un sistema de premios para las empresas que cooperen con trabajadores, proveedores, y otras empresas, sino con la sociedad en general, además de ofrecer toda una serie de propuestas de reformas económicas y políticas que iremos desgranando.

Su primera aportación es una propuesta para medir el bien común, pues en palabras del premio Nobel Joseph Stiglitz «Lo que medimos afecta lo que hacemos, si no medimos lo correcto, no haremos

lo correcto». Esta medición del éxito se realiza a nivel microeconómico mediante el balance del bien común, y a nivel macroeconómico, mediante la evaluación de producto del bien común. La propuesta que está más avanzada es la medición a nivel microeconómico explícita del bien común generado por una empresa, mediante una herramienta denominada «matriz del bien común», cuyos criterios se establecieron a partir del acuerdo de un conjunto de empresarios en Austria, y que es un proceso en construcción, pues de hecho está en su versión 4.0. Los indicadores propuestos miden el efecto de las actuaciones de la empresa sobre los valores de la dignidad humana, solidaridad, sostenibilidad ecológica, justicia social, participación democrática y transparencia, en función de los grupos de personas afectadas: proveedores, financiadores, empleados/propietarios, clientes / productos / servicios / co-empresas, y ámbito social: región, generaciones futuras, personas y naturaleza. En las intersecciones de estos dos criterios, valores y grupos afectados, aparecen criterios para evaluar aspectos como las condiciones laborales, el reparto de la renta y del trabajo, etc. Este proceso evaluativo se concreta en un valor numérico, que es el balance del bien común, y que ofrece una cuantificación del aporte de la empresa al bien común. Es importante destacar que el valor primordial de la EBC y de la economía solidaria es la democracia, y esta tiene su mayor desarrollo en las formas organizativas donde una persona es un voto. No obstante, la evaluación que propone la EBC facilita que la empresa tome conciencia del grado de generación de bien común, lo que permite graduar el grado de compromiso alcanzado con el proceso de transformación, sin que el cumplimiento de los principios democráticos estén totalmente presentes, frente a la economía solidaria, que sólo considera que las empresas que están bajo este paradigma son las formas asociativas de la economía social.

Desde un punto de vista práctico, Christian Felber propone, en una primera etapa, que las empresas, municipios y organizaciones se comprometan a medir su aporte al bien común. En una segunda etapa, la EBC prevé que las empresas/organizaciones que ya hayan medido su participación al bien común mediante el balance, hagan pública su puntuación mediante su publicación en los medios de comunicación, en la página web de la EBC y otras fórmulas que se están barajando. Además, las empresas etiquetarán sus productos con un distintivo o color en función de la puntuación obtenida, de esta manera los consumidores serán conocedores en su toma de decisiones de cómo la empresa favorece al bien común. Así, el consumidor tiene la información que necesita y puede ejercer su derecho de participación y su responsabilidad individual y colectiva en las compras que realiza.

En la actualidad, existen muchos certificados y evaluaciones sobre el comportamiento ético de las empresas: la propuesta de la EBC, la auditoría social de la economía solidaria, las memorias de responsabilidad social, GRI; norma 26.000, SA8000, SG21, EFR o RS10, entre otros. Sin embargo, la gran diferencia está en el hincapié que hace la EBC en la transformación del marco institucional, que propone en la tercera fase. Es fundamental entender que el sector público ofrece un marco jurídico al mercado capitalista que permite la maximización de beneficios, preservando el derecho de la propiedad sin ningún tipo de restricción, donde sobrevivir implica competir y dañar a otros. Posteriormente, la actividad del sector público intenta solucionar, en el mejor de los casos, los «fallos del mercado»: pobreza, desigualdad, deterioro medioambiental,.. y surge así en el siglo xx conocido «Estado de bienestar», como ya hemos comentado. De igual forma, el sector público, puede también diseñar un marco legal del mercado, pero en este caso, cooperativo, pues la EBC, como cualquier sistema económico necesita de unas «reglas de juego». En la EBC no hay más regulación de la que pueda existir hoy en día, pero su objetivo no es «enmendar» los resultados del mercado, sino corregir los mecanismos e incentivos para generar otros resultados desde el propio mercado, pero en consonancia con valores humanos, de forma que el sistema premie la generación del bien común y no la maximización de los beneficios a toda costa.

Pues bien, la EBC plantea un sistema de certificación del balance basado inicialmente en auditoría, para que en el futuro cuente con la inspección pública de dicho certificado, al igual que ocurre en actualidad con la declaración de impuestos, que son controlados mediante las inspecciones públicas. El BBC será obligatorio para todas las empresas y estará auditada externamente, será difundida públicamente y permitirá al consumidor conocer en qué medida la empresa cuyo producto o servicio adquiere, contribuye al bien común. Además, como el BBC de una empresa se verá afectado por el BBC de sus proveedores, instituciones crediticias y empresas con las que colabora; ésta tenderá a colaborar con empresas con un elevado BBC.

Además el balance del bien común, es la herramienta de constatación que empleará el sector público para la aplicación de los incentivos a las empresas «productivas del bien común», en concreto se propone: disminución de impuestos, créditos bancarios en condiciones más favorables, preferencia en la contratación pública, cooperación con universidades públicas en investigación y ayudas directas. Esto implica que la empresa que fomente el bien común podrá ofrecer los productos a precios más reducidos que aquellas que crean mal común, por lo que les resultará es más difícil sobrevivir en el largo plazo.

Además, la EBC, propone también una serie de reformas que tienen como objetivo conseguir que la economía esté al servicio de las personas y no al revés, que se pueden resumir en tres grandes propuestas. La primera es limitar a acumulación de capital con el objetivo de convertir el beneficio en un medio para generar más bien común y no un fin. La segunda, al igual que la economía solidaria, es que el trabajo es la forma natural de desarrollo personal y el medio para conseguir los recursos necesarios para vivir, por ello el sistema debe favorecer la incorporación de las personas a las diferentes formas de trabajo y que éste permita una vida digna, con la propuesta de un establecimiento de salarios máximos y el derecho de propiedad limitado y la tercera es la importancia de los bienes democráticos, aspectos que desarrollamos a continuación.

La limitación de la acumulación de beneficios, más allá de unos límites, elimina el incentivo al crecimiento pues ni genera más beneficios ni tampoco una ventaja adicional para la empresa porque no puede crear barreras de entrada en el mercado, rompiendo así la causa fundamental de la aparición de la desigualdad económica y política, y de incentivos a la no cooperación empresarial.

Ello no implica que el beneficio monetario desaparezca, si no que deja de ser un fin en sí mismo, y se convierte en el instrumento para fomentar lo que verdaderamente importa a las personas, el bien común, mediante una serie de usos permitidos y prohibidos. Así, entre los usos permitidos estarían las inversiones cuya viabilidad sea financiera y social porque generan bien común, por lo que el plan de negocio tendrá una apariencia totalmente diferente a la actual; las provisiones para pérdidas: que deben ser depositadas en la banca orientada al bien común; el aumento del capital propio, y que pueden servir en el futuro como complemento de las pensiones públicas; el reparto entre los colaboradores de la empresa, estando limitado a un número de veces el salario mínimo y los préstamos a clientes, empresas o proveedores, pero sin intereses. Por otro lado, los usos no permitidos de los beneficios serían: el reparto de beneficios entre propietarios que no trabajan en la empresa, la adquisición y fusión de empresas sin su consentimiento, las inversiones financieras, pues el efectivo en la economía del bien común no es sólo un bien privado, sino público, por lo que si se tiene liquidez se puede poner a disposición de la banca, y por último, las donaciones a partidos políticos.

Pero las empresas también pueden quebrar porque estarán en una economía de mercado, aunque previamente las empresas deben cooperar entre ellas para buscar soluciones: disminuir horarios laborales, crear nuevas especialidades, organizar cursos de formación, buscar

puestos de trabajo alternativos, fusionar voluntariamente dos negocios, etc. Además, las grandes empresas, con más de 250 trabajadores, deben ser propiedad de sus empleados y de los ciudadanos, que estarán representados por delegados elegidos directamente en parlamentos económicos regionales, y no por políticos.

El capital no se remunerará, no habrá dividendos ni pago de intereses. Si la empresa necesita capital puede conseguirlo de los bancos orientados al bien común (que no distribuyen dividendos ni pagan intereses por los ahorros); de particulares que se involucren en la empresa; de jóvenes que aporten su dote democrática; o de préstamos sin coste de otras empresas, etc. La inexistencia de retribución del capital puede plantear la duda de si paralizará la inversión, pues el riesgo de quiebra existe. Ante esa crítica debemos reflexionar sobre la idea que la empresa es una acción colectiva en la que no sólo arriesga quien pone el capital, sino también el trabajador que contribuye con su trabajo y asume el riesgo de perder su sustento vital. Por eso el «inversionista» sólo participa en los beneficios si trabaja en la empresa, y su retribución puede ser más alta, pero siempre dentro de los límites legales establecidos.

Los mercados financieros han demostrado que no sirven para la finalidad que estaban pensados: canalizar el capital en actividades que lo necesitasen. Por ello, la EBC propone el cierre de los mercados financieros. Las personas viven de su trabajo, y sus ahorros estarán garantizados mediante la banca democrática, bancos cooperativos o cajas de ahorro, que sólo negociarán con depósitos y créditos para la economía real. Los intereses, que se denominan «tasas crediticias», se cobran por los préstamos y tienen como finalidad sufragar los gastos, como cualquier otra actividad empresarial. La sociedad anónima no se proveerá de fondos privados, sino de participaciones de ciudadanos a nivel regional (energía) o internacional (*software*). Asimismo, la deuda pública debe contar con límites legales, y el banco central es el encargado de prestar dinero al sector público.

La segunda propuesta de la EBC es el cambio de papel del empleo para el empleador y para las personas empleadas. Por un lado, todas las personas por el hecho de serlo, tienen derecho a una renta básica que garantice una vida digna, lo que permite romper la dependencia de la venta del tiempo a cualquier precio. Así ocurre actualmente, pues como muestra Eurostat, el 14% de la población que trabajaba en España a tiempo completo en el 2008 estaba por debajo del umbral de la pobreza. Por otro, el sistema pretende crear mecanismos para que el empleo sea accesible a todas las personas que puedan trabajar, por tanto no es sistema que da, sino un sistema que crea medios para que

todos puedan aportar su esfuerzo, y lógicamente disfrutar de él mediante unos ingresos dignos, sin que nadie se apropie del trabajo de otros.

En el caso de que hubiese desempleo, se minimiza porque las empresas son recompensadas por contratar a más gente y por buscar fórmulas cooperativas para solucionar los problemas de otras empresas. Por otro lado, la reducción de la jornada permitiría el reparto del empleo y dejarían tiempo para otras actividades que completan a las personas: trabajo propio, trabajo comunitario y el cuidado de las relaciones en el trabajo. Asimismo, la EBC propone un año sabático opcional cubierto con la renta básica, que también facilitaría el aumento del empleo.

En cuanto a la retribución del trabajo, la EBC propone la existencia de un salario mínimo y máximo para cada hora de trabajo, con una diferencia entre el máximo y el mínimo de 10 o 20 veces (o importe que decida la soberanía democrática). Esta propuesta contrasta con la situación en EEUU donde el directivo mejor pagado gana 350.000 veces lo estipulado en el salario mínimo interprofesional. La EBC no sólo limita la renta mínima y máxima sino también la propiedad privada, que no podrá exceder de 10 millones de euros; y el derecho hereditario, que no podrá exceder de medio millón de euros por persona y en el caso de empresas familiares a diez millones de euros por persona. Las herencias que excedan esos límites se distribuirán como «dote democrática» a personas de la generación siguiente, pues cuanto más justamente se distribuya el capital inicial mayor será la igualdad de oportunidades.

Por último, es fundamental destacar un aspecto fundamental como es la gestión de los bienes comunes democráticos, como una esfera de la propiedad diferente a lo estrictamente privado o público, donde la ciudadanía tiene la posibilidad de ejercer mecanismos de colaboración y participación diferentes a la esfera del sector público, y que implica la creación de redes sociales basadas en la confianza en la gestión de las empresas de suministros de energía, escuelas, redes ferroviarias, servicios de correos o bancos que ofrecen bienes públicos, así como toda una serie de bienes comunales cuya gestión es realizada por la población y no por el sector público.

Todos estos procesos de cambios no se pueden producir sin una verdadera democracia, donde la transformación comience en las personas y desde los movimientos sociales desde el ámbito local a otras esferas territoriales, como comentábamos anteriormente.

El proyecto de cambio de la sociedad desde abajo tiene su marco inicial de actuación en el contexto local. Esto supone en primer lugar, un cambio en los objetivos del desarrollo local desde la competitividad

a la generación de bien común, por lo que todos los agentes deben compartir ese objetivo, mediante un cambio de valores y de incentivos. El detonante natural es la demanda de los ciudadanos de otra forma de hacer política y economía, y esto es más factible en el ámbito de local, donde la democracia participativa es más fácil de ejercer por las personas. De igual forma, la empresa local puede encontrar una vía natural de cooperación y colaboración con otras empresas locales. Por su parte, las administraciones locales, a pesar de tener competencias limitadas, pueden conocer mejor la realidad del territorio y ejercer de facilitadoras e impulsoras de la creación de redes. Además, pueden ser generadoras de bien común en su gestión interna, en su relación con los proveedores, y con los ciudadanos, como ejemplo del cambio de valores.

6. Conclusión

Como hemos visto hasta ahora, vivimos en sociedades donde la democracia se haya secuestrada por los poderes fácticos, son democracias formales pero no reales. Sin embargo, no todo está perdido, corresponde a los ciudadanos el despertar a la realidad, el empoderarse y ayudar a empoderar a otros para que la sociedad en su conjunto tome conciencia de que en una auténtica democracia, el pueblo es soberano, y es sobre él sobre quien recae el poder constituyente, el poder de crear.

En este nuevo despertar que está aconteciendo a lo ancho y alto del globo, de millones de personas que se organizan en grupos y movimientos para provocar el cambio y transformar la realidad, todavía debemos ir un pequeño paso más allá, aunque de inmensa profundidad y trascendencia, porque significa una ampliación de nuestra conciencia: cada uno de nosotros ostenta un gran poder, aunque no seamos conscientes de ello. Por separado, aislados como individuos, somos pequeños en comparación con el poder de un gobierno, de un ejército o de una multinacional, pero juntos, somos el 99% de la población que sigue los dictados de sólo un 1% que ostenta el 43% de la riqueza mundial y que por tanto, domina en gran medida el curso de nuestro destino. No obstante, nosotros somos la inmensa mayoría y donde debe recaer la legitimidad de cualquier propuesta que queramos que sea pública y legal y de donde debe partir la construcción de cualquier alternativa.

En la actualidad, la legalidad no es lo mismo que la legitimidad, mucho de lo que ocurre a diario a nivel social, político y económico es

legal pero profundamente ilegítimo porque afecta negativamente a la mayoría de la población. De nosotros mismos depende que toleremos situaciones de injusticia o que despertemos a la realidad y decidamos movilizarnos y cambiar el rumbo de los acontecimientos adoptando otros valores y construyendo y poniendo en marcha alternativas legítimas en pos del Bien Común.

El primer paso es el cambio de valores, y el segundo el cambio de las instituciones, y precisamente, la gran aportación de la EBC es crear un sistema que fomenta y reconduce el comportamiento de los actores económicos, es decir de las personas, con los valores humanos básicos.

Bibliografía

- APARICIO WILHELMI, M. y otros: *Por una Asamblea Constituyente. Una solución democrática a la crisis*, Ediciones Sequitur, Madrid, 2005 disponible en: <http://www.rebellion.org/docs/147698.pdf>
- ARGANDOÑA A. «The stakeholder theory and the common good». *Journal of Business Ethics* 17, 1998,1.093-1.102.
- CONIL SANCHO, J.: *Horizontes de economía ética*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- CORTINA, A.: *¿Para qué sirve realmente la ética?*, Paidós, Barcelona, 2013.
- ESPARTA SOLOETA, I.: «Análisis Económico Institucionalista: Una economía política para la transformación social», Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de Bilbao, UPV, 2002, disponible en <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/ec/jec8/Datos/documentos/comunicaciones/Fundamentos/Esparta%201%F1aki.PDF>
- FAVREAU, L. y VAILLANCOURT, Y. (2001): «Le modèle québécois d'économie sociale et solidaire», *Revue internationale de l'économie sociale*, n.º 281, 45-67.
- DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, J. «Filosofía de la cooperación», *Revista Deusto de Estudios Cooperativos*, n.º 1, septiembre, 2012, pp. 33-53.
- FELBER, C.: *Neue Werte Für die Wirtschaft. Eine Alternative zu Kommunismus und Kapitalismus*, Ed. Deuticke, Viena, 2008.
- FELBER, C.: *La economía del bien común*, Grupo Planeta, Ediciones Deusto, Barcelona, 2012.
- GANGOPHADY, P.: *Economics of rivalry, conflict and cooperation*, Hackensack, N.J. : World Scientific, 2011.
- GEORGE, S. et al.: *¿Hacia dónde va el mundo? 2012-2020: la última oportunidad*, Icaria, 2012.
- GÓMEZ CALVO, V.: «Acercamiento a las prácticas de la Economía Solidaria, la Economía Social y la Economía del Bien Común, ¿qué nos ofrecen?», para ser publicado en la *Revista Barataria*, número 15, 2013, <http://silente.es/wordpress/?p=526>

- GÓMEZ CALVO, V. y GÓMEZ ÁLVAREZ, C.H.: «Fundamentos y relaciones entre el Desarrollo Humano, la Economía del Bien común, la Economía Solidaria y la Economía Social», Comunicación para el VII Coloquio Ibérico Internacional de Cooperativismo y Economía Social. Sevilla, 19 y 20 de septiembre de 2013.
- KEYNES, M. (1923): «Breve tratado sobre la reforma monetaria», Fondo de Cultura Económica, Méjico, 2004.
- LATOUCHE, S.: *Pequeño Tratado del Decrecimiento Sereno*, Icaria, Barcelona, 2009.
- LÓPEZ CASTELLANO, F. «Una sociedad “de cambio y no de beneficencia”. El asociacionismo en la España Liberal (1808-1936)», *CIRIEC-España*, n.º 44, 2003, pp. 199-228.
- MACEWAN, A.: *¿Neoliberalismo o Democracia? Estrategias y alternativas económicas para el siglo XIX*, Ediciones Octaedro, Intermón Oxfam, Barcelona, 2001.
- MCLEOD, M. (coord.): *Política con conciencia*, Kairós, Barcelona, 2010.
- MONZÓN, J.L. y CHAVES, R.: *La economía social en la Unión Europea*, Comité Económico y Social Europeo, 2011.
- RAUBER, I.: «Sujetos políticos. Rumbos estratégicos y tareas actuales de los movimientos sociales y políticos». Sango Domingo, República Dominicana, Editorial Pasado y Presente XXI, 2006, disponible en <http://es.scribd.com/doc/77913529/Isabel-Rauber-Sujetos-Politicos>
- RAZETO, L.: *Economía de solidaridad y mercado democrático*, Ediciones PET, Santiago, 1984.
- ROSEN, F.: «El viaje de John Stuart Mill hacia el socialismo», *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, XVIII/1-2, 2011, 23-43.
- SAMPEDRO, J.L.: *El mercado y la globalización*, Ediciones Destino, Madrid, 2002.
- SMITH, A. (1776): *Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Madrid, Tecnos, 2009.
- STIGLITZ, J.E.: *El malestar en la globalización*, Taurus, 2002.
- STIGLITZ, J.E.; SEN, A.; FITOUSSI, J.P.: *Medir nuestras vidas*, RBA Libros, 2013.
- VILLASANTE, T.R.: *Las democracias participativas*, HOAC, Madrid, 1995.

La función inspectora en materia de sociedades cooperativas

Luis Ángel Díez Ácimas

Funcionario de la Administración General del Estado.
Ex coordinador de Servicios de la Dirección de Economía Social de Castilla y León

Recibido: 20-9-2014
Aceptado: 10-10-2014

Sumario: I. Introducción. II. Las cooperativas y la Administración Pública. 1. Fomento del cooperativismo. 2. Registro de Sociedades Cooperativas. 3. Función inspectora. III. Normativa aplicable. 1. Ámbito estatal. 2. Ámbito autonómico. IV. Atribución de la función inspectora. V. Sujetos responsables. VI. Infracciones, 1. Clasificación de las infracciones. 2. Prescripción de las infracciones. VII. Sanciones. 1. Tipo de sanciones. 2. Graduación y cuantía de las sanciones. 3. Reincidencia. 4. Persistencia o continuidad en la infracción. 5. Competencia. 6. Prescripción de las sanciones. VIII. Procedimiento sancionador. IX. Intervención temporal de la cooperativa. X. Descalificación. 1. Causas de la descalificación. 2. procedimiento. 3. Efectos. XI. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: Las diferentes leyes reguladoras de las sociedades cooperativas en el Estado Español recogen en su articulado una parte dedicada a fijar las líneas básicas de las relaciones de este tipo de sociedades con la administración pública, incluyendo el ejercicio de la función inspectora y sancionadora por parte de ésta en materia de sociedades cooperativas.

Partiendo del análisis de las diferentes leyes, se realiza este estudio sobre dicha función inspectora, reflejando como se recogen en aquéllas, materias tales como la atribución de la función inspectora, los sujetos responsables, la tipificación de infracciones y sanciones, las normas básicas del procedimiento sancionador, así como las medidas de intervención temporal de las cooperativas y su descalificación, lo que nos permitirá concluir que, también, en esta materia hay considerables diferencias entre las leyes aplicables.

Palabras clave: Cooperativa. Administración. Infracciones. Sanciones. Descalificación.

Abstract: The different laws governing cooperatives in Spain collect in its articles the guidelines of relationship between such societies and public administration, including the exercise of the inspection and sanctioning function by this on cooperatives.

This study about the inspection function is based on the analysis of the different laws, and express how different subjects are included on them, for example subjects as the inspection function, parties responsible, the typification of infractions and penalties, the basic rules of disciplinary proceedings, the measures for temporary intervention in cooperatives and their disqualification, allowing us to conclude that also in this area there is considerable differences between the applicable laws.

Key words: Cooperative. Public Administration. Infractions. Sanctions. Disqualification.

I. Introducción

Las diferentes leyes reguladoras de las sociedades cooperativas en el Estado Español recogen, invariablemente, en su articulado una parte dedicada a fijar las líneas básicas de las relaciones de este tipo de sociedades, en su condición específica de tales, con las administraciones públicas. Así, se fijarán las obligaciones relativas al Registro de Cooperativas radicado en todos los casos en el seno de la administración, unas líneas básicas sobre lo que debe ser la política pública de fomento de estas entidades y el ejercicio de la función inspectora y sancionadora de la administración en materia de sociedades cooperativas. También, podemos incluir en este apartado, la creación y regulación que, a veces, se realiza en las propias leyes sobre sociedades cooperativas, de consejos de cooperativismo o de economía social, como foros de encuentro de la administración con los agentes representativos del sector y como órganos consultivos y asesores en materia de promoción y difusión de estas formas de hacer empresa.

En el presente estudio, partiendo del marco de relaciones referido, nos centraremos en el ejercicio de la función inspectora, analizando la atribución de la misma, la determinación de los sujetos responsables, la tipificación de infracciones y sanciones, el procedimiento sancionador y haremos una especial referencia a las medidas de intervención temporal y a la descalificación de las sociedades cooperativas por parte de la administración. Para ello, analizaremos y haremos referencia a las diferentes leyes aplicables a esta materia.

II. Las cooperativas y la Administración Pública

Tradicionalmente, ha existido una especial relación entre las cooperativas y las administraciones públicas y esto obedece, históricamente, a la intención del poder político de controlar este tipo de entidades, al ser incluidas entre las que no tienen por único y exclusivo objeto el ánimo de lucro. El estado liberal del siglo XIX, nacido de la Revolución Francesa, manifestó una gran hostilidad hacia las asociaciones que permitían al individuo organizarse para la realización de intereses de naturaleza no lucrativa en cuanto que éstas, a diferencia de las lucrativas, cuyos fines eran claros e inocuos para el estado, podían realizar actividades contrarias a la autoridad de éste¹. Ello, si cabe, adquiriría una ma-

¹ En este sentido, GIRÓN, J.: «Los conceptos y tipos de sociedad en los Códigos Civil y de Comercio y sus relaciones», en *Estudios del Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1964, p. 22, y *Derecho de Sociedades*, tomo I, Madrid, 1976, pp. 32 y 33; LLO-

yor significación en el caso de las sociedades cooperativas por, ser evidente, la actitud encontrada del cooperativismo, en su nacimiento, con el orden socioeconómico establecido².

Como manifestación de esta voluntad de control podemos indicar el régimen de constitución de las cooperativas en aplicación de la Ley de Asociaciones de 1887, éstas están sujetas a una declaración de licitud tácita o previa a cargo del gobernador de la provincia, que deberá remitir inmediatamente copia certificada de los documentos enviados por los fundadores o iniciadores de la asociación al tribunal o juzgado competente si, de su contenido, pudiesen deducirse dudas sobre su licitud con arreglo a las prescripciones del Código Penal.

La primera Ley de Cooperativas, aprobada en 1931, establece un régimen jurídico más flexible que la Ley de Asociaciones, aunque muy distinto al de las demás sociedades de fines económicos, donde se sigue apreciando un amplio intervencionismo en la creación de este tipo de entidades. Además, se establece una regulación, seguida en la legislación española posterior, por la que se configura un sistema registral radicado en la administración. Esta primera ley española de cooperativas ya incluye normas sancionadoras.

La situación cambia de nuevo con la Ley de Cooperativas de 1942. Con ella se acentúa el control gubernativo, en cuanto que con carácter preceptivo se exige un informe de la Delegación Nacional de Sindicatos, a través de la Obra Sindical de Cooperación sobre la necesidad o conveniencia de la cooperativa.

En cambio, la Ley de Cooperativas de 1974, es bastante novedosa en algunos aspectos de los que aquí nos interesan, principalmente, se atribuye un nuevo carácter al Registro de Cooperativas³. No obstante, hasta 1977 todavía es necesario para la constitución de una cooperativa el informe de la Obra Sindical de Cooperación. La necesidad de

BREGAT, M.L.: *Mutualidad y empresas cooperativas*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 158. Puede verse también PAZ-ARES, C.: *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pp. 1307 y ss.

² DIVAR, J.: *Introducción al cooperativismo*, en I Jornadas de Cooperativas de Euskadi, 1882, p. 12.

³ A partir de esta Ley, el Registro de Cooperativas, deja de ser un registro administrativo puro al envolver en su estructura administrativa el continente de efectos jurídicos, es decir, a partir de ella tendrá cuerpo de registro administrativo y vestido de registro jurídico. Como señala el artículo 4.3 de la Ley: «El Registro General de Cooperativas, dependiente del Ministerio de Trabajo se organizará ajustándose en su eficacia a los principios de publicidad formal y material, legalidad y legitimación». Posteriormente, el Reglamento aprobado en 1978 dedica a la regulación del Registro de Cooperativas el capítulo VIII (arts. 86 a 92).

dicho informe cesa con el Real Decreto Ley 31/1977, de 2 de junio⁴. Desde la promulgación de esta norma y, sobre todo, desde el reconocimiento, sin traba alguna, por el artículo 22 de la Constitución Española de 1978 (CE), del derecho de asociación, la creación de las sociedades cooperativas se rige por el principio de libre constitución dentro del respeto a las correspondientes disposiciones normativas.

En la actualidad, podemos concretar en tres grandes apartados la actuación de la administración pública respecto de las sociedades cooperativas, que serían la política de fomento de este tipo de entidades, el Registro de Sociedades Cooperativas y el ejercicio de la función inspectora y sancionadora respecto de las mismas.

1. *Fomento del cooperativismo*

El cooperativismo, además de su importancia en un sentido estricto económico-empresarial tiene una dimensión social muy relevante derivada, básicamente, de los principios y valores que le son propios; y generalmente, reconocidos. Sólo, teniendo en cuenta esto, se puede explicar el interés constitucional por las sociedades cooperativas, que viene consagrado en el artículo 129.2 de la CE.

El interés del legislador por este tipo de sociedades y su fomento se reitera en la legislación estatal, como demuestra la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social⁵ y las diferentes leyes de cooperativas, que fijan como objeto de las mismas, no sólo su regulación, sino, también, establecer las directrices básicas de las medidas para su fomento.

Como decíamos anteriormente, las administraciones públicas vienen obligadas a realizar actuaciones de fomento del cooperativismo por imperativo derivado directamente de la CE. Ésta realiza declaraciones importantes en apoyo del cooperativismo y de la economía social. Su artículo 129.2 dispone que *«Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en las empresas y fomentarán mediante una legislación adecuada las sociedades cooperati-*

⁴ El Real Decreto Ley 31/1977, de 2 de junio, sobre extinción de la sindicación obligatoria, reforma de estructuras sindicales y reconversión del Organismo Autónomo «Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales», en su disposición adicional segunda faculta al Gobierno para adecuar la organización y estructuración del movimiento cooperativista a los principios de autonomía y libertad asociativa.

⁵ El artículo 8 de la ley se dedica al fomento y difusión de la economía social. En el apartado 1, se reconoce como tarea de interés general, la promoción, estímulo y desarrollo de las entidades de la economía social y de sus organizaciones representativas.

vas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción».

Este precepto constitucional hace varias afirmaciones de trascendencia, como señala Calvo Ortega⁶; y, todas ellas de futuro. El texto indica «promoverán, fomentarán y establecerán». Es un mandato del constituyente a todos los poderes públicos, tanto estatales, como autonómicos; e, incluso, locales. Este mandato constitucional exige la acción de fomento a las Cortes Generales por su función legislativa y parlamentaria, al poder judicial y al Tribunal Constitucional, en cuanto interpretadores de las normas, al poder ejecutivo, en cuanto Gobierno Central y Administración General del Estado, a las comunidades autónomas, con competencias en materia de cooperativas, tanto a sus poderes ejecutivos y legislativos y a las administraciones locales, que en sus políticas de proximidad al territorio y a los ciudadanos pueden contribuir de muy diversas maneras (aportando medios materiales, instalaciones, recursos técnicos, servicios compartidos,... e incluso participando directamente en los proyectos como socios colaboradores) a la creación, desarrollo y consolidación de las sociedades cooperativas.

La CE, reiteramos, impone a los poderes públicos esta obligación. Se trata de una cláusula de mandato y no de habilitación. Estos poderes tienen el deber de fomentar y promover las sociedades cooperativas; y, además, hacerlo a través «*de una legislación adecuada*».

El Tribunal Constitucional (TC) ha declarado, en constante jurisprudencia, que las normas constitucionales, lejos de poseer un significado simplemente programático, necesitado de ulterior desarrollo legislativo para adquirir validez y eficacia, tienen un carácter obligatorio y vinculante con proyección general, que alcanza consecuentemente al completo elenco de poderes públicos, de un lado, así como a la totalidad de ciudadanos de otro⁷.

El problema puede manifestarse al plantearnos cómo pueden exigir los ciudadanos a estos poderes que cumplan dicho mandato. Pero,

⁶ CALVO ORTEGA, R.: «Las figuras de la Economía Social en la Constitución española de 1978». *CIRIEC-España*, n.º 47, 2003, pp. 159-174.

⁷ El Tribunal Constitucional ha afirmado el valor normativo y la inmediata aplicabilidad de la Constitución. afirmando que «lejos de ser un mero catalogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta su desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como los poderes públicos, y, por consiguiente, también los jueces y magistrados del poder judicial, están sujetos a ella» (STC 16/1982, de 28 de abril). En RODRIGO RUIZ, M.A.: «Mandato constitucional de fomento y fiscalidad de las cooperativas». *CIRIEC-España*, n.º 47, 2003, pp. 199-219.

la dificultad de la exigencia o de la concreción de lo exigible no puede empañar la claridad y la naturaleza del precepto.

De cualquier manera, estamos ante una imprecisión relativa, según Calvo Ortega, ya que puede decirse que las normas deben de ser más favorables para este tipo de sociedades que para el modelo social que deba considerarse normal. La pregunta que nos formulamos es ¿en qué debe consistir esta mejor consideración legislativa?. Puede ser administrativa, crediticia, de ayuda a la formación específica, tributaria, laboral, etc. Pero lo cierto es que tales normas tienen que ser más ventajosas desde una perspectiva patrimonial (que es la única que aquí puede contemplarse) que las que se aplican a los otros sujetos societarios.

Es difícil decir si el precepto constitucional que estamos examinando ha jugado un papel importante en la creación de sociedades cooperativas. Aunque podamos mostrar cifras positivas del periodo constitucional, siempre queda la duda, según Calvo Ortega, de saber si el desarrollo que se ha producido es debido al revulsivo de incluir este precepto en la norma constitucional o a otras razones. Entre éstas, destaca el esfuerzo admirable de muchos trabajadores creando y manteniendo empresas asociativas en condiciones siempre difíciles.

No podemos ocultar que existen voces discrepantes con la existencia de medidas específicas favorecedoras de las cooperativas; pero, los motivos para que éstas existan son claros. Estas sociedades gozan de principios y valores (gestión democrática, prioridad de la persona sobre el capital,...), así como de ventajas y potencialidades (creación de empleo estable y de calidad, fijación de población al territorio, generación de cohesión social, modernización y profesionalización del sector agrario, contribución al desarrollo rural,...) que las hacen merecedoras de un tratamiento específico. Pero, si esto no fuera suficiente para acreditar las medidas de discriminación positiva que puedan otorgarse a las cooperativas, hay que recordar que existe un motivo de excepcional relevancia que justifica ese trato y es el hecho de que éstas dotan fondos, con finalidades específicas, que son irrepartibles cuando los socios abandonan la cooperativa o ésta se transforma en otro tipo de sociedad e, incluso, cuando la misma desaparece⁸. Esto exige que la legis-

⁸ RODRIGO RUIZ, M.A. «Mandato constitucional de fomento y fiscalidad de las cooperativas» *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 47, extraordinario, noviembre de 2003, pp. 199-219. Esta importantísima limitación patrimonial distingue de modo esencial a las cooperativas de las sociedades capitalistas, desde el punto de vista económico, y supone para las primeras un mecanismo peculiar de contribución a la comunidad que demanda, en buena técnica fiscal, medidas correctoras, pues afecta y reduce la capacidad contributiva que en éstas puede ser gravada. Dicho

lación cooperativa sea fiel a los principios y valores a los que va unido tradicionalmente el cooperativismo, ya que las medidas legales excesivamente flexibilizadoras del modelo podrían conllevar una pérdida de identidad del mismo y, como consecuencia de ello, de ese trato favorable. Si no son unas empresas claramente diferentes del resto no sería necesario este precepto constitucional, bastaría con el reconocimiento que hace el artículo 38 a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

2. *Registro de Sociedades Cooperativas*

Siguiendo la tradición, antes referida y comenzada con la ley republicana de 1931, la normativa en materia de cooperativas ha configurado un sistema registral de carácter administrativo, aunque las variaciones introducidas al respecto por las sucesivas normas reguladoras, han dotado a estos registros de auténticos efectos jurídicos.

Junto con la actividad de fomento, la actividad de registro es la tarea fundamental a realizar por la administración en relación con las sociedades cooperativas. Su labor es muy relevante para las propias empresas (no olvidemos que con la inscripción en el correspondiente Registro de Cooperativas se adquiere personalidad jurídica y la obligatoriedad de inscribir todos los actos con relevancia en la vida social de la cooperativa) y para la sociedad en general, al ser el garante de la seguridad jurídica, tan necesaria en el tráfico empresarial.

Las legislaciones suelen destacar la importancia del Registro de Cooperativas en la persecución de las infracciones, al imponer a éste la obligación de comunicar a los órganos inspectores los incumplimientos de los que tenga constancia.

3. *Función inspectora*

Estas sociedades son objeto de inspección y posible procedimiento sancionador en cualquier otra materia (laboral, consumo, tributaria, transportes, medio ambiente...), como el resto de empresas con independencia de su fórmula jurídica, por la administración competente en

de otro modo, ya que buena parte del patrimonio social obtenido con el esfuerzo particular de sus miembros termina revertiendo a la comunidad, parece lógico que las cooperativas contribuyan al sostenimiento de las cargas públicas destinando un menor porcentaje de sus beneficios regulares o periódicos al pago de impuestos.

cada materia y de acuerdo a la normativa específica de cada una de ellas.

Aquí, nos referimos por tanto, de forma exclusiva a la función inspectora respecto al cumplimiento de la legislación cooperativa, tanto en el momento de su constitución, como durante la vida de la misma, es decir, por las actuaciones societarias de este tipo de empresas. Las leyes de cooperativas incluyen dentro de las obligaciones de la administración respecto a las cooperativas, con carácter general, una parte dedicada a la función inspectora.

Nos hallamos ante una potestad de carácter instrumental derivada de la competencia material. El TC ha avalado la posibilidad de que las comunidades autónomas adopten normas administrativas sancionadoras cuando ostentan la competencia sobre la materia sustantiva de que se trate.

La primera cuestión que debemos plantearnos es si resulta necesario un sistema de inspección propio y específico para este tipo de sociedades. La respuesta no es fácil. Hay quien lo justifica exclusivamente como el precio a pagar por el fomento público del cooperativismo. Esto es excesivamente simple. Hablábamos anteriormente de la consideración constitucional a la sociedad cooperativa, lo que le reconoce una naturaleza diferenciada de otros tipos de empresas y se exige una legislación específica para las mismas que favorezcan su labor permanente como instrumento de promoción social y que dé respuesta a la función económica y social que le es propia. La cooperativa es un instrumento que suscita interés social y su fomento es de interés general por lo que deben tener una normativa específica, incluida la que pretende rectificar las actuaciones que pongan en peligro sus principios o su propia naturaleza.

Cuando la administración otorga a una empresa la oportuna calificación como empresa de trabajo temporal o servicio de prevención ajeno, pongamos por ejemplo, abre a éstas un nuevo abanico de obligaciones específicas que si son incumplidas serán objeto del oportuno procedimiento sancionador, no en cuanto compañías mercantiles, sino en cuanto ETT o SPA específicamente. Es decir, si incumplen las obligaciones que la normativa las impone por tener esa calificación, se enfrentan a un régimen sancionador específico. En el caso de las cooperativas, que no se definen por su actividad como los ejemplos señalados; sino por su propia naturaleza, está más justificada aún que no se desvirtúe ésta; y, por tanto, entendemos legítima la actuación inspectora para impedir que bajo la denominación de sociedad cooperativa se camuflen empresas que no participan de los elementos esenciales de su configuración.

III. Normativa aplicable

1. *Ámbito estatal*

Con la entrada en vigor de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, como explican García Trascasas y Reguero Celada⁹, se pretendió aglutinar en una única norma el derecho administrativo sancionador del orden social. Esta intención se vio truncada años después, ya que se vivió un proceso de dispersión de las infracciones sociales, al recogerse éstas en diferentes normas (Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas). Posteriormente, se retoma la idea de concentración de las normas sobre infracciones y sanciones en el orden social en una única norma legal, que culmina con el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

La ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (LCOOP) dedicaba su artículo 114 a tipificar las infracciones y su prescripción y el artículo 115 a fijar las sanciones y establecer el procedimiento para su imposición. Estos fueron derogados por la LISOS, pasando a estar regulada esta materia por dicha norma, que dedica su artículo 38 a las infracciones en materia de cooperativas.

Las sociedades cooperativas, según establece la propia norma, únicamente se verán afectadas por las previsiones de la LISOS en tres supuestos:

- Cuando la legislación autonómica se remita al respecto a la legislación del Estado.
- Cuando no se haya aprobado la legislación autonómica sobre la materia.
- Cuando las cooperativas desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias comunidades autónomas, de acuerdo con lo establecido en la LCOOP.

⁹ GARCÍA TRASCASAS, A. y REGUERO CELADA, J. «La Inspección de Trabajo ante el hecho cooperativo. La descalificación de las cooperativas», en *Economía social y cooperativismo* (dir. MORGADO PANADERO, P. y coord. BURGOS ROSADO, L.). Editorial Lex Nova, S.A. 2006. pp. 251-275.

Como consecuencia de los criterios descritos, la normativa que será aplicable más habitualmente será la autonómica que corresponda en función del ámbito territorial de la sociedad cooperativa.

2. *Ámbito autonómico*

De acuerdo con la distribución competencial derivada de la CE las comunidades autónomas tienen competencia plena en materia de sociedades cooperativas y prácticamente todas ellas han aprobado su normativa específica, de aplicación en su respectivo ámbito territorial. Por lo tanto, las comunidades autónomas pueden regular la constitución y las normas básicas de organización y funcionamiento de las cooperativas y, también, su régimen sancionador, determinando las acciones u omisiones constitutivas de infracción, las sanciones aplicables y los sujetos responsables. La legislación estatal (LCOOP y LISOS) sólo será aplicable en los supuestos en que esas propias normas así lo determinen.

El marco normativo autonómico vigente en materia de Sociedades Cooperativas es el que se señala a continuación, con indicación de los artículos destinados a la regulación de la función inspectora:

- Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi (LCE). Artículos 139-142.
- Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura (LCEX). Artículos 169-181.
- Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia (LCG). Modificada en esta materia por la Ley 14/2011, de 16 de diciembre. Artículos 139-141.
- Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (LCCM). Artículos 131-135.
- Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja (LCLR). Artículos 139-142.
- Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León (LCCyL). Artículos 136-139.
- Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de Cataluña (LCCAT). Artículos 134-138.
- Ley 1/2003, de 20 de marzo, de Cooperativas de las Islas Baleares (LCIB). Artículos 146-149.
- Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana (LCV). Artículos 116-121.
- Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia (LCMU). Artículos 138-141.

- Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra (LFCN). Dedicar el artículo 62 a la regulación de la descalificación, no haciendo más precisiones sobre el régimen de inspección y sanción. Es, por tanto, la única ley que no regula expresamente un catálogo de infracciones y sanciones..
- Ley del Principado de Asturias 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas (LCAS). Artículos 203-208.
- Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha (LCCLM). Artículos 158-162.
- Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (LCAND). Artículos 120-126.
- Ley de Cantabria 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria (LCCANT). Artículos 144-148.
- Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón (LCAR). Artículos 94-96.

Las regulaciones normativas sobre la materia deben respetar, en todo caso, los principios de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador previstos en los artículos 127 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC).

Estos principios de la potestad sancionadora son legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, prescripción y concurrencia.

En lo que respecta al procedimiento sancionador, se deberá garantizar el respeto a los principios formales que deben regir éste, tales como la necesidad de tramitar el oportuno procedimiento con sus distintas fases, el derecho a la información (hechos imputados, posibles sanciones aplicables, identidad del instructor, autoridad competente para imponer la sanción) y a la defensa, manifestaciones de la presunción de inocencia, que determina que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la administración, con la prohibición de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a efectuar alegaciones o el derecho de utilización de los medios de prueba propuestos¹⁰.

¹⁰ STC 81/2000, de 27 de mayo, se refiere a todos estos aspectos.

IV. **Atribución de la función inspectora**

Se otorga la función inspectora al actual Ministerio de Empleo y Seguridad Social en el ámbito estatal y a la consejería competente en materia de cooperativas en el respectivo ámbito autonómico. Esta potestad se ejercerá a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), en el supuesto de competencia ministerial y en la mayor parte de comunidades autónomas. No debe olvidarse la previsión que realiza la disposición adicional sexta de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la ITSS, en virtud de la cuál, las comunidades autónomas podrán otorgar la función inspectora en materia de sociedades cooperativas a funcionarios ajenos al sistema de ITSS. Únicamente, la LCE, la LCV, la LCCLM y la LCAND, no atribuyen esa función expresamente a la ITSS. En unos casos se remiten a desarrollo reglamentario y en otros se atribuye a órganos propios de la consejería competente por razón de la materia.

Como vemos, cabe la posibilidad de otorgar la actividad inspectora a funcionarios propios de la consejería competente en la materia; pero, la experiencia de otorgar este tipo de funciones a personal que no pertenece a cuerpos específicos de inspección, sino a funcionarios conocedores de la materia sustantiva en los aspectos objeto de control, se ha mostrado poco eficaz, dada la falta de preparación en labores de investigación, apreciación y valoración de hechos, calificación de éstos, tipificación de la presunta infracción, su graduación, reacción ante situaciones delicadas en el ejercicio de la función inspectora... por lo que se considera oportuno que cuando no se atribuya esta competencia a la ITSS se otorgue ésta a un cuerpo específicamente inspector de la comunidad autónoma respectiva, lo cuál no es muy factible en las de pequeña dimensión, lo que justifica la masiva atribución competencial a la ITSS.

No se contempla en la mayor parte de normas la posibilidad de que ejerzan funciones inspectoras las entidades asociativas de cooperativas respecto a sus asociadas, como contempla el artículo 139 de la LCE. Al tratarse de organizaciones privadas, que establecen sus normas de funcionamiento y el grado de exigencia a sus asociados, nada impide que sus estatutos prevean esas actividades de control de aquéllos¹¹; pero, no debe confundirse, en ningún caso, con la labor inspectora de la ad-

¹¹ MARTÍNEZ MANEIRO, B.: «Estudio del régimen de inspección y sanción en la ley de sociedades cooperativas de Euskadi y comparativa con la regulación de esta materia en el resto de leyes cooperativas autonómicas vigentes y la ley estatal». *GEZKI*, n.º 3, 2007, pp. 41-63.

ministración, por lo que no se debería regular paralelamente a la función inspectora, ni otorgar tal denominación a esas posibles actividades de las entidades asociativas.

Algunas leyes definen el carácter preventivo de la función inspectora o regulan que el inspector podrá limitarse a formular advertencias o recomendaciones encaminadas al efectivo cumplimiento de la ley. Otras normas, no se refieren a este asunto; pero, creemos que resulta innecesario cuando sea competente la ITSS, ya que a la luz de la regulación estatal de la actividad inspectora de ésta, se conciben las actuaciones de advertencia y recomendación como normales. El artículo 7 de la ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social recoge expresamente, como posibles acciones a realizar en el marco de la actuación inspectora, las advertencias y recomendaciones. En el mismo sentido, se manifiesta, de conformidad con lo previsto por los Convenios 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo, el artículo 49 de la LISOS. Por lo tanto, las actuaciones de advertencia y recomendación forman parte de la actuación ordinaria en todas las materias competencia de la ITSS, incluida la de cooperativas.

V. Sujetos responsables

Solamente se podrá imponer una sanción por hechos constitutivos de infracción administrativa a las personas físicas o jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia (artículo 139.1 de la LRJAPyPAC), lo que incluiría, como indica la jurisprudencia, el dolo, la imprudencia, la negligencia o la ignorancia inexcusable.

Se aprecia en la legislación aplicable un régimen muy dispar en cuanto a quienes pueden ser los sujetos responsables de las infracciones en materia de sociedades cooperativas. Veamos los diferentes supuestos que se recogen en las normas españolas de cooperativas:

- Responsabilidad exclusivamente de la sociedad cooperativa. Esta postura (LCCyL, LCMU, LCAS, LCCLM y LCCANT) considera únicamente como sujetos responsables a las sociedades cooperativas por las acciones u omisiones contrarias a la ley, a sus normas de desarrollo y a las disposiciones complementarias contenidas en los estatutos. Añadiendo, a continuación, sin perjuicio de las responsabilidades personales exigibles a consejeros, interventores y liquidadores, con lo que sólo cabría actuar contra ellos ejerciendo las correspondientes acciones de responsabilidad.

- Responsabilidad de la cooperativa y posible responsabilidad de los cargos sociales. Considera como sujetos responsables a las sociedades cooperativas, con independencia de la responsabilidad en que incurran los integrantes de órganos sociales cuando le sean imputables con carácter solidario o personal, bien de forma directa o porque pueda ser exigida por derivación de responsabilidad. Se abre, pues, una posibilidad a la responsabilidad directa (LCIB, LCLR, LCG).
- Responsabilidad de la sociedad cooperativa y alternativamente responsabilidad de las personas que ocupan cargos en la misma. Así, la LCAND, la LCAR y LCEX entienden que son sujetos responsables las cooperativas; y, en su caso, los miembros de los órganos sociales o los liquidadores, cuando la infracción les sea personalmente imputable. Esta misma postura mantiene la LCCAT¹², pero fijando con mayor precisión los posibles sujetos responsables.
- Responsabilidad de los titulares de los órganos u otros cargos de la cooperativa y alternativamente, la sociedad cooperativa. La LCE establece un listado de posibles responsables cuando les sean personalmente imputables las infracciones (administradores, directores, miembros de la comisión de vigilancia y liquidadores) y casi de forma residual se alude a la cooperativa¹³.
- Responsabilidad en unos supuestos de infracción de la sociedad cooperativa y otros en los que son responsables los miembros de los órganos sociales. La LCV hace un esfuerzo mayor con la voluntad de establecer la responsabilidad de las personas que, dentro de la sociedad, y de acuerdo con lo estipulado en la ley y en sus estatutos, son responsables¹⁴, y fijando su exclusiva respon-

¹² Artículo 134.2 de la Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de Cataluña. «La vulneración de los preceptos de la presente Ley y de los estatutos sociales supone la responsabilidad de la cooperativa y, en todo aquello que les sea directamente imputable, la responsabilidad de todos los miembros del consejo rector, de la intervención de cuentas, de la dirección o la gerencia, de las personas con poderes generales y de los liquidadores, que pueden ser sancionados por las infracciones establecidas por el artículo 135, si resultan responsables de las mismas».

¹³ Artículo 139.2 de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi. «Son sujetos responsables de las acciones u omisiones que entrañen el incumplimiento de esta ley y de sus normas de aplicación y desarrollo, los administradores, los directores, los miembros de la Comisión de Vigilancia y liquidadores en cuanto les sea personalmente imputable, así como, en su caso, las sociedades cooperativas».

¹⁴ Artículo 117.3 de la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana «las infracciones a la legislación cooperativa cometidas por las entidades cooperativas y por los miembros de sus órganos sociales, a los efectos de su sanción administrativa, se clasificarán en muy graves, graves y leves».

sabilidad en dos infracciones en materia de actuaciones en situación de conflicto de intereses¹⁵.

VI. Infracciones

El principio de tipicidad, de acuerdo con el artículo 129.1 de la LR-JAPyPAC, supone que únicamente constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley. Éstas deberán ser clasificadas como leves, graves o muy graves por una norma de dicho rango. Así todas las leyes analizadas (salvo la LFCN, como ya se ha señalado) establecen un catálogo de infracciones, clasificadas en las tres categorías indicadas.

El panorama es dispar. Partiendo de unas ideas generales similares, la tipificación de infracciones experimenta importantes diferencias entre unas leyes y otras, en cuanto al número de infracciones recogidas, la calificación de las mismas y sobre la propia calidad en la tipificación de los tipos recogidos. Este último supuesto se aprecia, especialmente, en las cláusulas generales para dar cobertura a las infracciones leves.

En cuanto al número de infracciones tipificadas, podemos observar que éste va desde las nueve que recoge la LISOS o las once de la LCAS, hasta las veintiséis de la LCV o las veinticuatro de LCG. Si nos centramos exclusivamente en las infracciones muy graves, nos movemos entre las dos que establece la LISOS, o las tres la LCCM y las catorce de la LCV o las once de la LCIB.

Una misma conducta puede ser calificada como infracción de diferente gravedad en unas y otras leyes, esto ocurre con carácter habitual. Pondremos un único ejemplo, la infracción por no efectuar las dotaciones fijadas en la ley a los fondos obligatorios es calificada como grave en la mayoría de las normas y como muy grave en LCEX, la LCIB, la LCAND y la LCG.

Como decíamos antes, el principal problema de tipificación se da en la definición de las infracciones leves de carácter genérico, a las que nos referiremos, a continuación, en la clasificación de las infracciones, en el apartado denominado «Cláusula General».

Dada la amplia relación de infracciones derivada de la conjugación de las diferentes leyes, resulta imposible analizarlas todas, por lo que nos limitaremos a hacer una clasificación, no en función de su califica-

¹⁵ Respecto a la regulación de la responsabilidad en la LCV, BUZARCO SAMPER, M.: «La potestad administrativa sancionadora en la Ley 6/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana». *CIRIEC* n.º 18/2007, pp. 1-32.

ción (que como decimos, no es idéntica en todas las leyes), sino que las agruparemos por los criterios objetivos que fundamentan cada infracción. Señalaremos las que se tipifican más habitualmente sin indicar en que leyes se recogen (al ser numerosas) y aquéllas que aparecen en pocas normas, concretaremos cuáles son éstas. No incluiremos las infracciones que se refieren exclusivamente a determinadas clases de cooperativas, de las que recoge varias, p. ej., la LCAND.

1. Clasificación de las infracciones

1.1. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FORMALES

a) Incumplir la obligación de acreditar a los socios las aportaciones al capital social mediante títulos o libretas de participación.

b) Carecer de libros sociales o de contabilidad o el retraso en la legalización de los mismos.

c) No llevar en orden y al día los libros sociales o de contabilidad. Normalmente se fija que tal situación se produzca durante un plazo de tres o seis meses desde el último asiento practicado.

d) No formular el órgano de intervención el informe anual sobre cuentas anuales en los términos fijados por la ley aplicable.

e) Incumplimiento de la obligación de inscribir los actos que necesariamente han de ser inscritos en el Registro de Cooperativas. En algunas normas, se incluye expresamente la inscripción de los nombramientos de los cargos de los órganos sociales.

f) Incumplir la obligación de depositar las cuentas en el Registro de Cooperativas.

g) Omitir el dictamen del letrado asesor cuando fuera preceptivo (LCV y LCG).

h) Retraso en la presentación o depósito en el registro de cooperativas de los documentos exigidos por la normativa (LCG).

i) Infracciones sobre materia de denominaciones (LCV y LCMU).

j) No comunicar el traslado del domicilio de la cooperativa en un plazo de tres meses (LCE).

k) Incumplir la obligación de facilitar datos a la administración a efectos estadísticos (LCV y LCAND).

1.2. INFRACCIONES RELATIVAS AL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA COOPERATIVA

a) No efectuar las dotaciones a los fondos obligatorios en los términos establecidos en la correspondiente ley.

b) Destinar los fondos obligatorios a finalidades distintas de las legalmente previstas.

c) Falta de auditoría de cuentas cuando resulte obligatoria por norma legal o estatutaria. La LCV califica como muy grave el incumplimiento de designar auditores de cuentas y de someter a su verificación los estados financieros y el informe sobre la gestión de cada ejercicio.

d) Asignación de retornos a personas que no son socios en activo.

e) Asignación de retornos con criterios distintos a los de la participación en las actividades sociales.

f) No figurar las dotaciones a los fondos obligatorios de forma diferenciada en la contabilidad (LCAND).

g) No finalizar las operaciones de liquidación de una cooperativa disuelta en el plazo concedido por la ley para ello (LCV).

h) Repartir los fondos sociales irrepartibles o el haber líquido resultante de la liquidación, o no distribuirlo de acuerdo con lo fijado en la norma de aplicación (LCG, LCCLM, LCEX, LCIB, LCV, LCCAT).

i) Pago a los socios de intereses superiores a los fijados por la normativa por sus aportaciones al capital social (LCCLM, LCAR, LCV, LCEX y LCG). Las dos últimas leyes citadas incluyen el pago de intereses en cuantía inferior.

j) Incumplimiento de las normas sobre la determinación de los resultados del ejercicio y de sus asignaciones. Algunas leyes lo limitan a la imputación de pérdidas. En el caso de la LCG incluye expresamente aplicar los excedentes vulnerando la ley.

k) Incumplir las normas sobre regularización de balances, actualización de aportaciones o revalorización de las mismas. Encontramos referenciados estos aspectos, aunque no en su totalidad en todas ellas, en la LCV, la LCAR, la LCEX y la LCIB.

1.3. INFRACCIONES RELATIVAS A LOS ÓRGANOS SOCIALES

a) No convocar la asamblea general ordinaria en tiempo y forma. Aunque ésta es la formulación habitual, algunas leyes (LCLM, LCAR y LCG) incluyen la no convocatoria de asamblea extraordinaria, cuando proceda la misma.

b) No renovar o cubrir los órganos sociales cuando corresponda (LCCLM, LCV, LCEX, LCAND, LCLR, LCG).

c) Inactividad de los órganos sociales durante un periodo de dos años.

d) Incumplimiento de las normas estatutarias en cuanto a la puntual reunión de los órganos sociales (LCV).

e) Vulneración del derecho del personal asalariado a participar en el consejo rector (LCCM, LCEX, LCV, LCG).

f) No incluir los temas propuestos por la minoría de socios, cumpliendo las exigencias de la ley, en el orden del día de una asamblea ya convocada y no permitir el debate y votación de las propuestas efectuadas por esa minoría (LCV, LCAR), esta última incluye los temas propuestos por los interventores.

g) No designar letrado asesor (LCV).

h) Vulneración de las reglas sobre conflicto de intereses por parte de los miembros de los órganos de administración (LCV). Incluye supuestos en que puede originarse tal conflicto, tanto en realización de operaciones que puedan entrar en colisión con los intereses de la cooperativa como en la participación en la votación o adopción de acuerdos.

1.4. SUPERACIÓN DE CIERTOS LÍMITES IMPERATIVOS IMPUESTOS POR LA LEY

a) Superar los límites previstos en la norma aplicable para la realización de operaciones con terceros.

b) Superar los límites legales sobre contratación de trabajadores por cuenta ajena, en cooperativas de trabajo. (Único supuesto referido a una clase de cooperativa concreta que recogemos, por ser generalmente recogida en la legislación).

1.5. INFRACCIONES QUE PUEDEN AFECTAR A LA NATURALEZA DE LA COOPERATIVA

a) La paralización de la actividad cooperativizada durante dos años.

b) Incumplir las normas legales y estatutarias relativas al objeto y finalidad de la cooperativa (LCIB, LCCAT, LCE, LCLR, LCG y LCAND).

c) Encubrir, bajo la fórmula de sociedad cooperativa, finalidades propias de sociedades mercantiles (LCCAT y LCIB).

d) Desvirtuación de la cooperativa, cuando se violen de forma reiterada los principios cooperativos o cuando se admitan como socios a personas que legalmente no pueden serlo (LCV).

e) No proceder a la disolución de la cooperativa, cuando haya causa legal para ello (LCV).

1.6. ACTUACIONES PARA OBTENER FRAUDULENTAMENTE BENEFICIOS

a) Trásgresión de los principios cooperativos o de las disposiciones legales para lucrarse u obtener indebidamente subvenciones o bonificaciones.

1.7. TRASGRESIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS

a) Trasgresión generalizada de los derechos de los socios. Algunas normas lo refieren como «trasgresión no ocasional» (LCCM, LCEX, LCAND, LCLR) y la LCMU pide que la trasgresión sea «injustificada y reiterada». Estas redacciones son poco concretas y pueden generar problemas de interpretación.

b) Algunas leyes se refieren a la trasgresión en determinadas materias, tales como información, ser electores y elegibles para cargos de los órganos sociales, participar en la asamblea general y en la actividad de la cooperativa sin ninguna discriminación (LCCLM y LCG) o solamente en materia de información (LCCAT y LCIB).

1.8. CLÁUSULA GENERAL

Respecto a las infracciones leves es frecuente que se haga una única tipificación para todos los supuestos merecedores de tal calificación (LISOS, LCE, LCAS, LCAR, LCMU, LCLR y LCCM) con lo cuál ésta puede resultar excesivamente genérica. En las leyes en que se tipifican varios incumplimientos merecedores de la calificación como leve, se añade, también, una cláusula general para incluir otras actuaciones merecedoras de tal calificación, pero sin ser debidamente concretadas. Así, tenemos varios supuestos:

- a) Todas las trasgresiones a la ley que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves (LCE, LCCAT, LCLM). Estas cláusulas tan excesivamente generalistas vulneran, desde nuestro punto de vista, el principio de tipicidad.
- b) Incumplimientos que afecten sólo a obligaciones formales y documentales y que no estén tipificados expresamente (LCLM, LCEX, LCCyL y LCG). Se reduce la generalidad con esta redacción al limitar los incumplimientos a aspectos documentales o formales, pero sigue siendo insuficiente para satisfacer las exigencias del principio de tipicidad.
- c) Incumplimientos que no estén tipificados como graves o muy graves, afecten exclusivamente a deberes meramente formales, que no tengan trascendencia en aspectos sustantivos y no interrumpan la actividad social (LCAR). Cualquier incumplimiento de las obligaciones o la vulneración de las prohibiciones impuestas por la ley, que no supongan conflicto entre partes, no interrumpan la actividad social y no puedan ser calificadas como graves o muy graves (LCCANT). En estas dos redacciones, observamos que se concreta más el tipo, al decir, en sentido ne-

gativo, cuando sería aplicable este precepto. Es cierto que el TC ha avalado estas descripciones por vía negativa; pero, creemos que el legislador debe de evitar esas formulaciones en favor de la seguridad jurídica.

1.9. OBSTRUCCIÓN A LA LABOR INSPECTORA

a) Obstaculizar la labor inspectora. En algunas leyes, se concretan algunas manifestaciones de esa obstrucción, al indicar la destrucción u ocultamiento de documentos o datos. Es calificada como grave en unas leyes (LCCLM, LCAND, LCAR y LCE) y como muy grave en otras (LCMU y LCCANT). Por su parte, la LISOS, en su artículo 50 establece que «las infracciones por obstrucción a la labor inspectora se califican como leves, graves y muy graves, en atención a la naturaleza del deber de colaboración infringido y de la entidad y consecuencias de la acción u omisión obstructora...» y concibe el tipo general por obstrucción a la labor inspectora como infracción grave, previendo que pueda ser leve, cuando impliquen un mero retraso en el cumplimiento de las obligaciones de información, comunicación o comparecencia, o muy grave en determinados supuestos que denotan una actuación especialmente relevante para impedir la labor inspectora. Esta opción parece más correcta que tipificarla siempre como grave y, especialmente, como muy grave.

2. Prescripción de las infracciones

En relación a los plazos de prescripción de las infracciones se aprecian, en el análisis de las leyes, dos regímenes diferentes:

- Algunas leyes contemplan dos plazos diferentes de prescripción. Uno desde que la administración tuvo conocimiento de la comisión de la infracción y otro, aplicable, en todo caso, que comienza a computar desde la fecha de la comisión. Siguen este modelo la LCE, la LCCLM y la LCG. Las dos primeras fijan el primer plazo en seis meses y la norma gallega en doce desde que la administración tuvo conocimiento de la infracción. El segundo plazo lo fijan las tres normas en tres años, dos años y un año desde la comisión de las infracciones, según sean éstas muy graves, graves o leves respectivamente.

Como podemos observar, según aprecia Martínez Maneiro, el segundo plazo es más amplio que el primero pero es lógico, ya que, el

punto en el que empieza a contar el tiempo reflejado en la ley en uno y otro caso es distinto. En el primero, el punto de inicio es la fecha en la que la administración tuvo conocimiento de los hechos que causan la infracción, por lo tanto es muy posible que haya transcurrido cierto tiempo desde que éstos se cometieron y por lo tanto el plazo se debe acortar. Y en el segundo caso, el punto de inicio es el momento de la comisión de los hechos, no se tiene en cuenta la acción de la administración.

- El segundo modelo, es seguido por el resto de leyes aplicables y fija un único plazo de prescripción a contar desde la fecha de comisión de la infracción y fijando éste de forma diferente en función de la calificación de la infracción. Se aprecian diferencias importantes en los plazos fijados, así los más breves son los establecidos por la LCCM, la LCIB, la LCLR, la LCAS, la LCMU, la LCCyL y la LCCANT que establecen estos en tres, seis y doce meses, en función de que las infracciones sean leves, graves o muy graves, respectivamente. En el extremo opuesto, están las que fijan los plazos en un año, dos y tres años, como las leyes señaladas en el anterior supuesto y la LCAND y la LCV.

VII. Sanciones

1. *Tipos de sanciones*

El necesario respeto al principio de tipicidad no afecta exclusivamente a las infracciones, sino también a las sanciones que por dichas conductas ilícitas se puedan imponer, siendo preciso que estén establecidas por una norma con rango de ley (artículo 129.2 de la LRJAPyPAC). La mayor parte de las leyes establecen únicamente como sanciones las de tipo pecuniario y la descalificación.

La LCV contempla la existencia de otras modalidades de sanciones:

- Prevé la amonestación para infracciones leves, que sólo se podrá imponer una sola vez por meros incumplimientos formales cometidos por simple inobservancia, cuando sean corregidos sin mediar previo requerimiento administrativo.
- Regula la sanción accesoria para la persona o entidad sancionada de obtener subvenciones u otras ayudas de la Comunidad Valenciana por un periodo no superior a cinco años.
- Contempla la sanción a los administradores, consistente en la inhabilitación para desempeñar cargos cooperativos durante un periodo máximo de diez años.

La LCCAT y la LCAR contemplan para las infracciones muy graves la sanción accesoria de exclusión, por un tiempo comprendido entre uno y tres años, de la posibilidad de obtener cualquier tipo de ayudas, bonificaciones o subvenciones de carácter público, cualquiera que sea su finalidad. Como vemos, en estos casos y a diferencia de la regulación valenciana no se limita expresamente a los supuestos en que dichas ventajas sean concedidas por la administración autonómica.

2. Graduación y cuantía de las sanciones

El principio de proporcionalidad obliga a que las sanciones guarden la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada¹⁶. Así, las infracciones leves, graves y muy graves se graduarán a efectos de determinar el importe de la sanción. Se contemplan, con carácter general, tres posibles grados, que son mínimo, medio y máximo.

Las leyes, a efectos de graduación de las infracciones, establecen una serie de criterios que deberán ser debidamente ponderados para cumplir con el principio de proporcionalidad exigible a toda potestad sancionadora. A continuación, se indican los que habitualmente se recogen en las normas:

- Número de socios afectados.
- Intencionalidad.
- Incumplimiento de advertencias o requerimientos previos.
- Perjuicios causados a los socios o a terceros.
- Repercusión social.
- Negligencia.
- Mala fe o falsedad documental.
- Capacidad económica de la cooperativa.

Se establece una cuantía mínima y máxima para las infracciones calificadas como leves, graves y muy graves; y, frecuentemente, se recoge expresamente en la ley una cuantía mínima y máxima para cada grado (mínimo, medio y máximo) y, en otras ocasiones, se indica que se divide, a dichos efectos, en tres tramos iguales.

Las cuantías de las sanciones son similares en la mayoría de las leyes. El abanico más amplio lo tenemos en la LCEX y en la LCIB que van

¹⁶ Principio regulado con carácter general por el artículo 131 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

desde los 60€ a los 60.000€. En la Comunidad Valenciana se extiende de 100€ a 50.000€, pero en la mayor parte de normas las infracciones muy graves se sancionan con un máximo de 30.000€.

Para evitar que deba modificarse la ley para actualizar el importe de las sanciones previstas en la misma, algunas leyes autorizan al ejecutivo, para que pueda actualizar la cuantía de las sanciones establecidas en éstas. Limitando, normalmente, esta competencia revisora de las cuantías, al exigir que se lleve a cabo teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo.

No hay unanimidad en las leyes para determinar cuál será el grado aplicable con carácter general. En la mayoría de leyes no se dice cuál será la graduación correcta si no concurren circunstancias agravantes, por lo que hay que entender que, a falta de justificación con alguno de los criterios establecidos, se deberá imponer en su grado mínimo. Expresamente, se recoge tal criterio en la LCEX, LCIB y LCAR y en las dos primeras se indica que bastará una circunstancia agravante de las contempladas en esas normas para imponerla en grado medio y dos para imponerla en grado máximo.

Se separa de este criterio la LCV que prevé que se impondrá la sanción en grado medio, si no concurre ninguna circunstancia agravante o atenuante para modificar tal graduación.

La correcta apreciación y valoración de las causas agravantes o atenuantes de la responsabilidad del infractor son fundamentales para una correcta aplicación del principio de proporcionalidad que debe informar la legislación sancionadora y la imposición de sanciones, de tal forma que se guarde la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

3. *Reincidencia*

La reincidencia es configurada como un criterio agravante a la hora de graduar una sanción, consistente, de acuerdo con el artículo 131.3.c) de la LRJAPyPAC en la comisión de más de una infracción de la misma naturaleza en el plazo de un año, cuando así haya sido declarado por resolución firme.

Diferentes leyes de cooperativas (LCV, LCIB, LCEX, LCCLM, LCCyL, LCCAT Y LCE) contemplan tal circunstancia, pero con regulaciones diversas. Así, la LCE entiende que hay reincidencia cuando se comete una infracción de igual o superior gravedad a otra, ya firme, que se haya cometido dentro del plazo de dos años, lo que endurece el régimen general antes referido. La LCCyL exige que la infracción sea del mismo

tipo y naturaleza y la LCG, la LCEX y la LCCM una infracción del mismo tipo y calificación, en el plazo de un año. La LCIB, la LCCAT y la LCV no definen la reincidencia, limitándose a fijar los efectos cuando se aprecia la concurrencia de ésta.

Los efectos de la apreciación de la reincidencia suelen ser el incremento del importe de la sanción hasta el doble del grado de la sanción correspondiente (LCIB, LCCyL, LCEX, LCG y LCCLM), si bien, las tres primeras precisan que sin exceder del límite máximo previsto para las infracciones muy graves, o apreciarse en su grado máximo (LCV), o en un grado superior (LCCAT).

No podrá tenerse en cuenta la reincidencia como criterio agravante, cuando ésta forme parte de la tipificación de la infracción. Un ejemplo de ello, lo tenemos en el artículo 137.3.c) de la LCCyL que tipifica como infracción muy grave *las infracciones graves, cuando durante los cuatro años anteriores al comienzo del correspondiente expediente sancionador, hubiera sido impuesta sanción firme por el mismo tipo de infracción*. La misma redacción la encontramos en la LCMU y en la LCAR.

4. *Persistencia o continuidad en la infracción*

Esta figura se refiere a los supuestos en que una vez detectada la infracción por la administración competente para sancionarla, la sociedad cooperativa siga cometiéndola. En este caso la administración puede conminar a la empresa para que cese en la actividad infractora con apercibimiento de imponer una sanción adicional.

Contemplan este supuesto, la LCE (en la que la sanción adicional podrá alcanzar el veinte por ciento diario del importe de la multa que se haya impuesto como sanción principal), la LCV (la multa coercitiva será de un diez por ciento del importe de la sanción principal por cada semana que perdure la situación antijurídica merecedora de la sanción) y la LCCAT (que en el caso de infracción continuada califica la infracción en un grado superior y conmina a su cese mediante la sanción adicional de hasta un veinte por ciento de la sanción que se haya impuesto).

5. *Competencia*

La competencia para imponer las sanciones por la comisión de infracciones en materia de sociedades cooperativas será determinada por

cada administración de acuerdo con su capacidad autoorganizativa. Cuanto mayor sea la gravedad de la infracción, la competencia se atribuya al titular de un órgano más elevado en la estructura jerárquica de la administración sancionadora. Esta atribución determina cuáles serán los órganos competentes para la resolución de los eventuales recursos que podrían plantearse contra las resoluciones sancionadoras.

6. *Prescripción de las sanciones*

Las únicas normas autonómicas que fijan el plazo de prescripción de las sanciones son la LCAND, que establece un año, dos años y tres años, según sean impuestas por la comisión de infracciones leves, graves o muy graves, y la LCV, que establece un único plazo de tres años.

El resto de leyes no establecen el plazo de prescripción de las sanciones, por lo que serán de aplicación los plazos previstos en el artículo 132.1 de la LRJAPyPAC¹⁷.

VIII. **Procedimiento sancionador**

Al tratarse de una materia en la que cada comunidad autónoma tiene competencia legislativa, ésta puede determinar, también, cuál es el procedimiento sancionador para actuar sobre esta. Algunas optan por aplicar su propio procedimiento sancionador general (LCAS). Otras leyes optan por seguir el procedimiento sancionador general establecido por la legislación estatal. La LCIB, LCMU, LCEX LCCyL LCCM LCLR y LCCANT, establecen que el procedimiento sancionador será el previsto para la imposición de sanciones en el orden social.

Esta opción supone una remisión a la normativa estatal que regula esta materia, en concreto, artículos 51 y ss. de la LISOS y Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimiento para la Imposición de las Sanciones en el Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social.

La asunción por estas leyes del referido procedimiento sancionador merece una positiva valoración. Se puede actuar de forma más efi-

¹⁷ Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año comenzando a computarse dicho plazo a partir del día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.

ciente si los órganos responsables de la función inspectora (cuando ésta se encomienda a la ITSS) y del procedimiento sancionador (cuando se atribuye la competencia al mismo órgano que otras infracciones del orden social) siguen, en esta materia, las mismas premisas de actuación que cuando actúan en materia de trabajo, empleo o de prevención de riesgos laborales y no sujetos a un procedimiento diferente exclusivo para la materia de sociedades cooperativas. Además, es un procedimiento específico para el orden social en el que creemos que tienen perfecta cabida las infracciones en materia de cooperativas

IX. Intervención temporal de la cooperativa

Algunas normas prevén que podrán tomarse medidas de intervención temporal de la sociedad cooperativa cuando concurren circunstancias especialmente gravosas para los socios o terceros que requieren medidas urgentes que traten de evitar o reducir consecuencias graves para la propia cooperativa; y, también, por sus efectos, para su entorno social y económico. Es una figura polémica y expresión del excesivo intervencionismo administrativo propio de otras épocas. Resulta complicado encontrar el equilibrio entre las funciones otorgadas por la normativa a la administración en materia de fomento del cooperativismo y de protección de su interés social con los principios de autonomía e independencia de las sociedades cooperativas, cuando se trata de adoptar este tipo de medidas.

Regulan medidas de intervención temporal la LCEX, la LCAND, la LCG, la LCAR y la LCE.

De la lectura de estas leyes podemos decir que las medidas pueden consistir en:

- Nombramiento de uno o varios funcionarios o interventores con facultades para establecer el orden del día de la asamblea general, convocarla y presidirla.
- La intervención temporal de la cooperativa por los funcionarios o interventores designados, sin cuya aprobación los acuerdos adoptados y las decisiones tomadas por los órganos de la sociedad cooperativa no tendrán validez.
- La suspensión temporal de la actuación de los órganos sociales, nombrando uno o varios administradores provisionales que asumirán las funciones de aquéllos.

En el caso de la LCG también podrán adoptarse medidas menos drásticas consistentes en la designación de un funcionario o represen-

tante del Consello Gallego de Cooperativas, con funciones asesoras de los órganos sociales de la cooperativa, que asistirá a tal fin a las reuniones de éstos.

La regulación prevista en la LCAND es diferente de las demás, ya que contempla las medidas de intervención como medidas provisionales para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en un procedimiento sancionador.

X. Descalificación

Esta figura suscita importantes reticencias doctrinales, basadas principalmente en la previsión de que una medida tan radical como es la descalificación sea una competencia administrativa y no se conciba como una competencia judicial¹⁸. Llegando algún autor a calificar esta figura como inconstitucional, por no ajustarse a la obligación de fomento del cooperativismo, impuesta por el artículo 129.2 de la CE¹⁹.

En cualquier caso, siempre será posible un pronunciamiento judicial al respecto, ya que todos los actos de las administraciones públicas son susceptibles de revisión por los órganos judiciales competentes.

1. Causas de la descalificación

Los supuestos que aparecen habitualmente recogidos en las leyes de cooperativas (no quiere decir que todos ellos aparezcan en todas las leyes) son:

- a) La pérdida o incumplimiento de los requisitos necesarios para la calificación de la sociedad como cooperativa. Esta es una fórmula genérica que incluye supuestos, que en otras leyes se

¹⁸ PAZ CANALEJO, N.: «Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial». EDERSA tomo XX, vol. 5. 1994. Parece que dejar en manos de la administración una medida tan frágil y de tan importante calado como es la descalificación de una cooperativa no es jurídicamente lo más correcto y debiera ser la jurisdicción competente la que se encargue, al menos así opinan algunos autores que incluso bajo el principio de seguridad jurídica dudan incluso de su constitucionalidad, máxime si se considera a esta medida (descalificación firme) como una expropiación administrativa del derecho a seguir asociado a otras personas o entidades para emprender acciones de mutua ayuda.

¹⁹ VILLALOBOS CABRERA, J.A.: «De la acción de la Administración General del Estado», en Colegios Notariales de España. *Cooperativas, Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*. Tomo I. Consejo General del Notariado. Madrid 2001, pp. 809-832.

contemplan expresamente, como los que se indican, a continuación, en las letras c), d) y e).

- b) La comisión de infracciones muy graves. En este supuesto, se aprecian diversas redacciones para matizar qué infracciones son susceptibles de llevar aparejada la descalificación. Así, p.ej., la LCCLM «...cuando provoque o pueda provocar importantes perjuicios económicos o sociales, o suponga vulneración esencial de los principios cooperativos» (redacción similar en varias leyes), la LCCM «...de normas imperativas o prohibitivas de la presente ley, cuando supongan vulneración esencial de los principios cooperativos», o la LCCANT «...de normas imperativas o prohibitivas de la presente ley». Sorprende la redacción de la LCAND, que extiende la posibilidad de ser causa de descalificación a la comisión de cualquier infracción, ya sea leve, grave o muy grave, al establecer «cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo 123 que sean susceptibles de provocar graves perjuicios económicos o sociales, o concurra reincidencia».
- c) Incurrir en determinadas causas de disolución, sin haberse procedido a acordar ésta.
- d) Paralización de los órganos sociales durante un periodo de 2 años.
- e) No realizar la actividad económica de la cooperativa durante dos años consecutivos.

2. Procedimiento

2.1. DIFERENTES PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LAS NORMAS

El procedimiento establecido, con carácter general por la mayor parte de las normas, es el establecido como procedimiento administrativo común, por la LRJAPyPAC con determinadas particularidades:

- La instrucción del expediente requerirá informe preceptivo de la ITSS. Dicho informe deberá ser emitido en un plazo normalmente breve. Si no se hubiere emitido en el plazo fijado en la respectiva ley, se tendrá por evacuado.
- Se otorgará trámite de audiencia a la sociedad cooperativa. Para hacer efectivo este trámite, se personará el consejo rector o; en su defecto, un número de socios no inferior a tres. Cuando no se produjese o no fuese posible dicha comparecencia, este trámite se cumplirá publicando un anuncio en el correspondiente boletín oficial.

Estas serían las normas comunes recogidas en todas las leyes. A partir de ahí, podemos observar peculiaridades, tales como en la LCAS y la LCCANT que exigen informe preceptivo de la organización representativa a la que pertenezca la sociedad cooperativa afectada, si consta tal circunstancia. En el caso de la LCV se contempla que el informe sea emitido por la Confederación de Cooperativas de esa comunidad autónoma. Y la LCG, LCE y LCCLM prevén la emisión de informe del correspondiente consejo de cooperativismo.

Sobre este procedimiento queremos hacer un par de reflexiones. Por un lado, se considera conveniente la petición de informe, como hemos indicado que prevén algunas leyes, a la entidad asociativa a la que figure adscrita la sociedad, o al consejo de cooperativismo o a la confederación de cooperativas. Creemos que todas las normas deberían incluir en su procedimiento actuaciones de este tipo. Este trámite garantizaría que se escuche al sector cooperativo antes de tomar una decisión tan drástica como es la descalificación.

Por otro lado, resulta llamativo que un informe, que debe emitir un órgano administrativo, la ITSS, calificado como preceptivo se entienda por evacuado si en el plazo, normalmente, de un mes no ha sido emitido, cuando la continuidad del expediente puede conllevar consecuencias tan importantes. Dada esta trascendencia, se debería prever la obligatoriedad de su emisión y constancia en el expediente, aunque para ello hubiera que otorgar un plazo mayor para evacuar dicho informe.

Se separan de ese formato general dos leyes. En la LCG se establece que el procedimiento aplicable es el previsto para la imposición de sanciones en el orden social y las normas del procedimiento administrativo común.

La misma opción que sigue la LCCANT, pero, donde se establecen claramente dos procedimientos diferentes, en función de que la causa de la descalificación sea por la pérdida o incumplimiento de los requisitos necesarios para la calificación de la sociedad como cooperativa o sea por la imposición de tal sanción por la comisión de una infracción muy grave. En el primer caso, se ajustará a las disposiciones previstas en la LRJAPyPAC, con las particularidades que referíamos anteriormente. Para el segundo supuesto, remite al procedimiento previsto para la imposición de sanciones en el orden social, al contemplarlo como un supuesto más de comisión de infracción y consiguiente sanción.

2.2. SUBSANACIÓN

Este trámite, consiste en que una vez constatada, por la administración competente, la causa de descalificación, se otorga por ésta a la cooperativa un plazo determinado (normalmente de seis meses) para dejar de incurrir en esa situación irregular, antes de iniciar el expediente de descalificación. Esta figura está prevista en la LCE, la LCV, la LCIB, la LCCLM, la LCCM, la LCCAT y la LFCN.

El hecho de que no se contemple expresamente no quiere decir que el resultado de la incoación del expediente sea, en todo caso, la descalificación, ya que iniciado el expediente, en cualquier momento, la cooperativa podrá acreditar que ha dejado de incurrir en la causa que motiva esta actuación; y, constatada tal circunstancia por la administración, ésta no deberá resolver acordando la descalificación.

3. Efectos

Cuando adquiera firmeza la descalificación surtirá efectos registrales de oficio e implicará la disolución de la sociedad cooperativa. Esta conclusión tan drástica se ve matizada por algunas normas que suavizan los radicales efectos de la descalificación al permitir que la sociedad cooperativa descalificada se transforme en un periodo de tiempo (normalmente de seis meses). Si transcurrido ese plazo, no se ha transformado, la cooperativa se disolverá de manera forzosa. Esta figura de la transformación es contemplada expresamente por la LCE, la LCV, la LCCLM y la LCCM.

Por último indicar que la LFCN exige la publicación de la orden foral de descalificación.

XI. Conclusiones

La pluralidad normativa que se da en España en materia de sociedades cooperativas, llega no solo a los aspectos relativos a la configuración de este tipo societario, sino también al marco de las relaciones que se establecen entre la administración y estas sociedades, incluidas las relativas a la función inspectora. Así tenemos normas que tipifican muchos más incumplimientos como infracciones que otras, calificaciones distintas para una misma conducta, diversidad de cuantías de las sanciones, diferentes procedimientos (incluida la atribución de la función inspectora), plazos de prescripción,... lo que nos lleva a concluir

que existen notables diferencias en los grados de severidad de las leyes y esto nos dibuja un marco que no parece el más óptimo.

Pero, lo más importante es que las normas cumplan con los principios de la potestad y del procedimiento sancionador; y, en este sentido aún puede mejorarse, evitando tipificaciones genéricas, procurando conseguir que las sanciones sean proporcionales al incumplimiento cometido...

La doctrina desconfía de la aplicación eficaz del régimen disciplinario administrativo, justificando esta valoración en lo que la experiencia, manifiestan, demuestra. Consideran que resulta más efectivo el control de la auditoría de cuentas, el arbitraje cooperativo y la actuación de los tribunales²⁰. Y es que realmente las actuaciones inspectoras que se realizan en materia de cooperativas son muy escasas, si nos ceñimos al ámbito de competencias de la ITSS, como se deduce de su informe anual de 2013²¹, pese al frecuente uso de la máscara de cooperativa que hacen determinadas empresas para camuflar una realidad muy diferente.

Bibliografía

- BUZARCO SAMPER, M.: «La potestad administrativa sancionadora en la Ley 6/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana». *CIRIEC* n.º 18/2007, pp. 1-32.
- CALVO ORTEGA, R.: «Las figuras de la Economía Social en la Constitución Española de 1978». *CIRIEC-España*, n.º 47, 2003, pp. 159-174.
- DIVAR, J.: «*Introducción al cooperativismo*», en I Jornadas de Cooperativas de Euskadi, 1882.
- GARCÍA TRASCASAS, A. y REGUERO CELADA, J.: «La Inspección de Trabajo ante el hecho cooperativo. La descalificación de las cooperativas», en *Economía social y cooperativismo* (directora MORGADO PANADERO, P. y coordinadora BURGOS ROSADO, L.). Editorial Lex Nova, S.A. 2006. pp. 251-275.
- GIRÓN, J.: «Los conceptos y tipos de sociedad en los Códigos Civil y de Comercio y sus relaciones», en *Estudios del Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1964.

²⁰ MORILLAS JARILLO, M.J. y FELIÚ REY, M.I.: *Curso de Cooperativas*, 2.ª edición. Tecnos 2002.

²¹ Las actuaciones en materia de cooperativas y sociedades laborales (ambas se cuantifican conjuntamente) ascienden a 274, sobre un total de 137.154 realizadas exclusivamente en el capítulo de relaciones laborales (no se incluyen las materias de prevención de riesgos laborales, empleo y colocación, extranjería y seguridad social). Las infracciones recogidas en las correspondientes actas son 8, de un total de 5.776 y se han realizado 7 requerimientos en esta materia de un total de 21.918 (datos de actas y requerimientos sólo referidos al área de relaciones laborales).

- LLOBREGAT, M.L.: *Mutualidad y empresas cooperativas*, Bosch, Barcelona, 1990.
- MARTÍNEZ MANEIRO, B.: «Estudio del régimen de inspección y sanción en la Ley de Sociedades Cooperativas de Euskadi y comparativa con la regulación de esta materia en el resto de leyes cooperativas autonómicas vigentes y la ley estatal». *GEZKI*, n.º 3, 2007, pp. 41-63.
- MORILLAS JARILLO, M.J. y FELIÚ REY, M.I.: *Curso de Cooperativas*, 2.ª edición. Tecnos 2002.
- PAZ-ARES, C.: *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.º ed., Civitas, Madrid, 1993.
- PAZ CANALEJO, N.: «Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial». *EDERSA* tomo XX, vol. 5. 1994.
- RODRIGO RUIZ, M.A.: «Mandato constitucional de fomento y fiscalidad de las cooperativas» *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 47, extraordinario, noviembre de 2003, pp. 199-219.
- VILLALOBOS CABRERA, J.A.: «De la acción de la Administración General del Estado», en Colegios Notariales de España. *Cooperativas, Comentarios a la ley 27/1999, de 16 de julio*. Tomo I. Consejo General del Notariado. Madrid 2001, pp. 809-832.

La cooperativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Probables contribuciones al perfeccionamiento
de su regulación constitucional en Cuba

Orestes Rodríguez Musa*

Universidad de Pinar del Río (Cuba)

*Al profesor Divar, con mi más sincero
reconocimiento personal*

Recibido: 5-6-2014

Aceptado: 8-9-2014

Sumario: Introducción. I. La constitucionalización de la cooperativa: origen, tendencias y requerimientos. II. Limitaciones de la cooperativa en la Constitución socialista cubana. III. La cooperativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: El objetivo de este trabajo es sistematizar los rasgos que caracterizan la regulación de la cooperativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano y que, en tal sentido podrían contribuir al perfeccionamiento del magno texto cubano. Para ello se comienza explicando el origen histórico y las tendencias de la constitucionalización de la cooperativa, así como los aspectos que —a juicio del autor— debería contener dicha constitucionalización. Sobre esta base se valoran, en un segundo momento, las limitaciones de la cooperativa en la Constitución socialista cubana. Por último, se identifican en tres de los textos representativos del nuevo constitucionalismo latinoamericano (Venezuela, Ecuador y Bolivia), aquellos elementos que podrían contribuir al perfeccionamiento de la regulación constitucional de la figura en Cuba.

Palabras clave: cooperativa, Constitución, nuevo constitucionalismo latinoamericano.

* Profesor de Derecho Constitucional y de Introducción al Derecho de Cooperativas en el Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Pinar del Río, Cuba. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana (2006) y Máster en Derecho Constitucional y Administrativo por la propia institución (2010). Investigador del Centro de Estudios de Desarrollo Cooperativo y Comunitario (CEDECOM) adscrito a la Universidad de Pinar del Río, Cuba e investigador de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo (AIDC) con sede en la Universidad de Deusto, España. E-mail: musa@upr.edu.cu

Abstract: The objective of this work is to systematize the features that characterize the regulation of the cooperative in the new Latin-American constitutionalism, those that could contribute to the improvement of the Cuban constitutional text. In order to do so it begins explaining the historical origin and the tendencies of the legal regulations of the cooperative in the Constitutions, as well as the aspects that—in the author’s opinion— should contain this constitutionalisation. On this base they are valued, in a second moment, the limitations of the cooperative in the Cuban socialist Constitution. Lastly, it identifies in three of the representative texts of the new Latin American constitutionalism (Venezuela, Ecuador and Bolivia), the elements that could contribute to the improvement of the constitutional regulation of the figure in Cuba

Key words: cooperatives, Constitution, new Latin-American constitutionalism.

Introducción

Es bien conocido —y sin embargo nunca ocioso reiterarlo— el valor supra ordenador de la Constitución. Los valores y principios constitucionales definen las bases para el funcionamiento de la sociedad. Las disposiciones normativas en ella contenidas —expresión de la voluntad Constituyente— poseen una jerarquía suprema, en tanto debe fungir como programa de desarrollo para conseguir el ordenamiento jurídico y político al que se aspira; como límite al ejercicio del poder y de los individuos; como instrumento de control para garantizar su eficacia; y como garantía superior de estabilidad y seguridad jurídica de las relaciones sociales que organiza.¹

Por estas razones, constituye una lógica aspiración para el movimiento cooperativo moderno que su doctrina encuentre sitio apropiado en las leyes fundamentales. Sin embargo, para la realización de este objetivo no basta con el mero mandato constitucional de que el Estado reconozca y/o fomente las cooperativas (lo cual es cada vez más común); sino más bien se requiere que el magno texto organice para la figura un ambiente socioeconómico y jurídico-institucional consecuente con su identidad.

Por su parte, la Constitución cubana, influida por el socialismo real, instrumenta un sistema económico superado —en gran medida— por la historia, lo que unido a un manejo reduccionista de la cooperativa, obstaculiza su óptimo aprovechamiento.

En contraste, los textos constitucionales latinoamericanos de más reciente factura emplean, para estimular el cooperativismo, fórmulas jurídicas de avanzada. Estos elementos novedosos desde el punto de vista técnico, son resultado de procesos políticos inclusivos, humanistas y revolucionarios que aconsejan su estudio como referentes a los que observar una vez iniciado el inminente proceso de actualización del texto constitucional cubano.

Por tanto, el objetivo de este trabajo es sistematizar los rasgos jurídicos que caracterizan la regulación de la cooperativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano y que, en este sentido, podrían contribuir al perfeccionamiento del magno texto cubano. Para ello se comenzará explicando el origen histórico y las tendencias de la constitucionalización de la cooperativa, así como los aspectos que —a consideración del autor— debería contener dicha constitucionalización.

¹ Vid. PRIETO VALDÉS, M.: «Las funciones de la Constitución», *Revista Jurídica*, año 5, No. 9, enero-junio de 2005, MINJUS, La Habana, pp. 38-46.

Sobre esta base se valorarán las limitaciones de la cooperativa en la Constitución socialista cubana para, finalmente, identificar en el nuevo constitucionalismo latinoamericano los elementos jurídicos que podrían contribuir a su perfeccionamiento.

I. La constitucionalización de la cooperativa: origen, tendencias y requerimientos

La relevancia jurídico-constitucional del cooperativismo resulta palpable solo cuando los trabajadores, que habían encontrado en la cooperativa una alternativa al sistema capitalista, conquistan el poder político —o al menos influye en él de forma decisiva— y consiguen constitucionalizar sus intereses de clase.

Por tanto, el punto de encuentro entre ambas doctrinas se ubica —como regla— en los albores del siglo xx con el nacimiento del llamado constitucionalismo social que, a diferencia del constitucionalismo liberal originario, le interesa ya no solo establecer las bases de la organización política de los estados, sino además delimitar los principios rectores de un sistema socioeconómico que aspira a la distribución equilibrada de la riqueza económica y a la justicia social.

En este sentido, pueden distinguirse dos tendencias fundamentales dentro de la segunda generación de constituciones: «la de los países socialistas en los que el cooperativismo representa un instrumento complementario a los fines de la construcción del socialismo estatal; y la de los demás países en los que el cooperativismo se considera un elemento importante para lograr el bienestar de la población...»², aunque coexistiendo con la propiedad privada sobre los medios de producción.

Con independencia del régimen político contemplado, lo cierto es que desde la Constitución mexicana de 1917³, reconocida como la iniciadora de esta corriente en el mundo, la mayoría de los textos fundamentales influidos por el constitucionalismo social incluyen disposiciones que ponderan —de diferente manera y en diferente medida— a las cooperativas, como justo reconocimiento a una alternativa capaz de desempeñar un rol importante en el desarrollo integral de los pueblos.

² TORRES Y TORRES LARA, C.: «Las constituciones y el cooperativismo», en *Derecho Cooperativo. Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*, Intercoop, Rosario, 1987, p. 60.

³ Esta Constitución enarbó en su texto original «...la utilidad social de las sociedades cooperativas para la construcción de casas baratas e higiénicas, destinadas a ser adquiridas en propiedad por los trabajadores...» (artículo 123, A, XXX).

Sin embargo, alertó ORTIZ MERCADO en el III Congreso Continental de Derecho Cooperativo (Rosario, Argentina, 1986) que «los textos constitucionales no deben limitarse a la tolerancia del Cooperativismo, deben ser normas que abran brechas para dar opción a la propuesta socio-política y económica que constituye la Cooperación, [para lo cual] las normas jurídicas constitucionales deben reconocer la existencia y funcionamiento del Cooperativismo como un sector o como un sistema total, [de tal manera] que el contenido normativo de la Constitución busque que el Cooperativismo vaya más allá de las brechas filosóficas y logre, en el plano del pluralismo político y económico, su rol fundamental de cambio social.»⁴

Ante estas justas aspiraciones, nos corresponde a los juristas advertir que la norma constitucional, a diferencia de la norma ordinaria, no puede contener una regulación exhaustiva de cada uno de los elementos que reconoce. El amplio alcance y la generalidad de estas normas (cada día mayor) le exigen ser capaces de captar y expresar con mínimos, la esencia de los fenómenos y su lugar al interior del sistema de relaciones sociales. Por tanto, su redacción técnico-jurídica ha de ser exquisita, ostentando la amplitud y abstracción necesarias. De igual forma, debe orientar al poder constituido para garantizar la funcionalidad de su contenido, mostrando los objetivos hacia los cuales dirigirse y los márgenes por dónde debe transitar.

Sobre esta base y desde una perspectiva estrictamente jurídica, considera el autor que la constitucionalización del cooperativismo debe dirigirse esencialmente hacia los siguientes aspectos:

a) *Garantizar el derecho a la libre asociación en cooperativas*

La mera inclusión de este derecho entre el catálogo de aquellos que la Constitución acoge, operará como garantía de realización de la plenitud de las facultades individuales ante la inacción del legislativo en la aprobación de leyes complementarias o ante la obsolescencia de éstas, lo cual posee por sí solo un valor considerable.⁵

En tal sentido se ha dicho que «...al reconocerse en las Constituciones el derecho de asociación en general, también se reconoce el hacerlo en cooperativas u otras empresas de economía social, siempre que sean

⁴ ORTIZ MERCADO, R.: «Valoración Constitucional del Cooperativismo», en *Derecho Cooperativo. Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*, Intercoop, Rosario, 1987, pp. 49 y 50.

⁵ *Vid.* PRIETO VALDÉS, M.: «Las Funciones...», *ob. cit.*, p. 43.

lícitas.»⁶ Sin embargo sería insuficiente la mención de la tradicional asociación civil o de la genérica libertad de empresa, en tanto la cooperativa supera —por su complejidad, integralidad y contenido axiológico— estas manifestaciones. Por consiguiente, su ejercicio efectivo y defensa apropiada merece —primero— de un reconocimiento específico en la Constitución⁷ y de un posterior desarrollo legal particular.

b) *Concebir la naturaleza jurídica de la cooperativa como reflejo de su identidad*

En este sentido, advierte GARCÍA-MÜLLER que «lo más corriente es que la Constitución considere la empresa social de manera genérica, bien sea como una asociación o una sociedad, o, como una forma empresarial propia o específica, por ejemplo, como meramente “cooperativa” sin darle otra connotación.»⁸

Pero puede que sea este el principal reto del constituyente, pues una correcta determinación de la naturaleza jurídica de una institución nos permite no solo delimitar el régimen jurídico aplicable a ella (normas principales y supletorias a aplicar, fuentes para su elaboración, registro, competencia judicial, etc.), sino además garantizar que su funcionalidad sea coherente con su esencia. Sin embargo, cuando de cooperativas se trata, el asunto sigue siendo muy debatido, en tanto la flexibilidad de los principios cooperativos propicia que la doctrina, el legislador y la jurisprudencia realicen una tipificación partidista del fenómeno.⁹ De ahí la importancia de que el constituyente asuma y replique la responsabilidad de entender jurídicamente la figura sin las acostumbradas reducciones o tergiversaciones que laceran su identidad.¹⁰

⁶ GARCÍA MÜLLER, A.: *Instituciones de Derecho Cooperativo, Social, Solidario o de Participación*; Mérida, 2006, p. 99.

⁷ Vid. BLANCO, G.A. y TOZZINI, E.M.: «Inserción constitucional del Derecho Cooperativo en la futura reforma constitucional», en *Derecho Cooperativo. Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*, Intercoop, Rosario, 1987, p. 17.

⁸ GARCÍA MÜLLER, A.: «Instituciones de Derecho Cooperativo...», *ob. cit.*, p. 100. También en este sentido Vid. GADEA, E.; SACRISTÁN, F. y VARGAS, C.: *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma*. Ed. Dykison, Madrid, 2009, pp. 70-83.

⁹ Vid. RODRÍGUEZ MUSA, O.: *La cooperativa como figura jurídica. Perspectivas constitucionales en Cuba para su aprovechamiento en otros sectores de la economía nacional además del agropecuario*, Ed. Dickinson S.L., Madrid, 2012, pp. 33-41.

¹⁰ Vid. SÁNCHEZ MORALES, M.: «Valoración constitucional del cooperativismo», en *Derecho Cooperativo. Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*, Intercoop, Rosario, 1987, pp. 53-58.

c) *Estructurar un ambiente propicio para el desarrollo del cooperativismo*

A lo externo, la cooperativa solo puede conseguir su plena realización si encuentra un ambiente socioeconómico, político, jurídico e institucional coherente con su identidad. Por consiguiente, es menester que la Constitución aporte las pautas suficientes para garantizarlo.

En tal sentido, resulta común que se insista en la delimitación de las relaciones de la cooperativa con el Estado, bien para asegurar la no interferencia estatal en el funcionamiento de las primeras o para exigir al segundo un trato preferente (legislativo, financiero, asistencial, tributario, etc.) hacia aquellas. A criterio del autor, esta fórmula resulta obsoleta por insuficiente.

Sin desconocer que la heterogeneidad de contextos podría determinar matices, necesario es que en los diseños constitucionales en los que se desee potenciar el desarrollo cooperativo, se configure un ambiente socioeconómico e institucional más sistémico y dialéctico entre sus componentes.

En este sentido, las posturas más avanzadas aconsejan la implementación constitucional de un sector social o tercer sector de la economía, que mediante valores y principios propios supere la estéril separación entre lo público y lo privado. De esta forma podría garantizarse a las cooperativas un espacio adecuado tanto para el ejercicio de su autonomía como para el cumplimiento de sus responsabilidades sociales.

Con base en estos aspectos, analicemos a continuación la regulación de la cooperativa en la Constitución cubana vigente.

II. **Limitaciones de la cooperativa en la Constitución socialista cubana**

En Cuba, el primer antecedente constitucional de la figura se encuentra en el texto de 1940, que influido por el constitucionalismo social la contempló como forma de empresa¹¹ alternativa a las tradicionales (públicas y privadas) y como fuente de empleo en función del desarrollo local.¹² Sin embargo, no se define como fenómeno asocia-

¹¹ Resalta lo adelantado de considerar a la cooperativa como empresa, teniendo en cuenta que la ACI lo hace por primera vez en 1995, con lo cual se manifiesta la diáfana intención constituyente de apartar a las cooperativas de las entidades caritativas o benéficas.

¹² Vid. LEZCANO Y MAZÓN, A.M.: *Constitución de Cuba (con los debates sobre su articulado y transitorias, en la Convención Constituyente)*, t. II, Ed. Cultural, La Habana, pp. 732-734.

tivo en ninguna de sus manifestaciones, dejando el constituyente amplias prerrogativas a los poderes públicos para la concreción de su naturaleza jurídica y de su enrumbamiento social, lo que unido a la falta de voluntad política para garantizar el adecuado impulso de los mandatos constitucionales, dificultó el desarrollo del sector.

Después del triunfo revolucionario de 1959 la fórmula constitucional del 40 se preservó en la Ley Fundamental, pero la tendencia práctica y legal en la conformación de empresas rápidamente se inclinó hacia la forma estatal.

En consonancia con lo anterior, el texto constitucional socialista de 1976 copió —en gran medida— el modelo económico soviético, donde la concepción e instrumentación de la cooperativa se hallaba afectada por un fuerte reduccionismo economicista. Este factor —entre otros— trajo consigo que el reconocimiento constitucional de la cooperativa presente —aún— un grupo de limitaciones jurídicas que obstaculizan el aprovechamiento óptimo de sus potencialidades. Valoremos a continuación esta regulación siguiendo las premisas fijadas en el epígrafe anterior.

a) *El derecho de asociarse en cooperativas solo se reconoce a los agricultores pequeños y no a otros sectores del pueblo trabajador*

Este factor —entre otros— ha traído consigo que con la aprobación del texto constitucional socialista el desarrollo legal y práctico de la cooperativa en Cuba se haya constreñido al sector agropecuario de la economía. Pero, si bien en 1976 podía resultar contradictorio el reconocimiento constitucional del derecho de asociarse en cooperativas a otros trabajadores diferentes a los agricultores pequeños, dado el hecho de que los primeros, a diferencia de los segundos, no contaban con medios de producción de propiedad individual, esta lógica es hoy es un contrasentido, pues los medios e instrumentos de trabajo que la Constitución cubana reconoce en su artículo 21, como parte de la propiedad personal, se han convertido —a través del recién potenciado trabajo por cuenta propia¹³— en genuinos medios de producción.

¹³ En consonancia con los cambios que viene realizando el país en su modelo económico, se han publicado recientemente en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, varias disposiciones jurídicas encaminadas a propiciar la ampliación de esta modalidad de trabajo. En tal sentido, el Decreto-Ley n.º 141 del 8 de septiembre de 1993 «Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia», hasta entonces complementado por la Re-

Además, la forma cooperada de gestión puede instrumentarse conservando la propiedad estatal sobre los medios fundamentales de producción y cediendo su uso y disfrute a los trabajadores, tal como sucedió con las Unidades Básicas de Producción Cooperativa, implementadas por el Decreto Ley 142 de 20 de septiembre de 1993, a través de las cuales se convirtió a los obreros agrícolas en usufructuarios de la tierra estatal y propietarios del resto de los medios de producción necesarios para su explotación.¹⁴

Por tanto, las razones políticas, socioeconómicas y jurídicas que originalmente aconsejaron el reconocimiento constitucional del derecho de asociarse en cooperativas a los campesinos, pueden valer —con igual fuerza— para otros sectores populares. A estas razones se suman las que impone el nuevo contexto nacional, caracterizado por la disponibilidad de trabajadores resultado de la descongestión del sector estatal¹⁵ (entre los que comúnmente prima el desasosiego, el aislamiento y la falta de pericia) y la flexibilización del trabajo por cuenta propia (que al incluir la contratación de mano de obra entre particulares genera relaciones de dominación).

solución No. 9 del 11 de marzo de 2005, del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, «Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia», pasa a ser desarrollado por la Resolución No. 32 del 7 de octubre de 2010, emanada del propio Ministerio y contentiva de un nuevo reglamento —del mismo nombre— que define taxativamente 178 actividades (60 más que su predecesor) que pueden ser realizadas al amparo de estas disposiciones jurídicas. Resalta también en este sentido, en materia de transporte, la Resolución No. 399 del 7 de octubre de 2010, del Ministerio del Transporte, «Reglamento de la licencia de operación de transporte para personas naturales» (que deja sin efecto la Resolución No. 73, del 22 de abril de 2005, «Reglamento de la Licencia de Operación del Transporte»), la cual establece el procedimiento para otorgar la Licencia de Operación de Transporte a personas naturales, para poder prestar servicios del transporte terrestre, marítimo y fluvial en el territorio nacional o en sus aguas jurisdiccionales, tanto de pasajeros como de cargas. *Vid. Gaceta Oficial* No. 011 Ext. Especial de 1ro. de octubre de 2010 y *Gaceta Oficial* No. 012 Ext. Especial de 8 de octubre de 2010.

¹⁴ FERNÁNDEZ PEISO, L.A.: *La cooperativa. Bases para su legislación en Cuba*. Ed Ciencias Sociales, La Habana, 2012, pp. 89 y ss.

¹⁵ Las proyecciones de la economía para el periodo 2011-2015 previeron en el Plan del año 2011, la reducción de más de 500.000 trabajadores en el sector estatal, donde el exceso de plazas sobrepasa el millón. *Vid. CENTRAL DE TRABAJADORES DE CUBA: Pronunciamiento del 13 de septiembre 2010*, en www.cubadebate.cu/noticias/2010/09/13/reducira-cuba-medio-millon-de-plazas-en-el-sector-estatal, consultado el 28 de octubre de 2010.

b) *Se reduce la naturaleza jurídica de la cooperativa a forma de propiedad*

El constituyente cubano de 1976, para concebir la cooperativa también bebió del ordenamiento jurídico soviético. Por ello debemos recordar que el Derecho que guió los pasos del socialismo real fue resultado de una fuerte lucha de clase contra la propiedad privada sobre los medios de producción, en pos de la apropiación de éstos por obreros y campesinos; donde la fórmula legal para conseguirlos fue la proclamación del predominio casi absoluto —dependiendo del contexto histórico y geográfico del que se tratare— de la propiedad social socialista, expresada en la propiedad estatal y en la propiedad cooperativa.

Este proceso de confrontación política tuvo alta incidencia para el campo de las Ciencias Jurídicas de otrora, en las que se confundieron categorías de la Economía y el Derecho para dar paso a la concepción que define a la cooperativa como una forma de propiedad, llevada al ordenamiento jurídico cubano a partir del 24 de febrero de 1976 con la proclamación del texto constitucional socialista, que en su artículo 20 determina que: «Esta propiedad cooperativa es reconocida por el Estado...».

Si bien la cooperativa es —también— una manifestación de la propiedad, a consideración del autor esta manera de entenderla resulta reduccionista, pues pondera las facultades de administrar, poseer, usar y disponer de los bienes de su propiedad en detrimento de sus intrínsecos principios de funcionamiento a lo interno y a lo externo.¹⁶

c) *El sistema económico establecido no propicia un ambiente institucional adecuado para el desarrollo del movimiento cooperativo*

La Constitución cubana vigente se inspira en una historia, unos valores y unos principios que definen su esencia socialista. Este contenido, en materia socioeconómica, está determinado por postulados que establecen que «Cuba es un Estado socialista de trabajadores, organizado con todos y para el bien de todos, para el disfrute de la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana» (art. 1), máxima que tiene un origen histórico en «los obreros, cam-

¹⁶ *Vid.* Artículo 20 de la Constitución socialista cubana (actualizada).

pesinos, estudiantes e intelectuales que lucharon durante más de cincuenta años contra el dominio imperialista, la corrupción política, la falta de derechos y libertades populares, el desempleo y la explotación impuesta por capitalistas y terratenientes» (Preámbulo). A tono con ello, se constitucionalizan como aspiraciones las de conseguir «... la supresión de la explotación del hombre por el hombre...» y la de alcanzar una distribución eficaz de la riqueza conforme al principio de distribución «...de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo...» (art. 14). A todo lo anterior se une el reconocimiento del derecho-deber fundamental al trabajo como «motivo de honor para cada ciudadano» (art. 45).

Visto así, es posible asegurar que el carácter socialista de la Constitución cubana es congruente con los valores y principios que promueve, defiende y practica el movimiento cooperativo. Sin embargo, no basta esta dimensión axiológica para considerar al sistema económico configurado como apropiado para el desarrollo del cooperativismo.

En tal sentido vale recordar que se trata de un «sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción» (art. 14) y que esta propiedad se expresa —principalmente¹⁷— como «propiedad estatal socialista de todo el pueblo» (art. 15).

Unido a este papel rector de la propiedad estatal, que puede considerarse como necesario para garantizar el desarrollo económico sostenible del país y el aprovechamiento responsable de la riqueza nacional, aparecen un conjunto de facultades del Estado que refuerzan su papel en la economía. Tal es el caso de lo señalado en el artículo 16: «El Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo programado del país...»; en el artículo 17: «El Estado administra directamente los bienes que integran la propiedad socialista de todo el pueblo...»; y en el artículo 18: «El Estado dirige y controla el comercio exterior».

Esta configuración del sistema económico, más de una vez llevada a límites extremos por el legislador ordinario, ha traído consigo un so-

¹⁷ El actual modelo constitucional cubano reconoce a la propiedad cooperativa como otra manifestación de la propiedad socialista, pero jugando un papel subsidiario con respecto a la estatal, en tanto la primera ha sido concebida, en el proceso de socialización de la propiedad, como un escalón intermedio entre la propiedad privada y la propiedad socialista de todo el pueblo, que se ha identificado con la segunda. Vid. ÁLVAREZ TABLO, F.: *Comentarios a la Constitución socialista cubana*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1989, pp. 83-93.

breddimensionamiento y excentricismo del desempeño del Estado en la economía que comienza a rectificarse con el proceso de actualización del modelo socioeconómico nacional. A partir de este proceso el Estado, omnipresente en la actividad empresarial del país, empieza a desprenderse de la gestión (no así de la disposición sobre los bienes de su propiedad) de actividades y estructuras en las que no ha logrado ser eficiente, para concentrarse en aquellas trascendentales para la economía.

A tono con ello, han comenzado a operar en el país otros sujetos económicos que no encuentran reconocimiento constitucional, pero de hecho su accionar es cada vez más importante.¹⁸ Tal es el caso de los trabajadores por cuenta propia, en ocasiones devenidos en empresarios privados, en tanto la flexibilización de la regulación jurídica de su actividad, los faculta para contratar fuerza de trabajo asalariada; o de las cooperativas no agropecuarias, para las que con carácter experimental, se ha aprobado recientemente un marco legal propio¹⁹.

Con amparo en esta normativa destinada a las cooperativas no agropecuarias, que no refiere en ninguno de sus «POR CUANTO» al texto constitucional, en marzo del presente año sumaban 498 las cooperativas que contaban con autorización administrativa para su constitución y 224 las ya constituidas en los sectores de gastronomía, construcción, transporte, industria, alimentación, energía y servicios contables.²⁰

¹⁸ «De hecho, se prevé aumentar el número de licencias de trabajo por cuenta propia (incluyendo a empleadores y empleados) en más de doscientos cincuenta mil antes de 2012, y otros doscientos mil puestos de trabajo serían creados, sobre todo por nuevas cooperativas de producción de bienes y servicios. La titular del Ministerio de Finanzas y Precios (MFP), Lina Pedraza estima que el número de personas empleadas en el sector no estatal aumentará a 1,8 millones en 2015; lo que (...) resultaría en más de 35% del empleo total.» PIÑERO HARNECKER, C.: «Empresas no estatales en la economía cubana: ¿construyendo el socialismo?», *Revista Temas*, No. 67, julio-septiembre de 2011, pp. 68-77. «Hasta mayo de 2014 se registran más de 467 mil personas acogidas a esta modalidad, cifra que se estima continuará incrementándose en el transcurso del año.» *Vid.* MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, L. y PUIG MENESES, Y.: «Insta Raúl al análisis crítico sobre la marcha de la implementación», *Periódico Trabajadores*, La Habana, 3 de marzo de 2014, pp. 4 y 5.

¹⁹ Al finalizar el año 2012 entró en vigor, con carácter experimental, un paquete legal que contiene dos Decretos-leyes del Consejo de Estado (No. 305 y 306, del 15 y 17 de noviembre de 2012), un Decreto del Consejo de Ministros (No. 309, del 28 de noviembre de 2012), una Resolución del Ministro de Finanzas y Precios (No. 427/2012), y otra del de Economía y Planificación (No. 570/2012).

²⁰ MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, L. y PUIG MENESES, Y.: «Insta Raúl al análisis...», *ob. cit.*, pp. 4 y 5.

Sin embargo, en la última sesión ordinaria de la Asamblea Nacional del Poder Popular, desarrollada el pasado mes de julio, se analizaron varias de las dificultades en el funcionamiento de las cooperativas recién constituidas, entre las que resaltan: las limitaciones para el establecimiento de contratos y de relaciones económico-financieras con las entidades estatales; exigencias no previstas en las normas jurídicas; escaso acceso a la compra mayorista de insumos; y el desconocimiento generalizado sobre el tema cooperativo.²¹

A estas incidencias pueden agregarse, a criterio del autor, la inexistencia en Cuba de una noción jurídico-institucional del cooperativismo como sistema autónomo con responsabilidades sociales; la ausencia de una legislación especial unificadora del sector cooperativo nacional, actualmente regulado por normas que lo fracturan entre lo agropecuario y lo no agropecuario; y la necesidad de un ente público encargado de diseñar e impulsar una política coherente de atención al movimiento.

Para superar estas dificultades y garantizar el buen rumbo de este definitorio proceso de transformaciones que hemos emprendido, se requiere —primero— el perfeccionamiento del texto constitucional, a fin de que pueda ocupar el lugar que le corresponde, aportando —al legislador ordinario— base y cima, cauce y límite²². Además ha de fomentar la Constitución, al definir y organizar las relaciones, objetivos y responsabilidades de los diferentes sujetos que se integran en el sistema económico, aquellos que, como las cooperativas, favorecen la realización del carácter socialista de sus fundamentos²³.

Estudemos a continuación cómo se instrumenta la cooperativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, a fin de encontrar elementos que contribuyan al necesario perfeccionamiento de la regulación jurídica de la figura en el magno cuerpo jurídico cubano.

²¹ CASTRO, Y.; FONTICOPA, O. y PALOMARES, E.: «Cooperativas no agropecuarias. Las buenas y malas caras de una misma moneda», *Periódico Granma*, La Habana, 15 de agosto de 2014, pp. 4 y 5.

²² *Vid.* PRIETO VALDÉS, M.: «Las Funciones...», *ob. cit.*, pp. 39 y 40.

²³ Máxime cuando el carácter socialista del sistema político, social y económico figura como irrevocable en los artículos 3 y 137 de la Constitución desde la reforma del año 2002.

III. La cooperativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano

El inicio de siglo ha traído para la región latinoamericana nuevos procesos constituyentes que han dado lugar a lo que un sector de la doctrina del Derecho Constitucional reconoce como «nuevo constitucionalismo latinoamericano» y que engloba —con mayor coincidencia de criterios— los textos fundamentales de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

MARTÍNEZ DALMAU y VICIANO PASTOR al defender la existencia de este nuevo constitucionalismo, resaltan que la clave de su distinción reside en que «...centra su preocupación en la “legitimidad democrática de la Constitución” (...), dotándola de mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la identidad entre voluntad popular y Constitución»²⁴.

Advierten también estos que si bien el nuevo constitucionalismo de la región «...carece de una cohesión y una articulación como sistema cerrado de análisis y proposición de un modelo constitucional (...), también es cierto que existen unos rasgos comunes bastante bien definidos que permiten afirmar (...) que se trata de una corriente constitucional en período de conformación»²⁵.

A los efectos de este estudio, podrían enmarcarse dentro de estos rasgos comunes, las novedosas formas de participación popular introducidas que rebasan lo netamente político para llegar a lo social y económico; así como el hecho de que las constituciones económicas organizan sistemas de economía mixta donde el Estado comparte sus responsabilidades sociales con la iniciativa privada y los entes de la economía social.

Partiendo de estas premisas generales y teniendo en cuenta los aspectos jurídicos señalados *supra* a partir de los cuales debe concretarse la constitucionalización del cooperativismo, comparemos a continuación la regulación de la cooperativa en las vigentes constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, a fin de identificar elementos positivos comunes que pueden contribuir a superar las limitaciones de la figura en el texto constitucional socialista cubano.

²⁴ MARTÍNEZ DALMAU, R. y VICIANO PASTOR, R.: «Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano», citados en SALAZAR UGARTE, P.: *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, p. 351, en www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/22.pdf, consultado en junio de 2014.

²⁵ MARTÍNEZ DALMAU, R. y VICIANO PASTOR, R.: *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?*, p. 4, en www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf, consultado en junio de 2014.

a) *Reconocimiento del derecho de asociación en cooperativas*

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)	Constitución del Ecuador (2008)	Constitución de Bolivia (2009)
TÍTULO III, De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías; CAPÍTULO VII, De los Derechos Económicos	TÍTULO II, Derechos; CAPÍTULO SEXTO, Derechos de libertad.	Título II, Derechos fundamentales y garantías; CAPÍTULO QUINTO, Derechos sociales y económicos; SECCIÓN III, Derecho al trabajo y al empleo
« Artículo 118. Se reconoce el derecho de los trabajadores y de la comunidad para desarrollar asociaciones de carácter social y participativo, como las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas.»	« Art. 66. Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma (...) colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.»	« Artículo 52. I. Se reconoce y garantiza el derecho a la libre asociación empresarial. II. El Estado garantizará el reconocimiento de la personalidad jurídica de (...) las formas democráticas organizativas empresariales, de acuerdo con sus propios estatutos.»

En todo caso los artículos que se han identificado reconocen, como corresponde a la generalidad de una norma constitucional, un derecho que sobrepasa en amplitud las particularidades cooperativas extendiéndose a otras formas «asociativas», «colectivas» u «organizativas» para desarrollar la actividad económica o empresarial, pero que en todo caso encuentran en la unidad de esfuerzos la vía para alcanzar los resultados aspirados.

Como se observa en el cuadro comparativo, en el caso de la Constitución venezolana, se explicitan las cooperativas entre el grupo de figuras de «carácter social y participativo» a través de las cuales puede manifestarse el ejercicio de este derecho, lo que se complementa con los «...medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía... en lo social y económico...», taxativamente previstos por el artículo 70 de la propia Constitución que determina «...formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad....», donde también está contemplada la cooperativa.

Por su parte, las constituciones de Ecuador y Bolivia en este sentido no son tan nítidas, sino que utilizan formulaciones más genéricas. No

obstante, es posible percatarse de la voluntad de ambos constituyentes de reconocer implícito el derecho subjetivo de asociarse en cooperativas cuando hablan de «desarrollar actividades económicas en forma colectiva» o de ejercer la «libre asociación empresarial», en tanto puede realizarse conforme a principios que resultan consustanciales a la figura: solidaridad, democracia, autonomía, responsabilidad social y ambiental, entre otros.²⁶

También se observa, cuando se analizan estos cuerpos constitucionales, que algunos resaltan en el derecho estudiado cierto contenido clasista, al ponderarse a los trabajadores entre sus titulares, en el caso de la Constitución venezolana en el citado artículo 118 y en la Constitución boliviana, en el apartado tercero del artículo 54 cuando proscribire que los trabajadores podrán reactivar y reorganizar empresas en proceso de quiebra, concurso o liquidación, cerradas o abandonadas de forma injustificada, conformando empresas sociales.

De esta forma el ejercicio del derecho de asociarse en cooperativas se convierte en una herramienta de los trabajadores para reivindicar su derecho a participar en la vida socioeconómica del país, disfrutando de sus beneficios y asumiendo las responsabilidades sociales que corresponden.

Sobre esta base cabe señalar, entre los elementos que identifican el reconocimiento del derecho de asociación en cooperativas en el nuevo constitucionalismo latinoamericano los siguientes:

- Se reconoce como manifestación concreta de un derecho más amplio de asociación para desarrollar la actividad empresarial.
- Se promueve el ejercicio de este derecho con responsabilidad social.
- Pondera a los trabajadores entre sus titulares, quienes hallan en la cooperativa un medio que favorece su efectiva participación en la vida socioeconómica del país.

²⁶ Esta última aseveración se corrobora cuando se utiliza un método sistémico en el estudio de ambos textos constitucionales, interpretando el artículo 66 de la Constitución ecuatoriana en relación con el 319 y 321 del mismo texto; así como cuando se lee el artículo 52 (apartados I y II) de la Constitución boliviana, de cara al 55 y 310 de este cuerpo legal.

b) *Concepción de la naturaleza de la cooperativa*

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)	Constitución del Ecuador (2008)	Constitución de Bolivia (2009)
TÍTULO III, De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías; CAPÍTULO VII, De los Derechos Económicos.	TÍTULO VI, Régimen de desarrollo; CAPÍTULO SEXTO, Trabajo y Producción; SECCIÓN PRIMERA, Formas de organización de la producción y su gestión.	TÍTULO I, Organización económica del Estado; CAPÍTULO PRIMERO, Disposiciones Generales.
« Artículo 118: ...asociaciones de carácter social y participativo... La ley reconocerá las especificidades de estas organizaciones, en especial, las relativas al acto cooperativo, al trabajo asociado y su carácter generador de beneficios colectivos...»	« Artículo 319: Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las... cooperativas... ...formas de producción que aseguren el buen vivir de la población...»	« Artículo 310: El Estado reconoce y protege las cooperativas como formas de trabajo solidario y de cooperación, sin fines de lucro...»

Se percibe al analizarse los preceptos anteriores que la naturaleza jurídica de la cooperativa no es un punto de encuentro entre voluntades constituyentes marcadas por contextos no siempre coincidentes. Además, al interior de un mismo texto fundamental pueden encontrarse normas imprecisas o ambiguas que complejizan el asunto.

La Constitución venezolana las concibe como «asociaciones», pero son conocidas las muchas variantes jurídicas que puede asumir el fenómeno asociativo.

Por su parte el constituyente ecuatoriano no se compromete en este sentido, mostrándose impreciso al concebirlas al interior de formulaciones genéricas que engloban diversas «formas de organización de la producción en la economía».

Por último, en el magno texto boliviano se prefiere potenciar la perspectiva laboralista de las cooperativas, al entenderlas como «formas de trabajo solidario y de cooperación sin fines de lucro». Sin embargo más adelante, cuando se refiere a sectores concretos de la economía en los que puede intervenir la cooperativa, como el de los

servicios públicos o el de la minería, las concibe como «organizaciones de interés colectivo» (art. 335) o «sociedades» (art. 369.I) respectivamente. Estas ambigüedades no brindan la claridad requerida para garantizar un tratamiento jurídico coherente de la institución.

No obstante estas diferencias y dificultades, en los tres textos constitucionales analizados se aprecia la voluntad de concebir a la cooperativa como un ente de naturaleza asociativa que, aunque con fines diversos (participación popular, producción económica, asegurar el buen vivir, propiciar fuente de empleo, etc.), tiende al realce de los beneficios sociales en sus medios y en sus resultados.

Además, se pondera la identidad cooperativa reconociéndose su existencia y atribuyéndole rasgos que la distinguen de las tradicionales empresas públicas y privadas, entre los que destacan su «carácter social y participativo»; el «acto [jurídico] cooperativo»; la «solidaridad»; la «cooperación»; los «beneficios colectivos»; la «[ausencia] de fines de lucro»; etc.²⁷ A todo ello el legislador ordinario, según exigen las propias constituciones, debe ofrecer un marco regulatorio afín.

Sobre esta base cabe señalar, entre los elementos que caracterizan la concepción de la naturaleza de la cooperativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, los siguientes:

- No existe uniformidad en la tipificación de la naturaleza jurídica de la institución.
- Pese a lo anterior, en todo caso se reconoce su carácter asociativo, guiado por valores y principios que tienden a asegurar su proyección social.
- Por tanto, alcanza a percibirse la voluntad constituyente de atribuirles una identidad propia que las distinga de las tradicionales formas de gestión económica.

²⁷ En este sentido destaca el artículo 55 de la Constitución boliviana que, después de reconocer un «sistema cooperativo», establece que este se sustenta en los principios de «solidaridad, igualdad, reciprocidad, equidad en la distribución, finalidad social, y no lucro de sus asociados».

c) *Ambiente para el desarrollo del cooperativismo*

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)	Constitución del Ecuador (2008)	Constitución de Bolivia (2009)
TÍTULO VI, Del Sistema Socioeconómico; CAPÍTULO I, Del Régimen Socioeconómico y la Función del Estado en la Economía.	TÍTULO VI, Régimen de Desarrollo; CAPÍTULO CUARTO, Soberanía Económica; SECCIÓN PRIMERA, Sistema Económico y Política Económica.	TÍTULO I, Organización Económica del Estado; CAPÍTULO PRIMERO, Disposiciones Generales.
<p>«Artículo 308: El Estado protegerá y promoverá la pequeña y mediana industria, las cooperativas, las cajas de ahorro, así como también la empresa familiar, la microempresa y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo, bajo régimen de propiedad colectiva, con el fin de fortalecer el desarrollo económico del país, sustentándolo en la iniciativa popular. Se asegurará la capacitación, la asistencia técnica y el financiamiento oportuno.»</p>	<p>«Artículo 283: El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.</p> <p>El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine.</p> <p>La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.»</p>	<p>«Artículo 306: I. El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos.</p> <p>II. La economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa.</p> <p>III. La economía plural articula las diferentes formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo.»</p>

En el ambiente que configuran los textos constitucionales estudiados, se percibe un sistema socioeconómico complejo, que ordena las

relaciones entre diversos entes de distinta naturaleza: públicos, privados, sociales, mixtos, etc. A estos sujetos, muchas veces contrapuestos, el nuevo constitucionalismo latinoamericano les ha generado un clima de consenso y armonía en busca de «fortalecer el desarrollo económico del país», «mejorar la calidad de vida» y «posibilita[r] el buen vivir».

Como parte de este sistema se identifica también en la preceptiva analizada el tercer sector de la economía, reconocido por estos textos constitucionales como economía «popular», «solidaria» o «comunitaria», donde tiene el cooperativismo un lugar importante. A tono con ello define incluso la Constitución boliviana, en su artículo 55, un sistema cooperativo con principios propios.

Por último, se advierte en los textos constitucionales la tradicional voluntad constituyente de exigir al Estado la promoción y protección de las cooperativas.²⁸ Sin embargo, también en esta ocasión se confía en ellas para que asuman responsabilidades públicas, ya que se faculta a la Administración para concederles su gestión plena o compartida.

A tal fin, la Constitución venezolana exige, en su artículo 184, que la ley cree mecanismos para que el gobierno, a sus diferentes niveles territoriales, transfiera a las comunidades organizadas los servicios que gestione, estimulando las expresiones de la economía social, tales como las cooperativas.

Por su parte, el texto ecuatoriano dispone en su artículo 309 que el sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado y popular y solidario, que intermedian recursos del público.

Por último el texto boliviano, después de reconocer en el artículo 20 que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones, advierte en el segundo apartado que es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de estos servicios básicos, los que pueden prestarse a través de entidades públicas, pero también mixtas, cooperativas o comunitarias. De igual forma autoriza esta Constitución ofrecer concesiones administrativas a las cooperativas para la gestión de renglones tan importantes como el de los «recursos naturales estratégicos» (artículo 351), la «industria minera» (artículo 369), las «diferentes formas de energía y sus fuentes» (artículo 378), etc.

Preocupante sí es que de la relación estrecha que se produce entre las cooperativas y el Estado al concederse a las primeras la gestión

²⁸ *Vid.* Artículos 118 y 308 de la Constitución venezolana; artículos 277, 311 y 319 de la Constitución ecuatoriana; y artículos 55, 330 y 336 de la Constitución boliviana.

de algunos servicios públicos del cual es titular el segundo, en ocasiones parece afectada la autonomía de las cooperativas. En este sentido resalta el artículo 335 de la Constitución boliviana que establece que «Las cooperativas de servicios públicos serán (...) sometidas a control gubernamental y... La elección de sus autoridades de administración y vigilancia será (...) supervisada por el Órgano Electoral Plurinacional...».

Sobre esta base cabe señalar, entre los elementos que identifican el ambiente para el desarrollo del cooperativismo en el nuevo constitucionalismo latinoamericano los que siguen:

- Reconocimiento de un sistema económico mixto o plural donde se complementan diversas formas de gestión, entre ellas la cooperativa.
- Articulación de la cooperativa como actora de un subsistema diferente a los tradicionales público y privado, caracterizado por valores y principios propios con alto contenido social.
- Mandato constitucional al Estado para que, además de fomentar las cooperativas, les traslade parte de sus responsabilidades públicas, aunque no siempre bajo relaciones que preservan su autonomía.

Como se ha visto, el nuevo constitucionalismo latinoamericano posee un grupo de elementos que, con respecto al reconocimiento del derecho para asociarse e cooperativas, la tipificación de su naturaleza jurídica y la configuración del ambiente socioeconómico en el que se inserta, caracterizan la regulación de la cooperativa. La observancia de estos elementos podría contribuir a superar las limitaciones de la figura en el texto constitucional socialista cubano.

Conclusiones

A partir de lo anterior, debemos apuntar para concluir que:

1. Los orígenes constitucionales del cooperativismo coinciden con los del constitucionalismo social. Desde entonces, la mayoría de los textos fundamentales reconocen la importancia de las cooperativas para el desarrollo integral de los pueblos, a cuyo efecto requieren garantizar el derecho de los trabajadores a la libre asociación en cooperativas; concebir la naturaleza jurídica de la cooperativa como reflejo de su identidad; y estructurar un ambiente propicio para el desarrollo del movimiento.
2. El reconocimiento de la cooperativa en la Constitución socialista cubana vigente presenta un grupo de limitaciones jurídicas que

obstaculizan el aprovechamiento óptimo de la figura. Por tanto, a fin de que ocupe el lugar que le corresponde en el proceso de actualización del modelo socioeconómico que vive el país, se requiere el perfeccionamiento del texto constitucional.

3. Tomando como referente el nuevo constitucionalismo latinoamericano, podrían resaltarse, entre otros elementos que contribuirían al perfeccionamiento de la Constitución socialista cubana: a) el reconocimiento —en especial a los trabajadores— del derecho a asociarse en cooperativas; b) el realce de la identidad cooperativa, marcada por valores y principios que le exigen una proyección social y; c) la organización de un sistema socio-económico que complemente diversas formas de gestión y que asegure un ambiente institucional adecuado para el desarrollo del movimiento.

Bibliografía

- ÁLVAREZ TABÍO, F.: *Comentarios a la Constitución socialista cubana*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1989.
- BLANCO, G.A. y TOZZINI, E.M.: «Inserción constitucional del Derecho Cooperativo en la futura reforma constitucional», en *Derecho Cooperativo. Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*, Intercoop, Rosario, 1987.
- CASTRO, Y.; FONTICOPA, O. y PALOMARES, E.: «Cooperativas no agropecuarias. Las buenas y malas caras de una misma moneda», *Periódico Granma*, La Habana, 15 de agosto de 2014.
- CENTRAL DE TRABAJADORES DE CUBA: Pronunciamiento del 13 de septiembre de 2010, en www.cubadebate.cu/noticias/2010/09/13/reducira-cuba-medio-millon-de-plazas-en-el-sector-estatal, consultado el 28 de octubre de 2010.
- FERNÁNDEZ PEISO, L.A.: *La cooperativa. Bases para su legislación en Cuba*. Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2012.
- GADEA, E.; SACRISTÁN, F. y VARGAS VASSEROT, C.: *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma*. Ed. Dykistón, Madrid, 2009.
- GARCÍA MÜLLER, A.: *Instituciones de Derecho Cooperativo, Social, Solidario o de Participación*; Mérida, 2006.
- LEZCANO Y MAZÓN, A.M.: *Constitución de Cuba (con los debates sobre su articulado y transitorias, en la Convención Constituyente)*, t. II, Ed. Cultural, La Habana.
- MARTÍNEZ DALMAU, R. y VICIANO PASTOR, R.: *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?*, en www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf, consultado en junio de 2014.

- MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, L. y PUIG MENESES, Y.: «Insta Raúl al análisis crítico sobre la marcha de la implementación», *Periódico Trabajadores*, La Habana, 3 de marzo de 2014.
- ORTIZ MERCADO, R.: «Valoración Constitucional del Cooperativismo», en *Derecho Cooperativo. Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*, Intercoop, Rosario, 1987.
- PIÑEIRO HARNECKER, C.: «Empresas no estatales en la economía cubana: ¿construyendo el socialismo?», *Revista Temas*, No. 67, julio-septiembre de 2011, La Habana, pp. 68-77.
- PRIETO VALDÉS, M.: «Las Funciones de la Constitución», *Revista Jurídica*, año 5, No. 9, enero-junio 2005, MINJUS, La Habana, pp. 38-46.
- RODRÍGUEZ MUSA, O.: *La cooperativa como figura jurídica. Perspectivas constitucionales en Cuba para su aprovechamiento en otros sectores de la economía nacional además del agropecuario*, Ed. Dickinson S.L., Madrid, 2012.
- TORRES Y TORRES LARA, C.: «Las constituciones y el cooperativismo», en *Derecho Cooperativo. Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*, Intercoop, Rosario, 1987.
- SALAZAR UGARTE, P.: *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, p. 351, en www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/22.pdf, consultado en junio de 2014.
- SÁNCHEZ MORALES, M.: «Valoración constitucional del cooperativismo», en *Derecho Cooperativo. Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*, Intercoop, Rosario, 1987.

La paradoja del sentido del voto emitido por los fondos de pensiones de los sindicatos, en las juntas generales de accionistas de las sociedades cotizadas en los Estados Unidos

Iñigo Zavala
Universidad de Deusto

Labor is prior to, and independent of, capital. Capital is only the fruit of labor, and could never have existed if labor had not first existed. Labor is the superior of capital, and deserves much better consideration.

Abraham Lincoln¹

Recibido: 16-9-2013
Aceptado: 20-6-2014

Sumario: I. Introducción. II. Los *Unions Pension Funds* como Inversores Institucionales. III. Las *Shareholders Proposals*. IV. El cambio en el sistema de pensiones y el apoyo a la *Shareholder Primacy*. A) Del «*Defined Benefit Plan*» al «*Defined Contribution Plan*». B) El apoyo a la *Shareholder Primacy*. V. La nueva, e inimaginada, política de voto de los fondos de pensiones de los sindicatos en los Estados Unidos. A) Breve apunte histórico. B) Oposición a la misma. C) Potencial conflicto de intereses. VI. Conclusiones.

Resumen: La condición de accionistas, de los fondos de pensiones de los sindicatos estadounidenses, hace que en determinadas ocasiones, el ejercicio del voto en el seno de las Juntas Generales, no deje de ser paradójico. En efecto, a su cualidad de accionista, hay que unir —por supuesto— la de ser representantes de los trabajadores de la misma empresa. En algunas ocasiones esta dualidad puede generar conflictos de intereses.

Palabras clave: Fondos de Pensiones Sindicales, Propuestas de los accionistas, *Shareholder Primacy*, Inversores Institucionales, Sistema de pensiones, Constituencies.

¹ LINCOLN, A.: Annual Message to Congress (december 3, 1861). En O'Connor, M.A.: «Organized Labor as Shareholder Activist: Building Coalitions to Promote Workers Capitalism». *University of Richmond Law Review*. 1997. Vol. 31, p. 1345.

Abstract: The cast of the vote by the Union Pension Funds as shareholders activists, is sometimes paradoxical. This is due to the double condition of those funds, as shareholders and as representatives of labor. This twofold position can lead to some conflicts of interest.

Key words: Union Pension Funds, Shareholders Proposals, Institutional Investors, Shareholder Primacy, Constituencies, Pension System.

I. Introducción

Tal y como ya hemos dicho en esta misma revista, en los Estados Unidos, de forma absolutamente mayoritaria, se ha impuesto en la doctrina, en la judicatura y en la opinión pública, el denominado *Shareholder Primacy*, o principio de que la sociedad debe ser gestionada, en beneficio de sus accionistas. Es decir, la dirección y administración de la sociedad deberán tener en cuenta, en primer lugar, los intereses de estos, y solo de forma secundaria o residual los de los otros *constituencies* de la misma; sobre todo los de los trabajadores, pero también los de los acreedores, proveedores, clientes y la comunidad en la que la compañía tiene sus establecimientos, oficinas o industria. Este principio, es el defendido de forma feroz por la mayoría de la amplia panoplia de fondos y planes de pensiones, compañías aseguradoras, sociedades de inversión y bancos de negocios que integran lo que se ha venido en denominar los Inversores Institucionales. Aunque, no es el objeto primordial de este trabajo, si que de forma tangencial, apuntaremos, como una de las causas de consolidación de esta doctrina fue precisamente, el cambio operado en el sistema de pensiones de los Estados Unidos, al final de la década de los 70.

Este cambio, también está en el origen de la disyuntiva a la que se enfrentan los Fondos de Pensiones Sindicales en los Estados Unidos, en tanto que representantes de los trabajadores; y en tanto que accionistas de las sociedades en las que invierten los recursos de sus afiliados y simpatizantes. A este posible conflicto de intereses (o problema), dedicaremos la parte principal de nuestro trabajo.

Para ello, en el apartado I realizaremos una breve clasificación de los Inversores Institucionales, con especial mención a los Fondos de Pensiones Sindicales o *Unions Pension Funds*; en el II trataremos de explicar en qué consiste una propuesta de accionistas o *shareholder proposal*; en tanto que es el ariete elegido por los fondos sindicales para ejercitar su activismo accionarial. En el apartado III haremos una mención al cambio operado en el sistema de pensiones de los Estados Unidos, y las distintas consecuencias que el mismo ha deparado a los efectos que aquí nos ocupan. En cuarto lugar entraremos en el comentario de los posibles conflictos de interés que pueden surgir a estos fondos. Concluiremos, en el apartado V.

II. Los *Union Pension Funds* como Inversores Institucionales²

El valor de las acciones gestionadas por los II.II se ha incrementado de forma sostenida, durante los últimos 60 años. En efecto, han pasado a representar del 7 u 8 % del capital de las empresas cotizadas en los años 50; hasta el 67% en 2010. Este valor, es aún mayor en la grandes sociedades, ya que en 2009, los II.II tenían el 73% de las 1.000 mayores empresas de los Estados Unidos³. De estas cifras, y ajustando más al tema que nos ocupa en este trabajo, podemos concretar —según datos del *Employee Benefit Research Institute*— que los activos gestionados por planes o fondos de pensiones, vinculados con trabajadores eran del 0,8% en 1950; 4% en 1960; 9,4% en 1970, 18,6% en 1980 y 22,9 % en 1990. En 1998 la cifra había subido a 27,3% con una valoración de 3,5 trillones de dólares⁴.

Reflejando la importancia de los fondos de pensiones públicos, así como los de los Sindicatos, Peter Drucker⁵ popularizo la frase «*pension fund socialism*» justo después de la aprobación de la *Employee Retirement Income Security Act* (ERISA)⁶. Este concepto, captura la importancia mayúscula de la industria de los fondos de Pensiones en los estados unidos, y de los trabajadores como últimos beneficiarios⁷ de los mismos. Ahora bien, por razones que más tarde apuntaremos, la mayoría de los Fondos que integran esa «nebulosa» a la que denominamos «Inversores Institucionales», no realizan una labor activista en las juntas. Realmente, solo la ejercen los *Public Pension Funds*, y los que CAMARA denomina «*Multilateral Investors*»⁸.

² Vid. CAMARA, K.A.D. «Classifying Institutional Investors» *The Journal of Corporation Law*. 2005. Winter. p.220. en la que realiza una clasificación simple y clara de los distintos tipos de fondos y entidades que conforman los llamados inversores institucionales en los Estados Unidos.

³ Ver en <http://www.conference-board.org/publications/publicationdetail.cfm?publicationid=1872>. así como el <https://www.sec.gov/News/Speech/Detail/Speech/1365171515808>. Última entrada 28 de diciembre de 2013. en la que el comisionado Luis A. Aguilar ofrece estos datos en la conferencia dada en la Georgia State University, el 19 de abril de 2013, bajo el título «*Institutional Investors: Power and Responsibility*»

⁴ DAVIS, R.B.: *Democratizing Pension Funds*. Toronto. Ed: Ubc Press. 2008. p. 3.

⁵ DRUCKER, P.F.: *The Unseen Revolution: How Pension Fund socialism came to America*. New York. Ed: HarperCollins. 1976.

⁶ Vid. *Employee Retirement Income Security Act* (ERISA) en <http://www.dol.gov/dol/topic/health-plans/erisa.htm>. Última entrada 7 de enero de 2014.

⁷ ROTH, M.: «Labor and Comparative Corporate Governance in Times of Pension Capitalism». *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*. 2013.Vol. XVIII, p. 754.

⁸ CAMARA, K.A.D.: «Classifying Institutional...», *op. cit.*, p. 239, en donde dice: «*Multilateral investors have a variety of financial relationships with the firm. If the pay-*

Otra forma de clasificarlos, es establecer la división entre Fondos de Pensiones Públicos (que son aquellos que se nutren de las aportaciones de la Administración y que tienen como objeto garantizar las pensiones de los funcionarios públicos); y los Privados. Estos últimos los dividimos en *Corporate Pension Funds* o *Plans* (la mayoría) que están nutridos por las aportaciones de las empresas y que por lo tanto están gestionados por un órgano de administración participado mayoritariamente por representantes de las mismas; y en los denominados *Union Pension Funds*, que son los que canalizan los fondos de los sindicatos de trabajadores (también denominados *Taft-Hartley Plans*⁹). Aunque la Taft-Hartley Act, prohíbe a las empresas realizar cualquier tipo de aportación a un sindicato¹⁰ (incluidos los Fondos o Planes de Pensiones de estos); realiza una excepción para aquellos Fondos en los que su órgano de administración o dirección, esté integrado, por el mismo número de representantes de la dirección de la empresa, y de los sindicatos (además de otras exigencias)¹¹. Pero a pesar de la paritaria composición del órgano de gobierno del fondo, lo cierto es que los sindicatos, han tendido a dominar estos; de hecho es «...often very difficult to distinguish between the pension fund and the union»¹². La razón, tal y como más adelante veremos, radica en la fórmula de aportación al plan elegida. Si es la *Defined Benefit*, o la *Defined Contribution*.

En una dimensión distinta, se encuentran los *Mutual Funds*¹³, que recogen las aportaciones tanto de particulares como de instituciones y otros fondos; es decir canalizan a su vez inversiones, tanto de fondos

offs associated with these relationships are different from those associated with equity ownership, these multilateral investors will sometimes not want to maximize shareholder value. The most popular legal response to multilateral investors has been to mandate separation of the parts of the multilateral investor dealing with each financial relationship».

⁹ Creados por la Labor Management Relations o Taft-Hartley Act de 1947 (en concreto por la Secc. 302). Ver en el National Labor Relations Board <http://www.nlr.gov/resources/national-labor-relations-act>. Última entrada el 30 de diciembre de 2013.

¹⁰ *Ibid.*: «The Taft-Hartley Act forbids employers from making payments of any kind to a union, including union-run pension funds, but makes an exception...».

¹¹ Ver en <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/29/186>. El título 29, artículo 186 —Restriction on Financial Transactions—, apartado (c) exige que además: a) Los fondos deben ser gestionados en el exclusivo beneficio de los empleados y sus familias, b) Un acuerdo escrito en el que se pacte las bases, sobre las que el empleador realizará las aportaciones, c) el nombramiento de un árbitro imparcial que deshará los empates entre las partes, d) una auditoría anual y e) limitación de los rendimientos del fondo a atender determinadas contingencias (pensiones, seguros de vida y salud, becas, etc.).

¹² BLODGETT, R.: «Union Pension Fund Asset Management», en *Abuse on Wall Street: Conflicts of Interest on the Securities Markets*. New York. Ed: Preager. 1980, p. 327.

¹³ *Vid.* CAMARA, K.A.D.: «Classifying Institutional...», *op. cit.*, p. 229.

públicos como privados. Este tipo de fondos, a su vez, admiten estructuras de propiedad muy distintas. La más extendida es aquella, en la que se contrata con una gestora independiente, que, contra una remuneración consistente en un % de los beneficios, gestiona el fondo y lo administra. Estas gestoras son sociedades mercantiles, con sus propios accionistas y que, lógicamente, buscan su propio beneficio. Existen por el contrario otros *Mutual Funds* (como por ejemplo en gigante *Vanguard*¹⁴) que es gestionado por personal propio, no contratando terceras compañías¹⁵.

Tal y como nos dicen DEL GUERCIO, D. y WOITDKE, T.¹⁶, tanto los *Union Pension Funds* (o *Labor Unions Pension Funds*, como también son denominados por estos autores) y los *Public Pension Funds*¹⁷ (aquellos que recogen las aportaciones de empleados públicos y funcionarios), se encuentran entre los mayores activistas accionariales. Según estos autores, y citando a Renneboog and Szilagyi¹⁸, el 38% de las propuestas de accionistas, realizadas al amparo de la Rule 14a-8, que luego comentaremos, en el periodo 1996 a 2005; así como el 41% de las propuestas de 2010, según la *Annual Corporate Governance Review*, fueron realizadas por estos dos clases de fondos. No podemos dejar de citar los temidos, y también prolíficos *Hedge Funds*¹⁹; que no obstante nos limitaremos a nombrar, para evitar que sus muchas particularida-

¹⁴ Vid. Vanguard Funds en <https://investor.vanguard.com/corporate-portal>. Última entrada 18 de enero de 2014. Este Fondo, precisamente, vende como elementos diferenciadores de su filosofía, el que al ser los gestores del fondo «de la casa», pueden aplicar unas tarifas hasta un «83% lower fees» y además mirar solo en el beneficio de sus partícipes.

¹⁵ Vid. a este respecto BOGLE, J.C.: *The Class of the Cultures. Investment v. speculation*. Hoboken. New Jersey. Ed: John Wiley & Sons Inc. 2012, p. 127. Donde podemos leer: «*In contrast to this traditional organization structure—in which the funds are essentially corporate shells—is the mutual structure one in which the funds actually own the management company, which then operates on an at—costs basis—. Here, the officers and directors of the management company, creating substantial advantages for the funds shareholders ...*».

¹⁶ Ver su trabajo «Do the interest of Public Pension Fund and...», *op. cit.*

¹⁷ GHILARDUCCI, T.; HAWLEY, J. y WILLIAMS, A.: «Labour Paradoxical Interest and the Evolution of Corporate Governance». *Journal of Law and Society*. 1997. Vol. 24, p. 26. En esta fecha, los autores estiman que el 35% de las acciones de las sociedades cotizadas, eran propiedad de fondos de pensiones de trabajadores (sindicados o no).

¹⁸ RENNEBOOG, L. y SZILAGVI, P.G.: «The Role of Shareholders Proposals in Corporate Governance». *Journal of Corporate Finance*. 2010. Vol. 17, p. 167.

¹⁹ Vid. BRAV, A. et al.: «Hedge Fund Activism, Corporate Governance and Firm Performance». *The Journal of Finance*. 2008. Vol. 63. n.º 4, p. 1729; y KAHAN, M. y ROCK, E.B.: «Hedge Funds in Corporate Governance and Corporate Control». *University of Pennsylvania Law Review*. 2007, Vol 155. n.º 5, p. 1021.

des (principalmente al carecer casi totalmente de regulación legal) nos distraigan de nuestro objetivo principal.

Pero este activismo ha sido, sin duda, controvertido. En efecto ha habido bastante especulación sobre cuáles son los verdaderos motivos que impulsan el mismo. Así, muchos opinan que existe una inspiración política en los empleados de estos fondos, más preocupados en generar beneficios privados y publicidad para futuras campañas políticas (estos fondos tradicionalmente están vinculados al partido demócrata) que en maximizar la riqueza de los accionistas²⁰. Otros²¹ entienden que utilizan este activismo como plataforma desde la que obtener beneficios para los trabajadores afiliados al sindicato. Una visión alternativa, defiende que estos son los únicos inversores que tienen incentivos para fiscalizar activamente a la dirección o management de la sociedad. En efecto, otro tipo de inversores institucionales en los Estados Unidos, son las compañías de seguros, los bancos de inversión y, sobre todo, los *Mutual Funds*. Y ninguno de ellos entrara en confrontación con la dirección de una empresa a la que tiene por cliente, o a la que quiere acceder²². Y aunque, existen muchos estudios²³ que tratan de demos-

²⁰ Ver, entre otros, ROMANO, R.: «Public Pension Fund Activism in Corporate Governance Reconsidered», *Columbia Law Review*. 1993. Vol. 93, p. 795.

²¹ En este sentido ver ANABTAWI, I. y STOUT, L.: «Fiduciary Duties for Activist Shareholders». *Stanford Law Review*. 2007. Vol. 60, p. 1255; y BAINBRIDGE, S.: «The Case for Limited Shareholders Voting Rights» *UCLA Law Review*. Vol. 53, p. 601.

²² ASHRAF, R. et al.: «Conflicts of interest and mutual fund proxy voting: Evidence from shareholder proposals on executive compensation». *Journal of Financial and Quantitative Analysis*. 2012. Vol. 47. Issue 3, p. 567.

²³ AGRAWAL, A.K.: «Corporate Governance Objectives of Labor Union Shareholders: Evidence from proxy Voting». Ver en la página web de la New York University, <http://archive.nyu.edu/bitstream/2451/27848/2/wpa08006.pdf>. Última entrada 6 de enero de 2014. En donde realiza un repaso por los diferentes estudios a este respecto realizados, señalando que «First, the study provides unique empirical evidence that the preferences of labor union shareholders may reflect objectives other than equity value maximization. While there is debate in the academic literature and business press that labor unions use their pension funds to pursue worker interests, there is little data to support the numerous viewpoints. The findings in this paper support theories postulated by Romano (2001) and Schwab and Thomas (1998). Second, this paper contributes to the corporate governance literature on proxy voting. Davis and Kim (2007), Matvos and Ostrovsky (2007), and Rothberg and Lilien (2005) utilize recent, publicly disclosed data to explore various voting incentives facing mutual fund managers. In contrast, this paper utilizes data on labor union pension fund proxy votes to study the governance objectives of union shareholders. Third, this work contributes to a burgeoning literature on the role of employee stakeholders on corporate decisions and outcomes (Atannasov and Kim 2008, Chen, Kacperzyck, Molina 2008). This study suggests that union shareholder activists look towards corporate governance mechanisms as a means of furthering the goals of unionized employees. Finally, the data shed light onto policy discussions con-

trar una u otra posición, lo cierto es que es muy difícil de demostrar cuál es la verdadera razón que anima a estos fondos a votar en uno u otro sentido. Más adelante volveremos sobre este tema, pero esta vez, centrándonos en los posibles conflictos de intereses que pueden surgir en el seno de los *Unions Pension Funds*.

cerning potential governance reforms. One contentious issue currently facing the SEC is whether shareholders should be given greater powers over corporate affairs through increased access to annual director election ballots (see Bebchuk (2005), Harris and Raviv (2007), and Bainbridge (2006) for further discussion). Labor union activists such as the AFL-CIO generally favor greater shareholder powers as a means of improving the financial performance of firms. However, other groups such as the Business Roundtable argue that greater shareholder powers would ironically empower special-interest investors to advance their agendas at the expense of shareholder value (McKinell 2003). The underlying question in this debate is whether shareholders have disparate preferences to begin with».

Asimismo, citamos por su interés, PREVOST, A.K.; RAO, R.P. y WILLIAMS, M.A.: «Shareholder Activist: Champions or Detractors» ver en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1119328. Última entrada 15 de enero de 2014, en donde, en su p. 22, nos dicen «We find that the initial market reaction to labor union sponsored proposals is insignificant in the overall sample. However we observe a significant positive reaction surrounding proposals at unionized target firms for proposals that achieve majority-vote status. Viewed collectively, our study results do not support the incentive conflict hypothesis that labor unions use shareholders proposals to extract even greater gains for the employee, their primary constituency. On the contrary, our study implies that unions may be unique in their ability to spur changes in governance characteristics that lead to shareholder wealth improvement, and the ability to produce this changes is related to union presence at targets as well as overall shareholders support for their proposals». Asimismo, THOMAS, R.S. y MARTIN, K.J.: «Should Labor be allowed to Make Shareholders Proposals» *Washington Law Review*. 1998. Vol. 73. n.º 1, en su p. 73, nos dicen «We found that labor Union proposals received more votes that did proposals from private institutions and individuals, even after controlling for the type of proposal and ownership structure. These higher vote totals for labor proposals were comparable to those received by public institutions. We interpret these results to suggest that any conflict of interest that may arise between labor unions and other shareholders may not be as great as feared. Proposals by labor unions are not treated harshly by shareholders in general. Rather, they appear to be viewed by Shareholders as no different from proposals by other sponsors». Por el contrario, sí que entienden que la actividad de los Labor Unions crea un claro perjuicio al valor de la sociedad tanto FALEYE, O.; MEHROTRA, V. y MORCK, R.: «When labor has a Voice in Corporate Governance» *Journal of Financial and Quantitative Analysis*. 2006. Vol. 41. Issue 3, p. 521, en donde concluyen «Our empirical findings cast a serious doubt on the simple premise that labor equity participation causes a convergence of interest between workers and shareholders»; y en el mismo sentido LARCKER, D.F. y TAYAN, B.: «Union Activism: Do Union Pension Funds Act Solely in the Interest of Beneficiaries? *Stanford Closer Look Series*. 11 de diciembre de 2012.

III. Las *Shareholders Proposals*

Antes de entrar en el análisis y explicación de su régimen jurídico, debemos adelantar que estas *Shareholder Proposals* son el vehículo o herramienta preferido por los Fondos de Pensiones de los Sindicatos (en cuanto que accionistas), para tratar de influir en la dirección de las empresas.

Las *Shareholders Proposals* están reguladas en la Secc. 14a-8²⁴ de la *Securities Exchange Act* de 1934²⁵. Aunque el derecho de sociedades es una materia competencia de los Estados Federados, la representación en la Juntas Generales de las sociedades mercantiles ha sido regulada por una ley Federal. En efecto, las distancias en un país-continente, como es los Estados Unidos de América, hicieron que el legislador Federal entendiese que era necesaria una única norma que regulase la representación en las juntas, para que todos los ciudadanos estuviesen obligados por una única pauta o criterio al ejercitar este derecho; que caso contrario hubiese quedado sometido a las diferentes legislaciones de cada uno de los Estados Federados. Son por tanto, principalmente las grandes distancias; la cultura inversora de aquél país (en el que en la mayoría de las sociedades cotizadas el número de accionistas representados es siempre mucho mayor que el de presentes en la reunión²⁶) y la utilización de medios interestatales (principalmente Correos)²⁷ para el ejercicio del voto, lo que hizo que se regulara la representación en la Secc. 14²⁸ de la antes mencionada Act.

Las *shareholder proposals* fueron concebidas, inicialmente, como un medio de comunicación entre los accionistas y la dirección de la

²⁴ Vid en <http://www.sec.gov/rules/final/34-40018.htm>. Última entrada 28 de diciembre de 2013.

²⁵ Vid en <http://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf>, última modificación 19 de agosto de 2012. Última entrada 28 de diciembre de 2013.

²⁶ YERMACK, D.: «Shareholder Voting and Corporate Governance». *Annual Review of Financial Economics*. 2010. Vol. 2, p. 103. En donde afirma, refiriéndose a la forma en la que se ejercita el voto en las Juntas de accionistas, que «*Nearly all shareholders vote by proxy, sending in votes by mail or Internet rather than attending meetings to vote in person*». http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1523562, p. 5. Última entrada 30 de diciembre de 2013.

²⁷ GEVURTZ, F.A.: *Corporation Law*. Second Edition. Minnesota. Ed: Thompson Reuters. 2010, p. 245.

²⁸ COX, J.D.; HILLMAN, R.W. y LAGENVORST, D.C.: *Securities Regulation. Selected Statutes, Rules and Forms*. Frederick. Maryland. Ed: Wolters Kluwer. 2012. p. 519. En este libro se da una práctica visión de lo que es una Shareholder Proposal.

compañía²⁹. Aunque no podemos detenernos —desgraciadamente— en su azarosa existencia, de forma esquemática diremos que desde el año 34 hasta la década de los 60, la *Securities and Exchange Commission* realizó una labor de rebaja de su contenido y finalidad inicial, hasta que su ejercicio se convirtió en una cuestión testimonial³⁰. Solo después de esa década, y tras la el auge en los 70 de movimientos sociales, religiosos, y de defensa de los derechos humanos, hicieron que de nuevo la SEC, haciéndose eco de esta nueva sensibilidad social, modificase su regulación para esta vez ampliar, las posibilidades de su ejercicio. Con la denominada «primavera de los accionistas» auspiciada, por la irrupción desde los años 80 de los Inversores Institucionales en la realidad financiera estadounidense, el ejercicio de este derecho está viviendo, de nuevo, su época dorada.

¿Qué es una *Shareholder Proposal*?³¹ Es la recomendación o requerimiento³² para que la compañía, o su Consejo de Administración, adopten la medida que un accionista propone, a la Junta General. En primer lugar, tenemos que destacar que no es, por lo tanto, vinculante. En efecto, aunque la propuesta obtenga una mayoría de los votos, el órgano de administración, puede hacer caso omiso de la misma³³. No obstante, lógicamente, esta decisión suele tener importantes consecuencias para el Consejo, ya que al no cumplir con un claro mandato de sus accionistas, vera complicarse sobremanera sus posibilidades de reelección. Atendiendo al grado de activismo de los autores de la propuesta que hubiere obtenido apoyo mayoritario en la Junta, la compañía puede ser además objeto de una campaña de prensa —muy normal en EEUU— que perjudique la reputación profesional de sus consejeros³⁴. Y en se-

²⁹ TUSK, D.: «Shareholders as Proxies: The Contours of Shareholder Democracy». *Washington & Lee Law Review*. Vol. 63. 2006., p. 1546.

³⁰ Vid. SELIGMAN, J.: *The transformation of Wall Street*. 3.ª edición. New York. Ed: Aspen Publishers. 2003; especialmente pp. 270 y ss.

³¹ COX, J.D.; HILLMAN, R.W. y LAGENVORST, D.C.: «Securities Regulation. Selected...», *op. cit.*, p. 539.

³² La norma, literalmente dice «*recommendation or requirement*».

³³ A diferencia de las *shareholder proposals*, las propuestas de acuerdo justificadas previstas en el artículo 519 de la Ley de Sociedades de Capital, serán de obligatorio cumplimiento para el consejo, en el caso de aprobarse en la Junta. Este artículo de la Ley, que fue incorporado a la misma en virtud de lo dispuesto en la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de Julio, se encuentra en el Título XIV «Sociedades Anónimas Cotizadas».

³⁴ Vid. Artículo de 12 de abril de 2013, en la revista *Forbes*, en el que se hace eco del activismo del omnipresente y poderosísimo inversor Carl Icahn, que ha capitaneado alguna de las campañas de prensa más sonadas en contra de los consejos de administración de importantísimas sociedades de aquel país. <http://www.forbes.com/sites/nathanvardi/2013/12/04/carl-icahn-is-wall-streets-person-of-the-year-and-going-after-apple/>.

gundo que, tal y como veremos en siguientes párrafos, no es posible someter cualquier tipo de materia o asunto a la votación de la Junta. Así es, lo que afecta directamente a la gestión y administración de la sociedad, es competencia exclusiva de la dirección; ya que sería inviable el gobierno de una compañía de forma asamblearia o a través de referéndums entre sus accionistas.

Una vez la propuesta es aprobada por la sociedad —cosa a la que, como veremos, se puede oponer— esta tendrá que incluirla en el orden del día de la junta, y remitir a todos los accionistas, el documento justificativo de la misma que elaboren los autores de la propuesta.

¿Quién puede presentar una *Shareholder Proposal*?³⁵ Aquellos accionistas que con un año de antelación, a la remisión de la propuesta a la compañía, hayan tenido invertidos —ininterrumpidamente— al menos 2.000 dólares en acciones de la compañía, ó sean propietarios del 1% del capital. Tendrá que obligarse a mantener esta inversión, hasta la celebración de la Junta. Solo se puede realizar una propuesta por Junta. Así mismo se limita su extensión, ya que la misma, así como los documentos que la justifiquen, no podrán exceder de 500 palabras³⁶.

¿Con qué antelación se debe presentar? Aquí rigen una serie de peculiaridades del derecho de sociedades estadounidense, en las que no podemos entrar. A los efectos que en este trabajo nos ocupan, baste decir que la propuesta, deberá estar en el domicilio social de la compañía, al menos con 120 días de antelación al día que la compañía envió la documentación sobre la junta (*company's proxy statement*) el año anterior. Si fuera una Junta Extraordinaria el límite es «...*the deadline is a reasonable time before the company begins to print and e-mail its proxy materials*».

Una vez recibida la propuesta, la sociedad, si entiende que la misma se ajusta a derecho, la incluirá en el orden del día, en cuyo caso el proponente o su representante legal, tendrá la obligación³⁷ de asistir a la Junta para defender la misma³⁸. El que la incorpore, no quiere decir que la dirección la apoye. De hecho la ley la autoriza a enviar a los accionistas (junto con el orden del día, la propuesta realizada y, en su caso, la justificación de la misma), un documento en el que la com-

³⁵ COX, J.D.; HILLMAN, R.W. y LAGENVOORT, D.C.: «Securities Regulation. Selected Statutes...», *op. cit.*, p. 539.

³⁶ *Ibid.*, p. 540.

³⁷ *Ibid.*, p. 541.

³⁸ Existen una serie de normas a este respecto, cuando la junta se puede celebrar «*via electronic media*» en las que no es necesaria la presencia física de ningún accionista.

pañía solicite el voto en contra y argumente el mismo. Para el caso de que el proponente, entienda que la sociedad, en la oposición a su propuesta, realiza manifestaciones falsas o erróneas podrá dirigirse a la SEC con un escrito en donde trate de demostrar las falsedades o errores cometidos por la sociedad. Finalmente la SEC decidirá al respecto.

Pero la compañía puede oponerse a incluir la propuesta en el orden del día de la Junta, cuando entienda que la misma incurre en alguna de las 13 prohibiciones señaladas en el Secc. 14a-8³⁹ y que seguidamente pasamos a exponer: a) Cuando la misma no puede ser presentada como propuesta de accionistas, de acuerdo con la Ley de sociedades del Estado, en el que la compañía tiene su domicilio social; b) Si la propuesta, de aprobarse e implementarse, hiciese a la compañía infringir alguna Ley; c) Si la misma es contraria a la regulación, que del derechos de representación de los accionistas, realiza la SEC en la Secc. 14a-9 de la *Securities Exchange Act*; d) Cuando la propuesta tenga como objetivo una reclamación personal contra la sociedad o un directivo, o se realice en interés individual del proponente; e) Que la misma se refiera a operaciones que signifiquen menos del 5% de los activos de la compañía al cierre del ejercicio económico más reciente; o menos que el 5% de sus ingresos netos o ventas brutas al cierre del último ejercicio; y que además no estén significativamente relacionada con el negocio de la compañía; f) Si la compañía no tuviera el poder o autoridad para implementar la propuesta; g) Si la propuesta se refiere a una materia relacionada con la gestión ordinaria de sus negocios; h) Si hace referencia a la elección de miembros del Consejo de Administración u otro órgano de administración de la misma⁴⁰; i) Si la propuesta está en contradicción con uno de los puntos del orden del día propuesto por la dirección de la sociedad; j) Si la propuesta estuviera ya «*substantially*» implementada por la sociedad; k) Si la misma duplica «*substantially*» otra propuesta solicitada por otro accionista, que ya estaba incorporada al orden del día; l) Si la misma es similar a otra propuesta presentada, dentro de los 3 años anteriores y no hubiera obtenido un número de votos determinado (del 3% al 10% dependiendo del número de veces presentada) y m) Si la propuesta hace referencia al reparto de dividendos⁴¹.

³⁹ COX, J.D.; HILLMAN, R.W. y LAGENVORST, D.C.: «Securities Regulation. Selected Statutes...», *op. cit.*, p. 541.

⁴⁰ A este respecto existe un procedimiento especial en la Secc. 14a-11. Ver también GEVURTZ, F.A.: «Corporation Law». *op. cit.*, p. 252.

⁴¹ En este caso, al igual que la g); la limitación tiene su origen, en la norma presente en todas las leyes de sociedades de todos los Estados Federados, que afirma que la di-

Si la sociedad, entiende que la propuesta incurre en alguna/s de ellas deberá comunicarlo a la SEC y al accionista proponente, antes de los 80 días anteriores al plazo que tiene la compañía para remitir a la SEC, la información que enviará a sus accionistas con toda la documentación necesaria para conocer los distintos puntos del orden del día, así como la indispensable para poder emitir los votos de forma informada y en su caso otorgar la representación en favor de otra persona.

El accionista podrá, a su vez, remitir información a la SEC en la que oponga sus argumentos a los empleados por la compañía para negarse a incorporar la propuesta. Finalmente será la SEC, la que decida. Cuando la Comisión ratifica la decisión de la sociedad de no incluir la propuesta, esta se denomina «*no-action letters*»⁴². La misma puede ser objeto de revisión ante la jurisdicción ordinaria⁴³.

Finalizaremos este apartado, dando los principales datos de la «*proxy season*» de 2013, según estudio publicado el 11 de enero de 2014 por la consultora Gibson Dunn⁴⁴. Según este informe, se presen-

rección y gestión de los negocios sociales reside en el órgano de administración. Ver por todos la Secc. 141(a) del Delaware Corporate Code, en donde se nos dice «*The business and affairs of every corporation organized under this chapter shall be managed by or under the direction of a board of directors*».

⁴² VAN DER ZWAN, N.: «The Making of Shared Capitalism: Business, Labor and Corporate Accountability in the Late Twenty Century». Paper presentado en el Workshop for the Study of Employee Ownership, Profit-sharing and Broad-Based Stock Options; Rutgers University, New Brunswick, New Jersey, 24 y 25 de febrero de 2011. Ver en el enlace <http://smlr.rutgers.edu/2011-making-of-shared-capitalism-business-labor-and-corporate-accountability-natascha-van-der-zwan>. Última entrada 30 de diciembre de 2013. Estas comunicaciones, reciben el nombre de «no action letters»; ya que la división de «Corporate Finance» (que es la encargada de contestar a la no inclusión de una una propuesta de los accionistas); para el caso de que encuentre la mencionada exclusión ajustada a derecho, contestará: «*The Division will not recommend enforcement action to the Commission if the Company omits the proposal from its proxy materials*».

⁴³ En base a los dispuesto en la Rule 14a-4, cabe a si mismo presentar propuestas relativas a los estatutos de la sociedad, el mismo día en que se celebra la Junta (son las denominadas «*flor resolutions*»). Debido a que, en este caso, los *proxies*, (o información sobre la Junta y el orden del día) ya han sido enviados a los accionistas, y estos ya han ejercido su derecho de voto, a través del instituto de la representación; la dirección de la empresa (que es en favor de quien mayoritariamente se otorga la representación) podrá votar con libertad sobre ese nuevo punto del orden del día (insistimos no incorporado al enviado a los accionistas). Por lo que si la propuesta es contraria a los intereses de la dirección de la sociedad, las posibilidades de éxito son mínimas. Esta situación conlleva, además, otros problemas, en los que no podemos detenernos. Ver en SCHWAB, S.T. y THOMAS, R.S.: «Realigning Corporate Governance: Shareholder Activism by Labor Unions». *Michigan Law Review*. 1998. Vol. 96, p. 1066.

⁴⁴ Vid. Informe completo en <http://www.gibsondunn.com/publications/pages/Shareholder-Proposal-Developments-2013-Proxy-Season.aspx>. Última entrada 16 de enero de 2014.

taron 820 propuestas frente a las 739 del año anterior. El tipo de petición más solicitada, fue la que tenía como objetivo, limitar o pedir información sobre las contribuciones que, en su caso, la empresa hubiera realizado a algún tipo de campaña política (115); Desclasificación de los consejos de administración, en el sentido que sus todos sus miembros sean elegidos a la vez, y por periodos de tiempo no superiores a tres años (79); Prohibir la concurrencia en la misma persona del cargo de Presidente del Consejo y CEO de la sociedad (70); Eliminación de mayorías reforzadas para la elección de consejeros (48). La media de votos obtenidos por las propuestas fue del 34,4%; y solo el 19% de las mismas fue capaz de concitar una mayoría de votos.

IV. El cambio en el sistema de pensiones y el apoyo a la *Shareholder Primacy*

A) *Del «Defined Benefit» al «Defined Contribution» Plan*

Ha sido señalada por la doctrina, como una de las causas que precipitaron el activismo de los Inversores Institucionales, el cambio legal operado en el sistema de pensiones estadounidense⁴⁵, en la década de los 70. Así es, hasta entonces los Inversores Institucionales representaban apenas un 20% de la inversión en la Bolsa de aquel país. Eran además unos inversores cómodos, que rara vez utilizaban sus votos en las juntas generales para contradecir las propuestas realizadas desde la dirección de la compañía.

Aunque tras la «*New Deal*», se creó en los Estados Unidos un sistema nacional de Seguridad Social; diversas razones (en especial una inflación que se comía las aportaciones de los trabajadores) hicieron que los sindicatos buscaran un complemento e incluso un sustituto a este régimen público⁴⁶.

El sistema de pensiones privado de los trabajadores, ha sido construido —fundamentalmente— sobre dos instituciones el *Defined Benefit Plan* y el *Defined Contribution Plan*. El primero de ellos (DB) es el plan que, hasta final de los 70 o principios de los 80 fue utilizado de forma mayoritaria por los empresarios-empleadores y por los trabajadores-empleados como fórmula que mejor se adecuaba a la situación del

⁴⁵ ZELINSKY, E.A.: «The Defined Contribution Paradigm». *Yale Law Journal*. 2004. Vol. 114, p. 451.

⁴⁶ GELTER, M.: «The Pension System and the Rise of Shareholder Primacy». *Seton Hall Law Review*. 2013. Vol. 43, n.º 3, p. 918.

mercado, y al marco legislativo (especialmente laboral y fiscal) vigente en aquellos años. En síntesis, en este tipo de plan, el empleador garantiza a los empleados una pensión determinada para cuando estos se jubilen. Será el empleador el que año tras año tendrá que ir realizando aportaciones al plan, para atender las obligaciones contraídas con sus trabajadores. En este caso una diligente gestión del fondo puede llegar a ahorrar mucho dinero al empresario. Por el contrario una «pobre» gestión del mismo avocará al empleador a tener que realizar aportaciones complementarias. Por ello, estos fondos, son administrados y gestionados de forma directa por la o las sociedades que realizan las aportaciones a estos fondos⁴⁷.

En el caso de los *Defined Contribution Plans*⁴⁸, (DC) el empleador o empresario, simplemente se obliga a realizar una aportación determinada al plan, con una periodicidad pactada (normalmente anualmente). El importe de esta aportación es uno de los temas estrella en las negociaciones colectivas de aquel país. La obligación del empresario llega hasta aquí, es decir, realizar la aportación consensuada. El cómo se gestiona este fondo —que rentabilidades son capaces de obtener sus gestores, etc.— en cierta forma «le es indiferente». Insistimos: el empresario ya ha cumplido. A los que no les es en absoluto indiferente es a los trabajadores. En efecto, ellos saben que una acertada gestión del plan, redundará en una mejora de sus percepciones. Por el contrario una deficiente o escasa rentabilidad significaría una reducción de su disponible en el futuro. Por ello, en este segundo caso, y aunque la Taft-Hartley Act exige que estos planes sean administrados de forma paritaria entre la empresa y los trabajadores; de hecho, son gestionados por estos últimos que son los que realmente se juegan la cuantía de las percepciones de su futura jubilación⁴⁹.

Una aserie de quiebras en los años 70, que dejaron a los trabajadores, no solo sin trabajo, si no también sin plan de pensiones (los empresarios no habían dotado los mismos, tal y como con ellos había sido pactado), hizo que el gobierno tomara cartas en el asunto y, entre otras medidas aprobase la *Employee Retirement Income Security Act* (ERISA)⁵⁰. En esta nueva Ley, entre otras cuestiones, se reforzaban las exigencias formales y materiales para crear un DB Plan, y además se en-

⁴⁷ *Ibid.*, p. 928.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 930.

⁴⁹ *Vid.* Una crítica a esta norma en: FOGDALL, S.: «Exclusive Union Control of Pension Funds: Taft – Hartley’s Ill Considered Prohibition». *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*. 2001. Vol. 4, p. 215.

⁵⁰ *Vid. Supra* nota 6.

durecía el régimen de responsabilidad de los empresarios ante cualquier incumplimiento relacionado con esta materia. Aunque la nueva normativa tenía como objetivo la defensa de los intereses de trabajadores y pensionistas, las nuevas exigencias hicieron a los DB Plans poco atractivos y costosos para los empleadores⁵¹. Una modificación en la Ley del Impuesto sobre la Renta⁵², que favorecía ligeramente a los DC Plans, sobre los DB Plans, hizo el resto. Como resumen de esta evolución señalar que en 1975 existían 20.035 DB Plans y 8.587 DC Plans de más de 100 partícipes. En 2006, ya se había modificado totalmente la situación: 11.369 DB Plans y 70.125 DC Plans, de más de 100 partícipes⁵³.

B) *El apoyo a la Shareholder Primacy*

Tal y como ya hemos adelantado, y antes de entrar a exponer el conflicto de intereses en el que pueden incurrir los fondos de pensiones sindicales; haremos una rápida mención —por considerarlo, así mismo, del máximo interés— a la influencia que la actuación de *Union Pension Funds*, y los *Public Pension Funds*, han tenido en la consolidación de la *Shareholder Primacy*.

Con anterioridad a 1980, muy poco dinero de las pensiones fue invertido en acciones. Entre otras razones porque la legislación que regulaba los sistemas de pensiones de los Estados Federados solo permitía este tipo de inversión de forma muy limitada. Por ejemplo, hasta 1984, cuando se aprobó una enmienda a la constitución del Estado de California, CALPERS⁵⁴, sólo podía invertir el 25% de sus activos en acciones. Pero desde los 90, con el auge del movimiento desregulador, e imponiéndose el capital variable como la inversión más rentable, los Planes de pensiones empezaron a invertir fuertemente en acciones. Es decir, los fondos de pensiones públicos (aquellos ligados a los funcionarios de la administración de los distintos Estados) entraron en el mercado de capitales, ya que los privados obtenían claramente mejores

⁵¹ GELTER, M.: «The Pension System and the Rise of Shareholder...», *op. cit.*, p. 925.

⁵² Epígrafe 401 (k) of the Internal Revenue Code.

⁵³ Vid. En la pág. Web del Department of Labor. Employees Benefits Security Administration. <http://www.dol.gov/ebsa/pdf/1975-2006historicaltables.pdf>. Última entrada 14 de enero de 2014.

⁵⁴ Vid. California Public Employees Retirement System, más conocido como CALPERS. Es el fondo de Pensiones de empleados públicos más grande d los Estados Unidos. Ha destacado por su activismo, y por ser un referente a nivel mundial en la lucha por los derechos de los accionistas. <http://www.calpers.ca.gov/>. Última entrada 14 de enero de 2014.

resultados que ellos⁵⁵. El resultado, fue la irrupción en el escenario financiero, de una serie de fondos cuyos partícipes eran trabajadores en activo, que trataban de: a) Rentabilizar sus ahorros, a través de distintas modalidades de planes, y b) Que les garantizase una pensión digna cuando llegase su jubilación.

Fruto de los cambios legislativos señalados, podemos señalar dos consecuencias en el entendimiento del vínculo entre los trabajadores y sus pensiones. En primer lugar la salud de las pensiones ya no estará ligada a la de la empresa, si no al mercado de capitales (o acciones). En segundo lugar, los incentivos de los trabajadores para invertir en el capital humano específico de la compañía en la que trabajan; ha descendido. En combinación, estos dos cambios han estado ligados, no solo a una mayor movilidad laboral, sino también a un incremento de la importancia de las políticas pro-accionistas en la sociedad estadounidense. Es decir con motivo del auge de los DC Plans, las políticas pro-*shareholders* han ganado en importancia relativa, en comparación con las políticas pro empleado, que protegen su posición con un empleador determinado⁵⁶. En cierta medida, la implementación de las reformas a favor de la *shareholder primacy*, son, en parte, la consecuencia no pensada (inintencionada) de los cambios vistos en el sistema de pensiones, y que hicieron la propuesta de la *shareholder wealth maximization* muy atractiva para todos los inversores en general.

Una mayoría de la opinión pública estadounidense, comparte los postulados de la *Shareholder Primacy*, por lo que no solo resulta más atrayente para el ciudadano en general, sino que también es más fácil de articular políticamente su defensa e implementación. Al final, tanto los accionistas no trabajadores, como los trabajadores accionistas apostaran decididamente por estas prácticas. Realmente todo ciudadano que tenga dinero invertido en el mercado de capitales (normalmente la Bolsa de valores), hará lo posible para que el valor de su inversión crezca.

Los sindicatos, por tanto, abrazaron el descubierto nuevo capitalismo de los trabajadores (también denominado «*Forced Capitalism*»⁵⁷) como inversores en acciones, y empezaron a promover la «*shareholder wealth maximization*» como uno de sus objetivos⁵⁸. Se dieron cuenta de que promoviendo las medidas a favor de los accionistas, se benefi-

⁵⁵ GELTER, M.: «The Pension System and the Rise of...», *op. cit.*, p. 945.

⁵⁶ GELTER, M.: «The Pension System and the Rise of...», *op. cit.*, p. 30.

⁵⁷ STRINE, L.E.: «Toward Common Sense and Common Ground? Reflections on the Shared Interest of Managers and Labor in a More Rational System of Corporate Governance». *The Journal of Corporation Law*. 2007. Vol. 33, p. 4.

⁵⁸ GELTER, M.: «The Pension System and the Rise of...», *op. cit.*, p. 38.

ciaban ellos también en su nueva cualidad, adquirida como consecuencia de los cambios legislativos antes señalados. ¿Cómo no apoyar un modelo que, precisamente, tiene como más importante divisa el beneficio de los accionistas? Por todo esto, los *Unions* han apoyado la legislación sobre gobierno corporativo que ha tratado de hacer al management más responsable frente a los propietarios (incluida la famosa *Sarbanes Oxley Act*, y todas las reforma intentadas sobre las *shareholders proposals*, en el sentido de dar más poder a los accionistas)⁵⁹.

Más en concreto, SCHWAB y THOMAS⁶⁰, nos dan cuatro razones por las que los sindicatos de trabajadores quieren liderar el movimiento de reforma de las estructuras de Gobierno Corporativo de la Sociedad: a) Los Sindicatos tienen invertida una significativa cantidad de capital humano específico en cada una de las sociedades, por lo que son acreedores residuales de las mismas, b) Los Sindicatos tienen habilidades fiscalizadoras especiales, y pueden crear valor en favor de otros accionistas a través de su control sobre el costo de agencia del capital; c) Los Sindicatos son «extraños» al sistema de Gobierno Corporativo, y no sufren muchos de los conflictos de interés que dificultan el activismo de otros accionistas y d) Si la edad media de los miembros de los sindicatos sigue subiendo, les será muy útil centrar sus esfuerzos en incrementar la valoración de los activos que sirven de base para la el abono de las pensiones⁶¹.

V. La nueva, e inimaginada, política de voto de los fondos de pensiones de los sindicatos en los Estados Unidos

A) Breve apunte histórico

Los representantes de los trabajadores, a través de esta nueva actividad como Inversores Institucionales, están realizando una redefinición

⁵⁹ *Ibid.*, p. 45.

⁶⁰ SCHWAB, S.T. y THOMAS, R.S.: «Realigning Corporate Governance: Shareholder Activism by Labor Unions». *Michigan Law Review*. 1998. Vol. 96, p. 1036.

⁶¹ CIOFFI, J.W. y HÖPNER, M.: «The Political Paradox of Finance Capitalism: Interest, Preferences, and Center Left Party Politics in Corporate Governance Reforms». *Politics & Society*, 2006, p. 463. Estos autores, desde un punto de vista más político, tartan de explicar, en este artículo «...a striking political paradox of finance capitalism and corporate governance reform: center left political parties were the driving force behind corporate governance reform and the institutional adjustment to finance capitalism, while right —of— center parties resisted reform to protect established forms of managerialism and organized capitalism».

del tradicional rol o papel que tanto estos, como la dirección o management y los accionistas representan en las relaciones sociales. A través de las «*shareholder proposals*», los sindicatos aprovechan la oportunidad que tienen, también como accionistas, de hacer responsables a la dirección o management, tanto de la gestión en general de la compañía, como de las relaciones laborales en concreto. Así es, en este apartado, analizaremos, no ya la participación de los mismos en la expansión de la *Shareholder Primacy* (cosa que ya hemos realizado de forma sucinta en el anterior epígrafe) si no, el ejercicio concreto de su activismo accionario, así como los posibles conflictos que tal práctica puede ocasionarles.

Tal y como veremos, con la adopción de este nuevo rol como accionistas, los Sindicatos se posicionaron, inicialmente con el movimiento que, desde los años 60, trató —y finalmente consiguió 30 años después— de desmontar la absoluta primacía del management o dirección de la empresa, en las relaciones sociales. Esta pugna, además es reflejo, de la soterrada lucha que en lo relativo a la naturaleza de las sociedades mercantiles capitalistas ha existido siempre en el ámbito académico, legal y jurisprudencial estadounidense⁶² y que, como bien sabemos, se encuentra actualmente claramente inclinada hacia la concepción más neo-liberal.

Si bien es cierto que el activismo⁶³ sindical en la Juntas de las Sociedades surgió inicialmente tratando de defender la posición de los trabajadores en conflictos laborales; el mismo ha ido evolucionado hacia una forma de actuar más en sintonía con una concepción más amplia de la compañía tal y como enseguida veremos. En efecto, al haber coincidido este incremento de la participación Sindical (a través de las *Shareholders Proposals*), con la superación del llamado «*managerial model*» y con la llegada del *Shareholder Primacy*, o primacía del interés del accionista; lo que es necesario evaluar, no es sólo la utilización de la *praxis* accionarial como una forma de participación alternativa a la representación de los trabajadores en la empresa; si no también su im-

⁶² La concepción contractualista o individualista que concibe la sociedad como un mero nexo de contratos; y por otro lado la comunitarista o humanista que la entiende como un ente con responsabilidades, no solo frente a los accionistas, sino también frente a otros interesados o Stakeholders como son, los trabajadores, los acreedores, los clientes y proveedores y la comunidad en la que se ubica la sociedad.

⁶³ YERMACK, D.: «Shareholder Voting and Corporate...», *op. cit.*, p. 125, en donde define el Shareholder Activism como «...efforts by investors to use their voting power as a catalyst for corporate change».

portante intervención en el emergente equilibrio de poderes en las sociedades mercantiles post industriales⁶⁴.

Como ya hemos dicho, durante la década de los 70, y coincidiendo con el despertar y la toma de conciencia de su nueva dimensión como accionistas, los fondos de los Sindicatos —de forma un tanto vehemente— utilizaron sus aún entonces escasos votos, en la defensa de sus afiliados en los conflictos laborales existentes en las sociedades en las que (vía *shareholders proposals*) trataban de influir. Poco a poco, y con la profesionalización de la gestión de estos fondos, tanto sus gestores como los dirigentes sindicales, fueron perfilando una estrategia más «práctica». Así es, llegaron a la conclusión de que su fuerza, aunque cada vez más importante, no alcanzaba por sí sola para obtener las mayorías necesarias. Era necesario acercar sus pretensiones a las inquietudes de otros grupos de accionistas, para de este modo sumar apoyos⁶⁵. Por ello empezaron adhiriéndose a las famosas campañas de conocidos activistas, como fue el caso de Ralph Nader en la General Motors⁶⁶. Estas actuaciones, buscaban más la asunción por parte de las empresas de una serie de compromisos sociales de carácter general, muy en boga en aquella época, como eran el boicot al régimen racista de Sud África, la oposición a la Guerra de Vietnam, y la lucha contra la discriminación racial⁶⁷.

En los 80, los inversores en general utilizaron las propuestas, para atacar las medidas anti-Opa con las que los managers se habían dotado para blindar o atrincherarse en su posición. De forma transitoria, los representantes de los trabajadores, unieron sus fuerzas a las del management. A ellos también les interesaba la continuidad de estas medidas anti-Opa⁶⁸. En efecto, los Unions Pension Funds, siempre vin-

⁶⁴ Cfr. VAN DER ZWAN, N.: «The Making Of Shared Capitalism: Business, Labor and Corporate...», *op. cit.*, p. 5.

⁶⁵ SCHWAB, S.T. y THOMAS, R.S.: «Realigning Corporate Governance...», *op. cit.*, p. 1035. Vuelven a incidir en esta idea: «Unions shareholders activity sometimes serves old union goals. But is also true that in the course of collective bargain, attempt to enlarge the overall pie as a means of getting a larger slice for workers. // But to be successful, union shareholder activism must gain the support of others shareholders. This is most likely to occur when unions embrace a goal of maximizing firm value: clearly a new way of thinking for some unions».

⁶⁶ NADER, R.; GREEN, M. y SELIGMAN, J.: *Taming the Giant Corporation*. New York. Ed: W.W. Norton & Company Inc. 1976, p. 153. Ver en este libro, detalles de sus campañas, así como de su propuesta de «Employee Bill of Rights».

⁶⁷ SCHWAB, S.T. y THOMAS, R.S.: «Realigning Corporate Governance...», *op. cit.*, p. 1044.

⁶⁸ *Ibid.*.p. 1020. En donde nos dicen «In the 1980's workers often aligned with managers against shareholders in thwarting hostile takeovers, depriving shareholders

cularon las Opas, con el cierre de empresas y por lo tanto con la pérdida de puestos de trabajo. En la década de los 90, y ya con la llegada de forma incontestada de la Shareholder Primacy, la mayoría de las propuestas accionariales presentadas, se centraron en cambiar las estructuras y funciones de los consejos, así como en tratar de limitar los salarios de consejeros y altos ejecutivos. Era necesario aprovechar de alguna forma la omnipresente corriente a favor de los accionistas imperante ya, en aquellos años. Y para ellos era necesario «plegarse» a las pautas del nuevo paradigma, concretado en la apuesta por los derechos de los accionistas, a través de la modificación de las estructuras de gobierno corporativo de las sociedades.

A día de hoy, una parte fundamental de la actividad, tanto de los gestores de los fondos sindicales, como de los responsables de los sindicatos, es el tratar de dotar a esta aparentemente contradictoria situación, de cierta homogeneidad y coherencia⁶⁹ que no perjudique, ni los intereses de los accionistas, ni los de los trabajadores. Para ello, y al margen de diferentes actividades organizadas a estos efectos⁷⁰, en la página web de la *American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations*⁷¹ (AFL-CIO) —que es el Sindicato más grande de los EE.UU.—, aparece instrucciones precisas sobre los criterios que este Sindicato propone utilizar cada «*proxy voting season*», así como el tipo

of substantial premiums in the process. In the 1990's a historic shift began, as worker-shareholders prod other shareholders into holding management more accountable. Increasingly Pension Funds will focus on the long run health of the Corporation...»

⁶⁹ En este sentido, ver también SCHWAB, S.T. y THOMAS, R.S.: «Realigning Corporate Governance...», *op. cit.*, p. 1040, en donde afirman «A key question in union shareholder activism is whether and how the strategies of unions and their pensions funds can and should be linked. Public pensions funds are among the fastest growing equity holders in this country. Workers are becoming capitalist».

⁷⁰ Ver en JACOBY, S.: «Finance and Labor: Perspectives on Risk, Inequality and Democracy». Ver en <http://www.irl.berkeley.edu/events/fall07/symposium/jacoby.pdf>. Conferencia presentada en Simposium celebrado la Universidad de UCLA, Campus de Berkeley, en otoño de 2007, Última entrada 15 de enero de 2014; en su p. 26, nos dice: «A turning point came in 1997, when the AFL-CIO created an Office of Investment and a nonprofit Center for Working Capital to educate union trustees about «capital stewardship». Almost overnight, the AFL-CIO became the center of UAPF activism. It created a PayWatch website where workers could compare their earnings to those of their CEO. The site was extremely popular, getting over four million hits in its first year. According to AFL-CIO Secretary-Treasurer Rich Trumka, PayWatch offered workers a way to «vent their anger, anxiety, and outrage.» Later the website added a feature called «Pick-a-Pension,» which divulged CEO retirement packages and calculated how much health insurance they could buy for uncovered families.»

⁷¹ Vid. AFL-CIO. <http://www.aflcio.org/Corporate-Watch/Capital-Stewardship/Proxy-Voting>

de propuestas en las que se quiere hacer énfasis en un ejercicio determinado.

Para el año 2.000 los *Labors Unions* habían quedado ya abducidos por la *shareholder primacy*, con lo que las propuestas por ellos presentadas no diferían en nada con las presentadas por cualquier otro inversor. Como nos dicen Schwabs y Thomas⁷² se trataba de propuestas standars de Gobierno Corporativo, que al final lo que quieren es alinear el interés de los managers con los de los accionistas. Dos son pues las razones que han movido a los Sindicatos a plegarse a las nuevas exigencias: a) Muchos *Pension Funds* han concluido que las reformas de gobierno corporativo realmente aumentan el valor de la inversión, y b) Las propuestas realizadas por los *Unions Pension Funds* en este sentido, son las que obtienen un mayor apoyo de otros accionistas⁷³.

Cómo ejemplo del contenido de este nuevo activismo sindical, podemos señalar los datos publicados en *post*⁷⁴ colgado el 21 de Marzo de 2013 en el *blog* «*The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*»; resaltando como más llamativos, a los efectos de la materia que nos ocupa, los siguientes: Que las propuestas realizadas, de forma general, coinciden, en cuanto al tema o materia, con las presentadas el año anterior. Existiendo una preferencia de los *Public Pension Funds* por los temas relacionados con el sistema de elección de consejeros y las mayorías exigidas a tal efecto. Mientras que las presentadas por pequeños accionistas, hacen referencia más a la remuneración de los directivos y consejeros y a la recomendación de que no coincida en la misma persona el cargo de Presidente del Consejo y el de CEO. En concreto se hace referencia a las presentadas por el sindicato *United Brotherhood of Carpenters* (UBC)⁷⁵ relativas a salarios y otras formas de compensación de altos directivos, y la de CALSTRS⁷⁶ anunciando medidas contra las compañías que no atendiesen las propuestas realizadas y que hubieran obtenido una mayoría de votos.

De igual manera otros fondos de pensiones públicos, fondos «éticos» (o que invierten exclusivamente en compañías socialmente res-

⁷² SCHWAB, S.T. y THOMAS, R.S.: «Realigning Corporate Governance...», *op. cit.*, p. 1045.

⁷³ *Ibid.*, pp. 1085 y 1086.

⁷⁴ *Vid* en <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2013/03/21/2013-proxy-season-review-key-shareholder-proposals/>. p. 1. Última entrada 10 de enero de 2014.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 3.

⁷⁶ *Vid*. En la página web. del fondo que reúne los planes de pensiones de los profesores del Estado de California (California Teachers Retirement System) <http://www.calstrs.com/people-calstrs>. Última entrada 11 de enero de 2014.

ponsables), así como los vinculados con diversas asociaciones religiosas, se han unido para promover la diversidad de género en los consejos de administración, aunque específicamente han dicho que no quieren un sistema de cuotas. Finalmente⁷⁷ se mencionan las nuevas propuestas relacionadas con las retribuciones que están siendo presentadas por distintos *Unions Pension Funds*. La primera es la esponsorizada por la *Utility Workers Unions of America*, que solicita a las compañías que no utilicen como criterio para establecer el sueldo del CEO su comparación con el de otros iguales (ya que está demostrado que esta técnica es la causante de una espiral de subidas que no tiene fundamento). La otra es la promovida por el sindicato AFL-CIO, relativa a las explicaciones dadas por las compañías en relación con los sueldos de sus altos directivos (*Say on Pay*), cuando no alcanzan un % de votos determinados.

No obstante, no parece «natural» que los sindicatos, cuya finalidad es representar los intereses de los trabajadores; hagan suya una forma de entender la sociedad que tiene sus orígenes intelectuales en la escuela económica del derecho, y en la corriente legal contractualista de signo descaradamente neo-liberal. En efecto, parece que hubiera sido más coherente una defensa más activa, decidida, de las posiciones comunitaristas y progresivas que predicán una visión más humanista de la sociedad, o por decirlo de otra forma, que propugnan tener en consideración los intereses de otros «*constituencias*» distintos a los accionistas. La doctrina señala⁷⁸ como causa de esta «metamorfosis», tanto la dramática pérdida de afiliación, y por lo tanto de fuerza, de estas organizaciones desde los años 80; así como el envejecimiento paulatino de sus bases, lo que conlleva la existencia de más pensionistas (o miembros pasivos) que activos⁷⁹. Consecuentemente, obtener una buena rentabilidad a sus inversiones, para atender las pensiones de sus mayores, devino relativamente más importante que cualquier otra consideración. Citando a Gelter⁸⁰, podemos decir que tal y como una vez un profesor manifestó en una conferencia «*The closer I get to retirement the more I like shareholder wealth maximization*».

⁷⁷ Vid. en <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2013/03/21/2013-proxy-season-preview-key-shareholder-proposals/>. p. 6. Última entrada 10 de enero de 2014.

⁷⁸ GELTER, M.: «The Pension System and the Rise of...», *op. cit.*, p. 35,

⁷⁹ Confirman esta argumentación SCHWAB, S.T. y THOMAS, R.S.: «Realigning Corporate Governance...», *op. cit.*, p. 1039, en donde dicen «*We tentatively suggest that increasing levels of union shareholder activism may be due in part to a shift in the age composition of the unions. If the age distribution of labor unions is getting older, as statistical evidence suggest it is, unions likely will place increased emphasis on retirement conditions, employer contributions, and other pension-related matters*».

⁸⁰

En efecto, una parte importante de la doctrina, demandó una reactivación del tradicional y combativo espíritu sindical, para adecuarlo a las necesidades y configuración de la nueva sociedad post-industrial. Es el caso de Roth⁸¹, quién dando como bueno el principio del incremento del valor del accionista, añade la variable —trascendental— del largo plazo. Para ello propone la aplicación del «*enlightened shareholder value*»⁸² cómo teoría que puede superar este paradigma o dicotomía. Esta idea nivela el clásico conflicto entre la *Shareholder Primacy* y el *Stakeholder model*.

Pero más recientemente y, como consecuencia de todo ello, los sindicatos han ido expandiendo o ampliando de forma voluntaria sus obligaciones, más allá de la responsabilidad hacia los trabajadores o los accionistas, para incluir, entre sus prioridades, el bien común de la comunidad en la que una compañía está situada o ubicada. En definitiva, se implementó la política de tratar de hacer responsable a la empresa frente a los stakeholders⁸³. Eliminaron cualquier conexión entre el gobierno corporativo y las propuestas vinculadas con los derechos de los empleados.⁸⁴ Así que los sindicatos poco a poco, no solo se presentaron como representantes de trabajadores titulares de capital social, si no como «verdaderos» accionistas⁸⁵, cuyas preocupaciones financieras eran exactamente las mismas que las de cualquier otro inversor⁸⁶.

⁸¹ ROTH, M.: «Labor and Comparative Corporate Governance...», *op. cit.*, p. 784.

⁸² Vid. KEAY, A.: *The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Governance*. New York. Ed. Routledge. 2013. En este sentido, este autor nos dice que «*Enlightened Shareholder Value may be regarded as making a slight change to the shareholder value theory as it involves directors not only having to act in the collective best interest of shareholders, but it demands an approach that values the building of long term relationships*».

⁸³ Cfr. VAN DER ZWAN, N.: «The Making Of Shared Capitalism: Business, Labor and Corporate...», *op. cit.*, p. 32.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 33.

⁸⁵ En palabra de SCHWAB, S.T. y THOMAS, R.S.: «Realigning Corporate Governance...», *op. cit.*, p. 1019. «*Labor Unions are active again: but this time as capitalists*».

⁸⁶ Vid. JACOBY, S.: «Finance and Labor: Perspectives on Risk, Inequality...», *op. cit.*, en su página 20, afirma: «*It's important to represent workers as stockholders as well as workplace advocates ... so employees are engaging companies with their view of shareholder value.*» *What came to be called the «worker-owner» or «capital stewardship» philosophy had four objectives. First was a search for investments that would protect workers while meeting fiduciary guidelines. Second was advocacy of mainstream governance principles that would give labor common ground with other institutional investors. By calling for shareholder rights, labor acquired a more positive public image while at the same time tarnishing management's. Third, UAPFs sought to persuade other investors that worker objectives were positively associated with long-term value. Finally, there was the hope that exercising shareholder power would give labor influence at the corporation's highest levels, a goal that had eluded it since the 1970s*».

En resumen los sindicatos (sus fondos) han quedado subsumidos por la economía política imperante en los Estados Unidos, adoptando la lógica de la *Shareholder Primacy*, que inicialmente combatieron. Aunque al principio la utilizaron solo como medio para contrarrestar el poder del management, finalmente han sucumbido a su practicidad e innegable atractivo. No obstante, han tratado de «dulcificar» la misma, realizando una apuesta por el largo plazo, así como por la toma en consideración —en sus propuestas— del principio de que el incremento del valor para el accionista debería ser creado (solo) si la compañía también promueve el interés de los empleados, clientes, proveedores, y la ciudadanía en general. Y si bien es cierto que este principio o *desideratum*, podría ser más fácilmente conseguido si se elige un diseño que promueva una visión distinta de la sociedad mercantil capitalista (dando, por ejemplo, voz al capital humano en el gobierno corporativo de las sociedades) lo cierto es que aún se está muy lejos de tal escenario⁸⁷.

B) Oposición a la misma

Pero obviamente esta nueva actividad, no quedó incontestada por el management. Así es, desde los años 70, se opusieron a este nuevo activismo, en base a dos argumentos distintos: a) La actuación sindical violentaba la libertad de gestión que la dirección de la sociedad ha de tener y b) Se cuestiona la legitimidad de los sindicatos a aparecer como accionistas en las Juntas. En realidad —argumentaban los *managers*— este nuevo papel de accionistas era un mero disfraz que trataba de ocultar o encubrir una motivación exclusivamente laboral⁸⁸. Los sindicatos, al presentar su actuación como un terreno de juego común, entre los trabajadores como empleados y los trabajadores como accionistas; trataron de hacer compatible su representación en el consejo con su rol en el proceso de negociación colectiva⁸⁹.

⁸⁷ Posibilidad, que formalmente ya existe en muchos estados pero que no se utiliza, tal y como ya expusimos en nuestro trabajo, publicado en esta misma revista ZAVALA ORTIZ DE LA TORRE, I.: «La pugna el *shareholder primacy model* y la *stakeholder theory* en la doctrina y práctica anglosajona. Estado de la cuestión». *Deusto Estudios Cooperativos*. 2013. Vol. 2, pp. 103 y ss.

⁸⁸ JACOBY, S.: «Finance and Labor: Perspectives on Risk, Inequality...», *op. cit.*, p. 12.

⁸⁹ Cosa que nunca se ha conseguido, ver a este respecto, O'CONNOR, M.: «Labor's Role in the American Corporate Governance Structure». *Comparative Labor & Policy Journal*. 2000. Vol. 22, p. 97.

En el terreno práctico, la táctica utilizada por las empresas para evitar o limitar la acción de los *Unions Pension Funds*, fue la de invocar alguna de las 13 prohibiciones contenidas en la Rule 14a-8, y que permitían —recordamos— excluir la propuesta realizada del orden del día de la Junta. En concreto nos referimos a las señaladas con las letras d) «*Personal Grievance Exclusion*» y sobre todo la g) «*Ordinary Business Exclusion*»⁹⁰ (Las que hacen referencia a una reclamación personal contra la sociedad o un directivo y las que hacen referencia al día a día de los negocios sociales). Centrándonos, en las segundas que son las que realmente han dado más juego a lo largo de la azarosa historia de esta norma, podemos decir que la posición de la SEC ha variado a lo largo de los años. Con anterioridad a 1992 la Comisión interpreto la norma —sorprendentemente— en el sentido que cuando la *shareholder proposal* perseguía finalidades sociales, esta *Ordinary Business Exclusion*, no podía ser invocada, por lo que las propuestas podían ser incorporadas al orden del día. Pero en 1992, la SEC modifico esta interpretación en el asunto «*Cracker Barrel Old Country Store, Inc.*»⁹¹ permitiendo a la compañía excluir la propuesta (se trataba de una petición que solicitaba a la compañía el suprimir una serie de criterios que según los proponentes discriminaban a los empleados según su orientación sexual), aunque la misma, obviamente también suscitaba cuestiones sociales. Si bien los proponentes recurrieron la decisión de la Comisión y ganaron en primera Instancia, la apelación ante el Segundo Circuito volvió a confirmar la decisión de la SEC⁹². En 1997 volvió a modificar este criterio en una disputa por una propuesta realizada por el Sindicato de Camioneros, al fabricante de tabaco Philip Morris, en el sentido de solicitar la creación de un comité, que determinara las compensaciones de los altos ejecutivos, en el seno del consejo.

Realmente a día de hoy, ya se han normalizado este tipo de propuestas, y no hay problema en admitir todas aquellas, que no supongan una intromisión directa en la gestión de los negocios sociales que —al igual que en el resto del mundo— es una facultad reservada a la dirección de la sociedad.

⁹⁰ SCHWAB, S.T. y THOMAS, R.S.: «Realigning Corporate Governance...», *op. cit.*, p. 1050.

⁹¹ *Ibid.*, p. 1051.

⁹² *Ver New York City Employees' Retirement System v. SEC*, 843 F. Supp.858 (S.D.N.Y. 1994), *revd*, 45 F 3d 7 (2d Cir. 1995) en SCHWAB, S.T. y THOMAS, R.S.: «Realigning Corporate Governance...», *op. cit.*, p. 1051.

C) *Potencial Conflicto de Intereses*

Es claro que los Fondos de los Sindicatos de Trabajadores, a menudo, pueden incurrir en un potencial conflicto de intereses. En efecto, cuando actúan como accionistas, pueden estar tentados de tratar de incrementar el valor de la sociedad, con el propósito de maximizar el valor de sus acciones. Mientras que cuando actúan como representantes de los trabajadores, podrían sacrificar el valor de la sociedad en su conjunto, con el objetivo de proteger el trabajo de sus afiliados o simpatizantes.

Este peligro, que es lógico, en tanto en cuanto que ninguna actividad humana admite con facilidad la defensa de intereses contrapuestos, se ve atemperado por una serie de mecanismos que, la doctrina a señalado como limitadores de estos potenciales conflictos.

Estos son los siguientes:

a) El deber de lealtad impuesto a los administradores de fondos, por la Taft-Hartley Act⁹³ y la ERISA

La cuestión es hasta qué punto los *Union Pension Funds* tienen limitado el uso de su derecho de voto para perseguir un fin distinto al de maximizar su inversión⁹⁴. Es decir, incrementar el valor de la compañía, y con él, el de la acción. En efecto la Taft-Hartley específicamente trataba de que los sindicatos no usaran estos fondos como un «*war chest*»⁹⁵.

Aunque la administración de estos Fondos estaba pensada de forma paritaria, la verdad es que los sindicatos han tendido a controlarlos. La razón es que al ser la mayoría de estos Fondos, *defined-contributions plans*, el empleador cumple simplemente con realizar la aportación pactada anualmente al fondo. Una buena gestión del mismo es lo que hará que sus beneficiarios obtengan superiores retribuciones, tal y como ya hemos comentado.

La Taft-Hartley Act imponía a los administradores del plan, la obligación de gestionar el mismo en el «solo y exclusivo beneficio de los empleados...y sus familias y personas dependientes» e insistiendo en que «...los fondos gestionados, no podrán ser utilizados para otro pro-

⁹³ Ver en la U.S. Government Printing Office. El nombre técnico de la Ley es la Labor Management Relations Act of 1947. Aunque desde 1994, paso a ser parte del U.S.C.. ver en <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2011-title29/USCODE-2011-title29-chap7-subchapIV-sec186/content-detail.html>. Última entrada 15 de enero de 2014.

⁹⁴ SCHWAB, S.T. y THOMAS, R.S.: «Realigning Corporate Governance...», *op. cit.*, p. 1076.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 1077.

pósito distinto al de pagar las pensiones o anualidades»⁹⁶. Es decir, la ley ha limitado de forma clara y contundente, a favor de quien sí y de quién no, deben estos fondos estar gestionados. En ningún caso permite la ley realizar inversiones que tengan una finalidad política o social que, al margen de su legitimidad, puedan poner en peligro la inversión y con ello comprometer los ahorros de los trabajadores que les encomiendan los mismos.

Pero ha sido la Employee Retirement Income Security Act de 1974 (ERISA)⁹⁷, la que ha impuesto mayores deberes a los gestores de Fondos de Pensiones Privados, sean estos gestionados, por las compañías, o por estas y los sindicatos. En efecto, además de exigir la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal (*prudent person standart*), hace a los administradores, individualmente responsables, ante cualquier incumplimiento del deber de lealtad para con los beneficiarios del plan o fondo.

El resultado ha sido que los *Unions Pensions Funds*, han reaccionado de distintas formas, ante las tensiones surgidas como consecuencia de haber devenido importantes inversores en el mercado de capitales. Algunos de ellos han evitado el mercado de acciones, invirtiendo exclusivamente en renta fija; por lo que no tendrán que ejercitar en ningún caso el derecho de voto. Otros no invierten en compañías que no cuenten con representantes sindicales (cuestión esta bastante común en los EE.UU); o incluso deciden ligar el sentido de su voto, a la opinión de un asesor externo, o *Proxy Advisor*⁹⁸, de tan rabiosa actualidad en el inicio de este siglo XXI.

De hecho una parte central de la regulación de la ERISA sobre los *Union Pension Funds*, regula las denominadas inversiones sociales del sindicato. Es el caso de inversiones que se realizan en compañías que, por ejemplo, tienen como objeto social, la concesión de préstamos para la compra de viviendas a trabajadores; o empresas de construcción que emplean a trabajadores sindicados. Esta práctica ha dado lugar a mucho debate y litigios, originados por la idoneidad y seguridad de tales inversiones, en el marco de la finalidad general de lo que es un fondo y

⁹⁶ Ver de nuevo en <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/29/186>. Última entrada 7 de enero de 2014.

⁹⁷ Ver en la página web del *Department of Labor* (DOL). <http://www.dol.gov/dol/topic/health-plans/erisa.htm>. Última entrada 7 de enero de 2014.

⁹⁸ *Vid.* La página web de *Institutional Shareholder Services*, que es el *Proxy Advisor* más grande del planeta en <http://www.issgovernance.com/>. Última entrada 12 de enero de 2014. Esta compañía, se jacta de asesorar el voto en más de 40.000 Juntas Generales de accionistas al año. No acabamos de comprender como es esto posible.

un plan de pensiones. Aunque no podemos entrar en el análisis de esta interminable casuística, sí que podemos mencionar que, como criterio general el Ministerio de Trabajo (o *Department of Labor*) ha sugerido que los fondos podrán realizar inversiones que beneficien a los sindicatos o a sus trabajadores, siempre que la relación entre el riesgo de la inversión y su retorno, se sitúe en la media de riesgo atribuido a otras de similares características⁹⁹. Es decir la ERISA permite a los fondos de pensiones de los sindicatos a invertir en proyectos que benefician a los trabajadores, en tanto que el riesgo y el retorno o beneficio sea igual al de otros proyectos¹⁰⁰.

Incluso la ERISA, indirectamente, impone algunos límites en lo relativo al uso que de las *Shareholders Proposals*, pueden realizar estos fondos. Así es, solo aquellas que justifiquen los costos incurridos en resoluciones relativas a Gobierno Corporativo, estarían permitidas. Por lo tanto los *Unions Pension Funds*, arriesgarían una acción judicial, al amparo de la mencionada Ley, cuando sufraguen resoluciones que claramente producen magros retornos. Es decir, los administradores del mismo, podrían tener que responder ante los partícipes del fondo, por un incumplimiento del deber de lealtad, concretado en un gasto sin un retorno proporcionado.

b) Estos fondos necesitan el apoyo de otros accionistas, para que sus iniciativas tengan éxito¹⁰¹

La mayoría de las iniciativas realizadas por los sindicatos de trabajadores, no tendrán éxito, si no reciben el apoyo de otros accionistas. Necesitan apoyo, incluso para aquellas que tan solo implican una recomendación, como es el caso de la *Rule 14a-8*. Otros accionistas tendrán una mejor disposición a votar a favor de las que proponen estos fondos sindicales, cuando las mismas impliquen la posibilidad de mejorar el Gobierno Corporativo de la sociedad. Por el contrario cuando estos *Union Funds*, se centran en materias que afectan más directamente a intereses de los trabajadores, reciben mucho menos apoyo.

Esto no es ninguna sorpresa. Los Fondos Sindicales van a tener que realizar un esfuerzo mucho mayor, por tratar de convencer a accionistas racionales, cuando de la propuesta no se desprenda claramente que la misma va a redundar en provecho de todos ellos. Muchos accionistas son escépticos ante propuestas que parecen tener un objetivo

⁹⁹ SCHWAB, S.T. y THOMAS, R.S.: «Realigning Corporate Governance...», *op. cit.*, p. 1078.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 1081.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 1082.

pro-trabajador demasiado evidente. Son entendidas como injustificadas incursiones, en beneficio de un determinado grupo de interés. Si quieren construir coaliciones con otros accionistas, tienen que ser capaces de darles algo a cambio¹⁰².

Pero la doctrina, no solo de forma unánime secunda la estrategia de que los *Unions Funds* establezcan coaliciones o acuerdos tácitos o expresos con otros accionistas (principalmente, otros inversores institucionales), sino que incluso, recomienda retomar la alianza con el management de la compañía que ya se dio en la década de los 80. Así es, para algunos autores, el actual apoyo de los Fondos Sindicales a la *Shareholder Primacy*, es *contra-natura*. La coalición natural ha de ser con la dirección, para resistir a las omnipresentes y succionadoras políticas de beneficios, en interés exclusivamente de los accionistas¹⁰³.

c) La disciplina del mercado

Las fuerzas del mercado, actúan como un control final ante formas exageradas de oportunismo sindical. El mercado nunca permitiría que una empresa atendiera demandas disparatadas de los representantes de los trabajadores. Ni el mercado de crédito, ni el de acciones, ni siquiera el propio mercado laboral permanecería impasible ante cualquier acción que afectase a la viabilidad de la empresa¹⁰⁴.

VI. Conclusiones

Debido a la profunda crisis representativa y económica, sufrida por los sindicatos en los Estados Unidos; han tenido que reposicionarse en el actual sistema de relaciones sociales de la sociedad post-industrial.

Como consecuencia, además, de un cambio en el sistema de pensiones de aquél país, el éxito o fracaso de los planes y fondos de pensiones sindicales está mucho más vinculado a la situación del mercado de capitales, que a la marcha de las empresas.

La actividad sindical, a través de las *shareholder proposals* es igual a la de cualquier otro Inversor Institucional, ante la necesidad de aquellos de buscar aliados para sacar adelante sus propuestas.

¹⁰² *Ibid.*p. 1083.

¹⁰³ Vid. STRINE, L.E.: «Toward Common Sense and...», *op. cit.*, p. 1. En este renombrado artículo el Presidente Juez Tribunal Supremo de Delaware (nombrado el 8 de enero de 2014), aboga por esta política de alianzas.

¹⁰⁴ SCHWAB, S.T. y THOMAS, R.S.: «Realigning Corporate Governance...», *op. cit.*, p. 1081.

Los Sindicatos, que una vez fueron los oponentes, tanto del *management* como de los accionistas, en el aseguramiento de mejores condiciones de trabajo para los trabajadores, han sido cooptados al capitalismo accionarial, a través del sistema de pensiones.

La brecha entre la *Shareholder Primacy* y la *Stakeholder model* (hasta ahora claramente ganada por la primera) puede ser superada si utilizamos como puente, entre ambos conceptos, el largo plazo como un principio dominante o global de gobierno Corporativo en estos tiempos de «*Pension Capitalism*». Reflejando su interés en el crecimiento a largo plazo del valor de la sociedad, y en la defensa de los intereses de todos los *stakeholders*, los *Union Pension Funds*, deben de ser, de nuevo, instituciones que luchen por el crecimiento sostenible de las compañías.

Bibliografía

Libros

- BLODGETT, R.: «Union Pension Fund Asset Management», en *Abuse on Wall Street: Conflicts of Interest on the Securities Markets*. New York. Ed: Preager. 1980.
- BOGLE, J.C.: *The Class of the Cultures. Investment v. speculation*. Hoboken. New Jersey. Ed: John Wiley & Sons Inc. 2012.
- COX, J.D.; HILLMAN, R.W. y LAGENVOORT, D.C.: *Securities Regulation. Selected Statutes, Rules and Forms*. Frederick. Maryland. Ed: Wolters Kluwer. 2012.
- DAVIS, R.B.: *Democratizing Pension Funds*. Toronto. Ed: Ubc Press. 2008.
- DRUCKER, P.F.: *The Unseen Revolution: How Pension Fund socialism came to America*. New York. Ed: HarperCollins. 1976.
- GEVURTZ, F.A.: *Corporation Law*. Second Edition. Minnesota. Ed: Thompson Reuters. 2010.
- KEAY, A.: *The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Governance*. New York. Ed: Routledge. 2013.
- NADER, R.; GREEN, M. y SELIGMAN, J.: *Taming the Giant Corporation*. New York. Ed: W.W. Norton & Company Inc. 1976.
- SELIGMAN, J.: *The transformation of Wall Street*. 3.ª edición. New York. Ed: Aspen Publishers. 2003.

Revistas

- ANABTAWI, I. y STOUT, L.: «Fiduciary Duties for Activist Shareholders». *Stanford Law Review*. 2007. Vol. 60.

- ASHRAF, R. *et al.*: «Conflicts of interest and mutual fund proxy voting: Evidence from shareholder proposals on executive compensation». *Journal of Financial and Quantitative Analysis*. 2012. Vol. 47. Issue 3.
- BAINBRIDGE, S.: «The Case for Limited Shareholders Voting Rights». *UCLA Law Review*. Vol. 53.
- BRAV, A. *et al.*: «Hedge Fund Activism, Corporate Governance and Firm Performance». *The Journal of Finance*. 2008. Vol. 63, n.º 4.
- CAMARA, K.A.D.: «Classifying Institutional Investors». *The Journal of Corporation Law*. 2005. Winter.
- CIOFFI, J.W. y HÖPNER, M.: «The Political Paradox of Finance Capitalism: Interest, Preferences, and Center Left Party Politics in Corporate Governance Reforms». *Politics & Society*. 2006.
- FALEYE, O.; MEHROTRA, V. y MORCK, R.: «When labor has a Voice in Corporate Governance». *Journal of Financial and Quantitative Analysis*. 2006. Vol. 41. Issue 3.
- FOGDALL, S.: «Exclusive Union Control of Pension Funds: Taft – Hartley’s Ill Considered Prohibition». *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*. 2001. Vol. 4.
- GELTER, M.: «The Pension System and the Rise of Shareholder Primacy». *Seton Hall Law Review*. 2013. Vol. 43, n.º 3.
- GHILARDUCCI, T.; HAWLEY, J. y WILLIAMS, A.: «Labour Paradoxical Interest and the Evolution of Corporate Governance». *Journal of Law and Society*. 1997. Vol. 24.
- KAHAN, M. y ROCK, E.B.: «Hedge Funds in Corporate Governance and Corporate Control». *University of Pennsylvania Law Review*. 2007. Vol 155, n.º 5.
- LARCKER, D.F. y TAYAN, B.: «Union Activism: Do Union Pension Funds Act Solely in the Interest of Beneficiaries? *Stanford Closer Look Series*. 11 de diciembre de 2012.
- O’CONNOR, M.A.: «Organized Labor as Shareholder Activist: Building Coalitions to Promote Workers Capitalism». *University of Richmond Law Review*. 1997. Vol. 31.
- RENNEBOOG, L. y SZILAGVI, P.G.: «The Role of Shareholders Proposals in Corporate Governance». *Journal of Corporate Finance*. 2010. Vol.17.
- ROMANO, R.: «Public Pension Fund Activism in Corporate Governance Reconsidered». *Columbia Law Review*. 1993. Vol. 93.
- ROTH, M.: «Labor and Comparative Corporate Governance in Times of Pension Capitalism». *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*. 2013. Vol. XVIII.
- STRINE, L.E.: «Toward Common Sense and Common Ground? Reflections on the Shared Interest of Managers and Labor in a More Rational System of Corporate Governance». *The Journal of Corporation Law*. 2007. Vol. 33.
- THOMAS, R.S. y MARTIN, K.J.: «Should Labor be allowed to Make Shareholders Proposals». *Washington Law Review*. 1998. Vol. 73, n.º 1.
- TUSK, D.: «Shareholders as Proxies: The Contours of Shareholder Democracy». *Washington & Lee Law Review*. Vol. 63. 2006.
- YERMACK, D.: «Shareholder Voting and Corporate Governance». *Annual Review of Financial Economics*. 2010. Vol. 2.

ZELINSKY, E.A.: «The Defined Contribution Paradigm». *Yale Law Journal*. 2004. Vol. 114.

Páginas Web

- AFL-CIO. <http://www.aflcio.org/Corporate-Watch/Capital-Stewardship/Proxy-Voting>.
- CALPERS (California Public Employees Retirement System) <http://www.calpers.ca.gov/>.
- CALSTRS (California Teachers Retirement System) <http://www.calstrs.com/people-calstrs>
- CORNELL UNIVERSITY. <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/29/186>
- DEPARTMENT OF LABOR. Employees Benefits Security Administration. <http://www.dol.gov/ebsa/pdf/1975-2006historicaltables.pdf>.
- FORBES MAGAZINE. <http://www.forbes.com/sites/nathanvardi/2013/12/04/carlicahn-is-wall-streets-person-of-the-year-and-going-after-apple/>.
- GIBSON DUNN <http://www.gibsondunn.com/publications/pages/Shareholder-Proposal-Developments-2013-Proxy-Season.aspx>.
- HARVARD LAW SCHOOL FORUM ON CORPORATE GOVERNANCE AND FINANCIAL REGULATION <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2013/03/21/2013-proxy-season-preview-key-shareholder-proposals/>.
- INSTITUTIONAL SHAREHOLDER SERVICES, en <http://www.issgovernance.com/>
- JACOBY, S.: «Finance and Labor: Perspectives on Risk, Inequality and Democracy». Ver en <http://www.irl.berkeley.edu/events/fall07/symposium/jacoby.pdf>. Conferencia presentada en Simposium celebrado la Universidad de UCLA, Campus de Berkeley, en otoño de 2007.
- NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD <http://www.nlr.gov/resources/national-labor-relations-act>
- NEW YORK UNIVERSITY. AGRAWAL, A.K.: «Corporate Governance Objectives of Labor Union Shareholders: Evidence from proxy Voting». <http://archive.nyu.edu/bitstream/2451/27848/2/wpa08006.pdf>.
- SECURITIES EXCHANGE COMMISSION. <http://www.conference-board.org/publications/publicationdetail.cfm?publicationid=1872>.
- SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK. PREVOST, A.K.; RAO, R.P. y WILLIAMS, M.A.: «Shareholder Activist: Champions or Detractors», en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1119328
- VAN DER ZWAN, N.: «The Making of Shared Capitalism: Business, Labor and Corporate Accountability in the Late Twenty Century». Paper presentado en el Workshop for the Study of Employee Ownership, Profit-sharing and Broad-Based Stock Options; Rutgers University, New Brunswick, New Jersey, 24 y 25 de febrero de 2011. Ver en el enlace <http://smlr.rutgers.edu/2011-making-of-shared-capitalism-business-labor-and-corporate-accountability-natascha-van-der-zwan>.
- VANGUARD FUNDS. <https://investor.vanguard.com/corporate-portal>

Do uso fraudulento das cooperativas de trabalho no Brasil

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson*

Professor do Instituto Federal do Rio Grande do Norte-IFRN (Brasil)

Recibido: 10-1-2014

Aceptado: 17-9-2014

Sumario: 1. Das considerações iniciais. 2. A cooperativa de trabalho (fraudulenta) como instrumento para alijamento dos direitos sociais do empregado. 2.1. Da cooperativa de trabalho. 2.2. Dos elementos configuradores da licitude da cooperativa de trabalho. 2.3. Requisito formal trazido pela Lei n.º 12.690/12 para licitude da cooperativa de trabalho de prestação de serviço. 2.4. Composição de um arcabouço de prerrogativas sociais em favor do sócio/cooperativo. 3. Considerações finais. Referências.

Resumo: O arcabouço normativo protetivo que reveste o trabalhador, o qual possui a finalidade de humanizar e dar um conteúdo ético social ao lucro proveniente da atividade capitalista, é constantemente atacado pelo empresário que busca, de toda forma, reduzir os custos com os direitos básicos/fundamentais do trabalho, fruto de um processo histórico de constitucionalização. Um dos subterfúgios utilizados tem sido a constituição fraudulenta de cooperativas de trabalho, com o fim de desnaturar um verdadeiro vínculo empregatício, onde o empregador simularia essa relação por meio de um contrato de prestação de serviço com a cooperativa de trabalho, sendo esta uma intermediária de mão-de-obra, indo contra todos os postulados axiológicos do cooperativismo. A pesquisa em tela faz uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, tendo por fundo analisar os novos enunciados normativos da Lei n.º 12.690 de 2012, que veio criar o marco regulatório das cooperativas de trabalho com fito de proporcionar uma clareza na relação jurídica entre o contratante e o contratado de forma a distinguir a relação empregatícia e a relação de prestação de serviço feito por uma cooperativa, de sorte a desestimular a prática odiosa do desvirtuamento do cooperativismo.

Palavras-chave: Cooperativas de trabalho. Fraude. Relação de emprego. Efetivação dos direitos sociais.

* Especialista em Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Ex-professor do curso de direito e de diversos cursos tecnológicos e da pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Professor de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte-IFRN.

Resumen: El marco normativo que cubre el trabajador de protección, el cual tiene el propósito de humanizar y el contenido ético de los beneficios sociales de la actividad capitalista, es constantemente atacada por el negocio que busca, por todos los medios, reducir los costos de los derechos básicos fundamentales / trabajo, el resultado de un proceso histórico de constitucionalización. Uno de los subterfugios utilizados ha sido la creación de cooperativas de trabajo fraudulentas, con el fin de desnaturalizar una verdadera relación laboral cuando el empleador simular esta relación a través de un contrato de servicio con la cooperativa, que es un intermediario mano de obra, en contra de todos los supuestos axiológicos de cooperación. Investigación en la pantalla hace uso de una metodología para el análisis cualitativo, utilizando los métodos de enfoque hipotético-deductivo, descriptivo y analítico, con el fondo de analizar las nuevas disposiciones normativas de la Ley N.º 12.690 de 2012, que creó el marco normativo trabajo cooperativo con el objetivo de proporcionar claridad sobre la relación jurídica entre el contratista y el contratista con el fin de distinguir la relación de trabajo y la relación de servicio realizada por una cooperativa, con el fin de desalentar la odiosa práctica de la coloración de la cooperativa.

Palabras clave: Cooperativas de trabajo. Fraude. Relación laboral. El cumplimiento de los derechos sociales.

Abstract: The normative framework that covers the protective worker, which has the purpose of humanizing and ethical content to the social profit from the capitalist activity is constantly attacked by entrepreneurs seeking in every way to reduce costs with the basic rights/fundamental labor, the result of a historical process of constitutionalization. One of the subterfuges used has been the creation fraudulent labor cooperatives, in order to denature a true employment relationship where the employer simulate this relationship through a contract of service with the cooperative, which is a intermediate hand labor, against all tenets of cooperative axiological. Research on screen makes use of a methodology for qualitative analysis, using the methods of approach hypothetical-deductive, descriptive and analytical, with the background to analyze the new normative provisions of Law n.º 12,690 of 2012, which created the milestone regulatory cooperative work with aim to provide clarity on the legal relationship between the contractor and the contractor in order to distinguish the employment relationship and the relationship of service made by a cooperative, so as to discourage the abhorrent practice of coloring the cooperative.

Keyword: Work cooperatives. Fraud. Employment relationship. Fulfillment of social rights.

1. Das considerações iniciais

O parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho possuía o seguinte enunciado normativo: «Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela».¹

A partir do conteúdo redacional extraído do artigo supra, constatarem-se condutas sinuosas de empresários, com o fim de burlar a envelopadura normativa protecionista dada ao trabalhador empregado, de contratar parte significativa da mão-de-obra, necessária ao empreendimento empresarial, via cooperativa de trabalho (cooperativas de mão de obra²).³

Sobre o art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, assim se manifesta Delgado:

O objetivo da lei foi retirar do rol empregatício relações próprias às cooperativas — desde que não comprovada a roupagem ou utilização meramente simulatória de tal figura jurídica.

Ou seja: a lei favoreceu o cooperativismo, ofertando-lhe a presunção de ausência de vínculo empregatício; mas não lhe conferiu um instrumental para obrar fraudes trabalhistas. Por isso, comprovado que o envoltório cooperativista não atende às finalidades e princípios inerentes ao cooperativismo (princípio da dupla qualidade e princípio da retribuição pessoal diferenciada, por exemplo), fixando, ao revés, vínculo caracterizado por todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, esta deverá ser reconhecida, afastando-se a simulação perpetrada.⁴

Não eram situações raras, principalmente nos rincões do Brasil, fruto da sua dimensão continental, de que empresários fomentassem a

¹ Redação semelhante a do art. 90 da lei n.º 5.764/71. Art. 90. Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados.

² Cf. Godinho Delgado, Mauricio. Curso do Direito do Trabalho. 10.º ed. São Paulo: LTr, 201, p. 327.

³ «As relações de trabalho do cooperado também não se encontram abrangidas pelo Direito do Trabalho, salvo se desvirtuadas de seus objetivos, **o que ocorre com frequência**, reclamando, inclusive, a eficiente atuação do Ministério Público do Trabalho, na propositura de ação civil pública na Justiça do Trabalho, em defesa dos interesses individuais homogêneos» (grifos nossos). (Monteiro de Barros, Alice. Curso do Direito do Trabalho. 7.º ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 182).

⁴ Godinho Delgado, Mauricio. Curso do Direito do Trabalho. 10.º ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 327.

criação de cooperativas de trabalho, impondo aos trabalhadores, como condição de contratação, que se associassem à cooperativa.

Coteje que a constituição dessas cooperativas de trabalho tinha por real finalidade mascarar uma efetiva relação de emprego, de tal sorte a enquadrar aquele trabalhador como um «autônomo», o que vinha por reduzir significativamente o custo social com o trabalhador, pois como o mesmo seria «empregado», não faria jus a 13.º salário, piso salarial, hora extra, adicional noturno, férias, abono de férias, fundo de garantia de tempo de serviço, dentre outros.⁵

Não só havia uma redução drástica com o custo das obrigações trabalhistas, como, também, tributário.

Isso ocorre pelo fato de que uma das contribuições sociais do empregador para a seguridade social seria a contribuição patronal, a qual possui uma alíquota de 20% incidente sobre a folha de salários (base de cálculo).⁶ Ao contratar uma cooperativa, não se pode falar de salário, sendo a contraprestação financeira paga à cooperativa não incidente na base de cálculo da contribuição patronal.

Como o empresário está por contratar os serviços de uma cooperativa de trabalho, a Lei n.º 8.212/91, que trata do custeio da seguridade

⁵ «No intuito de se tomarem mais competitivas, como exigência do mercado, as empresas procuram reduzir os custos da produção por diversos meios, dentre os quais o rebaixamento dos salários, a extinção de vantagens obtidas pelos trabalhadores e de postos de trabalho, sem perspectiva de recuperação. Daí, o desemprego estrutural, que resulta em miséria, com reflexos no bem-estar e na segurança da sociedade de risco cara ao Estado Democrático de Direito.

Diante disso, surgem empreendimentos que assumem a feição de concorrentes do sistema capitalista tradicional. Trata-se das denominadas empresas de economia social ou solidária, que se situam entre as instituições públicas e o mercado e compõem o denominado «Terceiro Setor». Fundam-se na autogestão, na solidariedade e na democratização das relações de trabalho, ao mesmo tempo em que produzem resultados econômicos significativos. Esse perfil é também o das cooperativas, consideradas empresas de economia social, pois geram emprego e renda, enquanto produzem efeitos econômicos estruturantes». (Soares Filho, José. *Sociedade Pós Industrial. Os impactos da globalização na Sociedade, no Trabalho, na Economia e no Estado*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 19).

⁶ Lei n.º 8.212 de 1991. «Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa».

social, determina uma alíquota de 15% no valor da prestação de serviços executada pela cooperativa de trabalho.⁷

A redução do custo fiscal é palmar, fruto de uma alíquota 5% menor, além do custo da prestação do serviço (base de cálculo) ser inferior aos encargos trabalhistas.

Em virtude dessa conjuntura fática, alhures descrito, ensejou a publicação da Lei n.º 12.690, de 19 de julho de 2012, a qual vem dispor sobre a organização das cooperativas de trabalho; instituir o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho-PRONACCOOP e revogar o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho.

É cristalino que o escopo dessa lei foi criar um marco regulatório de forma a especificar os requisitos da licitude que configuraria o serviço prestado por uma cooperativa de trabalho, vindo a coibir o uso das mesmas como subterfúgio fraudulento aos direitos sociais dos trabalhadores.

Fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa e utilizando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, buscar-se-á fazer uma apreciação das novidades normativas trazidas pela Lei n.º 12.690/12.

2. A cooperativa de trabalho (fraudulenta) como instrumento para alijamento dos direitos sociais do empregado

2.1. Da cooperativa de trabalho

Sobre o pálio do Código Civil de 2002, pode-se conceituar as cooperativas como uma pessoa jurídica de direito privado, sendo uma espécie de sociedade simples por determinação legal expressa.⁸ Esse seria um simplório conceito jurídico.

⁷ Lei n.º 8.212 de 1991. Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: ... IV - quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho.

⁸ Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

Segundo a recomendação n.º 193 de 2002 da Organização Internacional do Trabalho, cooperativa seria:

Para os efeitos desta Recomendação, o termo «cooperativa» significa associação autônoma de pessoas que se unem voluntariamente para atender a suas necessidades e aspirações comuns, econômicas, sociais e culturais, por meio de empreendimento de propriedade comum e de gestão democrática.

No que tange as cooperativas de trabalho, a Lei n.º 12.690/12 trouxe uma definição legal:

Art. 2.º Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

Nessa definição, se extrai, prontamente, que a finalidade da cooperativa é agregar ao trabalhador/sócio uma melhor condição para o exercício de suas atividades, seja no plano econômico, seja no plano das condições fáticas de exercício dessa atividade, o qual, numa relação subordinada de emprego, o mesmo não galgaria. Ou seja, a cooperativa reuniria condições onde o trabalhador granjearia um «plus» não ofertado quando do vínculo de emprego.

O novo dispositivo legislativo explicitou as espécies de cooperativas de trabalho:

Art. 4.º A Cooperativa de Trabalho pode ser:

I - de produção, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção; e

II - de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.

A cooperativa de trabalho de produção seria a cooperativa clássica, onde os trabalhadores, reunidos, detêm os meios de produção e, juntos, potencializam seus esforços, de sorte a imperar um sistema de mutualismo entre os mesmos.

Já a cooperativa de trabalho de serviço teria a agremiação de trabalhadores, de uma determinada área ou de áreas afins, com o intento de prestar serviços de forma terceirizada.

No art. 1094 do Código Civil, tem-se os predicados da cooperativa:

Art. 1.094. São características da sociedade cooperativa:

- I - variabilidade, ou dispensa do capital social;
- II - concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo;
- III - limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar;
- IV - intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança;
- V - quórum, para a assembleia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado;
- VI - direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação;
- VII - distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado;
- VIII - indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade.

Destarte, no art. 3.º da Lei n.º 12.680/12, são erigidos a tábua axiológica de uma cooperativa de trabalho, a qual se pode aplicar para toda modalidade de cooperativa:

Art. 3.º A Cooperativa de Trabalho rege-se pelos seguintes princípios e valores:

- I - adesão voluntária e livre;
- II - gestão democrática;
- III - participação econômica dos membros;
- IV - autonomia e independência;
- V - educação, formação e informação;
- VI - intercooperação;
- VII - interesse pela comunidade;
- VIII - preservação dos direitos sociais, do valor social do trabalho e da livre iniciativa;
- IX - não precarização do trabalho;
- X - respeito às decisões de assembleia, observado o disposto nesta Lei;
- XI - participação na gestão em todos os níveis de decisão de acordo com o previsto em lei e no Estatuto Social.

Os enunciados do Código Civil e da Lei das cooperativas de trabalho dialogam num mesmo sentir, ou seja, tem-se a criação de uma

pessoa jurídica de direito privado (sociedade simples), onde esta seria um instrumento provedor de interesses sociais frente ao regime capitalista numa era de globalização, na qual o capital se movimenta em frações de segundos para o mercado de maior lucratividade (capital gerando capital).⁹

Como sociedade, tem-se a reunião de pessoas, as quais aderem de forma voluntária, adquirindo uma quota social, esta intransferível (sociedade de pessoas e não de capital), constituindo sua gestão fruto de uma participação coletiva, onde o voto é por pessoa e não por quantidade de quotas («uma pessoa um voto»), sendo o resultado das operações econômicas distribuído proporcionalmente em função do nível de trabalho ou operação perpetrada pelo sócio.

Portanto, teleologicamente, a cooperativa busca efetivar um conjunto de garantias sociais em prol da dignificação do trabalhador, nos termos dos direitos fundamentais de 2.º dimensão, esculpidos na Constituição Federal de 1988. Ter-se-ia uma forma de economia solidária¹⁰ fruto de um processo de mitigação dos efeitos deletérios de uma economia de mercado sem regulação.¹¹

⁹ «Na economia de mercado, em que assenta a sociedade do trabalho, as empresas, submetidas a um regime de concorrência intensa, buscam, obstinadamente, o melhor resultado possível de suas atividades. Atingir esse objetivo implica a redução dos custos da produção, que se reflete nos direitos sociais, especialmente os trabalhistas, com a precarização do contrato de trabalho, efetivada por meio de flexibilização e desregulamentação das relações laborais». (Soares Filho, José. Sociedade Pós Industrial. Os impactos da globalização na Sociedade, no Trabalho, na Economia e no Estado. Curitiba: Juruá, 2007, p. 125).

¹⁰ «Exemplo típico de empresas de economia social ou solidária são as cooperativas de produção, que, como tais, geram empregos e renda, enquanto produzem efeitos econômicos estruturantes porquanto se tomam empreendimentos sustentáveis. Combinam lógicas sociocoletivas e eficiência empresarial; por conseguinte, operam em relações de mercado e em formas de interação e solidariedade social...». (Soares Filho, José. Sociedade Pós Industrial. Os impactos da globalização na Sociedade, no Trabalho, na Economia e no Estado. Curitiba: Juruá, 2007, p. 127).

¹¹ «A economia solidária representa um meio de produção e distribuição de bens e serviços alternativo ao capitalismo, criado por pessoa: que se encontram marginalizadas, ou excluídas, do mercado formal de trabalho. Compatibiliza o princípio da unidade entre posse e uso dos meios de produção e distribuição com o princípio da socialização dos meios». (Soares Filho, José. Sociedade Pós Industrial. Os impactos da globalização na Sociedade, no Trabalho, na Economia e no Estado. Curitiba: Juruá, 2007, 2007, p. 125).

2.2. *Dos elementos configuradores da licitude da cooperativa de trabalho*

Em virtude do uso das cooperativas de trabalho de prestação de serviços pelos empresários de formar a dissimular uma efetiva relação empregatícia, a Lei n.º 12.690, de 2012, traz expresso o que já era sabedor: é ilícito utilizar a cooperativa como intermediária de mão de obra.¹²

Para configurar a licitude da cooperativa, é imprescindível aferir certos elementos, o que lhe dá contornos genuinamente de uma cooperativa.

Primeiramente deve estar presente a dupla qualidade ou condição, por este elemento o trabalhador seria sócio e cliente da cooperativa.¹³ Ou seja, a cooperativa tem por fulcro promover serviços ao sócio/cooperado, pois é criada em função dele.¹⁴

O princípio da dupla qualidade informa que a pessoa filiada tem de ser, ao mesmo tempo, em sua cooperativa, cooperado e cliente, auferindo as vantagens dessa duplicidade de situações.

Isso significa que, para tal princípio, é necessário haver efetiva prestação de serviços pela Cooperativa diretamente ao associado - e não somente a terceiros. Essa prestação direta de serviços aos associados/cooperados é, aliás, conduta que resulta imperativamente da própria Lei de Cooperativas (art. 6.º, I, Lei n. 5.764/70).¹⁵

¹² Lei n.º 12.690/12. Art. 5.º A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada.

¹³ «... Cumpre lembrar que o verdadeiro cooperado apresenta uma dupla condição em relação à cooperativa, pois, além de prestar serviços, deverá ser beneficiário dos serviços prestados pela entidade». (Monteiro de Barros, Alice. Curso do Direito do Trabalho. 7.º ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 183)

¹⁴ Lei n.º 5.764/71. Art. 4.º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

Art. 7.º As cooperativas singulares se caracterizam pela prestação direta de serviços aos associados.

«Objetiva, desse modo, o *princípio da dupla qualidade* que as cooperativas **destaqueem-se por uma peculiaridade em face de outras associações: o próprio associado é um dos beneficiários centrais dos serviços por ela prestados**» (*grifos nosso*). (Godinho Delgado, Mauricio. Curso do Direito do Trabalho. 10.º ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 328). Cf. Bomfim Cassar, Vólia. Direito do Trabalho. 5.º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 331.

¹⁵ Godinho Delgado, Mauricio. Curso do Direito do Trabalho. 10.º ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 328.

Constatando, no caso concreto, que as operações dessa cooperativa resumem-se, tão somente, a prestar serviços a terceiros, olvidando qualquer atividade em prol do sócio/cooperado, ter-se-ia uma típica situação de intermediação de mão de obra, via cooperativa.

Como a natureza da cooperativa é a de uma sociedade simples, são imprescindíveis, para a concepção de qualquer sociedade, os requisitos da pluralidade de sócios e do *affectio societatis*.¹⁶

Esse *affectio societatis* seria a manifestação de vontade, a intenção, o querer se reunir em sociedade.¹⁷ Quando certas empresas obrigam o trabalhador a se associar à cooperativa como requisito da sua contratação, por óbvio que a validade da construção dessa cooperativa está maculada¹⁸ bem como estão maculadas as relações dela decorrentes.¹⁹

Como citado outrora, a cooperativa tem em sua essência uma administração promovida por uma gestão democrática, que congrega a participação dos sócios/cooperados nas tomadas de decisões.²⁰

¹⁶ Cf. Requião, Rubens. Curso de direito comercial. 30.º ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V. I, p. 461.

¹⁷ «É uma antiga expressão latina, usada por Ulpiano, para distinguir a intenção de se associar em sociedade. Os autores têm procurado desvendar o verdadeiro sentido da expressão, tendo Thaller divisado nela «um elo de colaboração ativa entre os sócios»...

.... o Prof. Lagarde prefere dizer que a *affectio societatis* é caracterizada por uma vontade de união e aceitação das áleas comuns.

Esse elemento característico do contrato societário é altamente útil na prática da vida comercial, para distinguir a sociedade de outros tipos de contrato, que *tendem* a se confundir, aparentemente, com a *sociedade* de fato ou presumida. O conceito é subjetivo, o elemento é intencional, e se deve perquirir dos reflexos aparentes e exteriores, se a intenção do agente foi de unir seus esforços para obter resultados comuns, que isoladamente não seriam tão plenamente conseguidos. ...» (Requião, Rubens. Curso de Direito Comercial. 30.º ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V. I, p. 468-469).

¹⁸ «... O cooperado é um trabalhador autônomo e, por conta disso, não pode ter a sua atividade dirigida por outra pessoa, seja o diretor da cooperativa, seja o responsável da empresa tomadora dos serviços oferecidos por essa entidade». (Cairo Jr., José.

Curso do Direito do Trabalho. 6.º ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 151-152).

¹⁹ «A voluntariedade impõe que ninguém possa ser obrigado a aderir a uma cooperativa, ou seja, que só seja legítima a adesão a uma cooperativa se for voluntária. Mas a voluntariedade não se esgota no momento da adesão. Pelo contrário, tem que estar presente durante todo o tempo em que haja uma relação de pertença de cada cooperador (cuja vontade se tem que permanentemente respeitar) à cooperativa.

Este aspecto do princípio tem especial importância, por exemplo, como garantia de que um regime autoritário não possa, legitimamente, forçar as pessoas a serem membros de uma cooperativa». (Namorado, Rui. Cooperatividade e Direito Cooperativo: estudos e pareceres. Coimbra: Almedina, 2005, p. 20).

²⁰ Este funcionamento democrático implica a sua participação activa na vida da cooperativa. Uma participação que compreende expressamente o envolvimento dos cooperadores na formulação das políticas da cooperativa, bem como na tomada de deci-

De tal sorte, constatando *in loco* que na cooperativa de trabalho não há registro de atas das assembleias, ou que há apenas ata da assembleia de constituição da cooperativa, ou que as mesmas são raríssimas em face do tempo de existência da cooperativa,²¹ tem-se uma instituição fraudulenta que está intermediando mão de obra.

Atente que, sem assembleias periódicas, não há uma gestão participativa na cooperativa, sendo as tomadas de decisões sobre o trilhar dessa sociedade tomada por um verdadeiro «chefe/patrão», o que perverte o conceito e a missão de cooperativa.

Gize-se que os trabalhadores se reúnem em cooperativa com o propósito de melhorar sua condição de trabalho, vindo a potencializar seus ganhos econômicos, tendo uma retribuição pessoal diferenciada.

De fato, o que justifica a existência da cooperativa - e as vantagens que essa figura recebe da ordem jurídica - é a circunstância de que ela potencia as atividades humanas e das organizações cooperadas. As cooperativas são protegidas pelo Direito porque potenciam o trabalho humano.

Efetivamente, a cooperativa permite que o cooperado obtenha uma retribuição pessoal, em virtude de sua atividade autônoma, superior àquilo que obteria caso não estivesse associado. A retribuição pessoal de cada cooperado é, necessariamente (ainda que em potencial), superior àquela alcançada caso atuando isoladamente.²²

sões. Assim se dá um sentido participativo à democracia cooperativa. (Namorado, Rui. Cooperatividade e Direito Cooperativo: estudos e pareceres. Coimbra: Almedina, 2005, p. 23).

²¹ Exemplo: a cooperativa existe há 5 anos e só consta? a realização de três assembleias.

²² Godinho Delgado, Mauricio. Curso do Direito do Trabalho. 10.º ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 329. «Observe-se, ilustrativamente, como atua o *princípio da retribuição pessoal diferenciada* na prática do mercado econômico. Tome-se o caso de uma cooperativa de condutores autônomos de táxi. A ação da cooperativa tende a conferir ao cooperado, que já atua como profissional autônomo, um amplo e diferenciado complexo de vantagens de natureza diversa: ela amplia o mercado do cooperado, fazendo convênios com empresas, instituindo sistema de teletáxi, etc.; ela captura no sistema institucional linhas de financiamento favorecido para seus associados; ela subsidia o combustível e peças de reposição para os taxistas filiados; ela subscreve convênios diversos para os taxistas e seus dependentes, etc. O mesmo pode ocorrer com cooperativas de serviços de médicos autônomos: o cooperado médico, que já labora como profissional autônomo, auferir, em função do cooperativismo, clientela específica, certa e larga - clientela inimaginável caso ele estivesse atuando sozinho, isolado em seu consultório; além disso, a cooperativa presta-lhe diversos outros serviços, ampliando seu potencial». (Godinho Delgado, Mauricio. Curso do Direito do Trabalho. 10.º ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 329).

Quando de um processo fiscalizatório, vindo um auditor fiscal do trabalho²³ averiguar que o sócio/cooperado realiza um serviço no qual o mesmo não auferir uma vantagem, um «plus», pelo contrário, está numa situação social inferior daquele que exerce o trabalho autônomo ou como um efetivo empregado, infere pelo desvio de finalidade dessa cooperativa.

Afinal, vislumbra-se a constituição de uma cooperativa como fraudulenta quando da inexistência de capital próprio da cooperativa, ou seja, se a cooperativa não é detentora dos meios de produção, mas sim, terceiros, que tomam o serviço da cooperativa, esta não passa de uma intermediadora.

Do mesmo modo, tem-se essa ilicitude quando da divisão não isonômica dos resultados, sejam eles positivos ou negativos. Principalmente, no caso do não repasse dos prejuízos aos sócios/cooperados, afere que os mesmos não são os responsáveis pelos riscos da atividade, sendo esta suportada por terceiro, vindo isso a configurar uma subordinação, sobrepujando qualquer ideário cooperativista.

Noutro falar, configurado fraude a constituição das cooperativas, ter-se-á a formação do vínculo de emprego entre a empresa tomadora do serviço e o pseudo-sócio/cooperado. Assim são os termos da súmula 331, I do Tribunal Superior do Trabalho:

Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação)

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n.º 6.019, de 03.01.1974).

Diversas são as decisões do Tribunal Superior do Trabalho onde se reconheceu o uso de cooperativas de trabalho como forma de intermediação de mão de obra:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. 1. CONTRATAÇÃO DE TRABALHADOR POR EMPRESA INTERPOSTA - COOPERATIVA - FRAUDE - RECONHECIMENTO DE RELA-

²³ Art. 1.º da Portaria N.º 925, de 28 de Setembro de 1995. Art. 1.º O Agente da Inspeção do Trabalho, quando da fiscalização na empresa tomadora de serviços de sociedade cooperativa, no meio urbano ou rural, procederá ao levantamento físico, objetivando detectar a existência dos requisitos da relação de emprego entre a empresa tomadora e os cooperados, nos termos do art. 3.º da CLT.

ÇÃO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. Decisão regional que acolhe a compreensão da Súmula 331, I, desta Corte, não desafia recurso de revista nos termos da Súmula 333/Tribunal Superior do Trabalho e do art. 896, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho ...

...

Diante das evidências patentes que o caso versa sobre terceirização ilícita, vez que a atividade-fim, e não a atividade-meio da demandada era exercida por terceiros. A fraude é pois manifesta considerando que a demandante foi contratada para exercer a função de coletora de dados, função essa que era remunerada, e exercida com pessoalidade e subordinação, se revelando assim inútil a tentativa da recorrente de comprovar o contrário, afastando-se da prova produzida, preferindo apontar, sem qualquer razão violação a um sem número de artigos legais e constitucionais impertinentes, que não guardam relação com o que se discute, ficando desde já refutada a aplicabilidade daquele, bem como da Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho, porque a hipótese não versa sobre atividade-meio, como enganosamente quer fazer crer a recorrente, como já ressaltado.

...

A recorrente se utiliza de mão de obra terceirizada para prestar serviços ligados à sua atividade-fim, contratando falsas cooperativas, com o só fim de burlar a lei. Tal procedimento, entretanto, não passa pelo crivo do artigo 9.º consolidado.

A pretensão de dar à relação de emprego roupagem diversa, por meio de documentos nos quais a reclamante figure como cooperada, cede diante de um dos princípios mais caros ao Direito do Trabalho, qual seja o da primazia da realidade, que prioriza o que sucede no terreno dos fatos.

Assim, como se trata de atividade-fim do tomador de serviços, há que se considerar ilícita a terceirização, cabendo ressaltar que o ordenamento jurídico pátrio só a admite na hipótese de trabalho temporário para cobrir acréscimo extraordinário de serviço ou substituição de pessoal permanente, o que não é a hipótese dos autos tendo em vista a não observância da formalidade exigida pela Lei n.º 6.019/74, bem como com relação àqueles trabalhadores regidos pela Lei n.º 7.102/83, concernente ao serviço de vigilância, situações diversas do que aqui se discute.²⁴ (Grifos nossos)

²⁴ Tribunal Superior do Trabalho. TERCEIRA TURMA, AIRR - 46440-06.2008.5.01.0007, rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, 20/04/2010.

Em outro julgado, recente:

VÍNCULO DE EMPREGO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. HIPÓTESE DE CONTRATAÇÃO MEDIANTE COOPERATIVA. FRAUDE. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. SUBORDINAÇÃO DIRETA À TOMADORA DOS SERVIÇOS.

1. Constatando-se que a reclamante foi contratada mediante cooperativa considerada fraudulenta, não há falar em terceirização lícita nos moldes da Lei Geral das Telecomunicações - Lei n.º 9.472 /97. 2. Consoante disposto na Súmula n.º 331, itens I e III, desta Corte superior, a terceirização ilícita de serviços, caracterizada pela contratação de serviços ligados à atividade-fim mediante empresa interposta ou pela contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio, mas prestados com pessoalidade e subordinação direta ao contratante, acarreta o reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços. 3. Uma vez consignado expressamente no acórdão prolatado pelo Tribunal Regional que a reclamante prestava serviços de forma exclusiva, relacionada à atividade fim da TELEMAR —tomadora dos serviços—, resulta evidenciada a ilicitude da terceirização havida, visto que configurado o intuito de fraudar a legislação trabalhista mediante a contratação da obreira por intermediação de cooperativa simulada. Em tais circunstâncias, o vínculo de emprego forma-se diretamente com a tomadora dos serviços, nos termos do verbete sumular transcrito.²⁵

2.3. *Requisito formal trazido pela Lei n.º 12.690/12 para licitude da cooperativa de trabalho de prestação de serviço*

Perfilhado o contexto problemático do desvio de finalidade na constituição de cooperativas de trabalho, especificamente da prestadora de serviço, bem como dos elementos materiais que imbricam o desenvolvimento legítimo dessa cooperativa, é aventado um tecido normativo infraconstitucional, por meio da Lei n.º 12.690/12, que subscreve um instrumento formal desvelador da licitude ou ilicitude das atividades da cooperativa.

²⁵ Tribunal Superior do Trabalho. PRIMEIRA TURMA, AIRR - 77240-52.2003.5.06.0007, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, 01/08/2012.

Assim prescreve o §6.º do art. 7.º da lei explicitada:

§ 6.º As atividades identificadas com o objeto social da Cooperativa de Trabalho prevista no inciso II do caput do art. 4.º desta Lei, quando prestadas fora do estabelecimento da cooperativa, deverão ser submetidas a uma coordenação com mandato nunca superior a 1 (um) ano ou ao prazo estipulado para a realização dessas atividades, eleita em reunião específica pelos sócios que se disponham a realizá-las, em que serão expostos os requisitos para sua consecução, os valores contratados e a retribuição pecuniária de cada sócio partícipe.

O instrumento normativo supra exige que, para a prestação de serviço feita pelos sócios/cooperados de uma cooperativa de serviço fora das dependências da cooperativa, é imprescindível a criação de uma coordenação, a qual terá duração de um ano ou tempo equivalente à prestação de serviço, tendo a mesma a função de determinar, com a participação dos sócios interessados em prestar os serviços, as condições para a execução do mesmo, o valor a ser contratado e a retribuição de cada cooperado.

Durante o exercício das fiscalizações, se o auditor do trabalho identificar, num trabalho realizado por sócios de uma cooperativa de serviço, sendo este executado no interior do estabelecimento empresarial, não sendo constatado a constituição dessa coordenação nos moldes acima descrito, haverá a presunção (relativa) da intermediação da mão-de-obra, enunciando uma verdadeira relação empregatícia, nos termos do §2.º do art. 17 da lei das cooperativas de trabalho:

§ 2.º Presumir-se-á intermediação de mão de obra subordinada a relação contratual estabelecida entre a empresa contratante e as Cooperativas de Trabalho que não cumprirem o disposto no § 6.º do art. 7.º desta Lei.

2.4. *Composição de um arcabouço de prerrogativas sociais em favor do sócio/cooperativo*

O sócio/cooperado, ao realizar um serviço, seria enquadrado como um trabalhador autônomo, não perfazendo, assim, jus ao largo espectro de direitos sociais cobertos numa relação empregatícia.

Em face disso, justificou a proliferação de cooperativas de trabalho de serviço, como fito de enquadrar um autêntico trabalhador empregado como autônomo para não arcar com os devidos custos sociais.

Não descuidando da realidade desses sócios/cooperados das cooperativas de serviço, a Lei n.º 12.690/12 introjeta no sistema um grupo de garantias sociais mínimas, anteriormente inexistentes, que se assemelham às dos trabalhadores em relação empregatícia, amparando esses sócios/cooperados.

Portando, assim se delinea o art. 7.º da citada lei:

Art. 7.º A Cooperativa de Trabalho deve garantir aos sócios os seguintes direitos, além de outros que a Assembleia Geral venha a instituir:

I - retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas;

II - duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários;

III - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

IV - repouso anual remunerado;

V - retirada para o trabalho noturno superior à do diurno;

VI - adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas;

VII - seguro de acidente de trabalho.

Segue um quadro comparativo entre as garantias sociais dos sócios/cooperados, segundo o art. 7.º da lei n.º 12.690/12, e as garantias previstas no art. 7.º da Constituição Federal de 1988, aplicada nas relações de emprego.

Afere-se que essa tábua de prerrogativas sociais esculpida em prol do sócio/cooperado, assemelhando ou igualando diversos direitos sociais aplicados numa relação de emprego, tem dois intentos específicos: a) dignificar e humanizar o trabalho realizado por esse sócio/cooperado; b) constituir um arcabouço normativo de caráter indutor, o qual desestimularia a tentativa de fraude nas relações de emprego, ocultada pela fachada de uma cooperativa de trabalho de serviço, tendo em vista que o custo social em relação ao sócio/cooperado seria semelhante ou se aproximaria do custo do trabalhador empregado.

SÓCIO/COOPERADO	RELAÇÃO EMPREGATÍCIA
Art. 7.º da Lei n.º 12.690	Art. 7.º da Constituição Federal de 1988
I - retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas;	V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
II - duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários;	XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
III - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;	XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
IV - repouso anual remunerado;	XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
V - retirada para o trabalho noturno superior à do diurno;	IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
VI - adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas;	XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
VII - seguro de acidente de trabalho.	XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

3. Considerações finais

A criação e a promoção dos direitos sociais vêm de um longo processo de revoluções, questionamentos, pleitos, com o intuito de gerar a igualdade e dignificar a pessoa através do seu trabalho, que lhe impulse a um processo de desenvolvimento e crescimento, em todos os aspectos.

Nessa plêiade houve o surgimento de economias solidárias, entre elas destaca-se a figura de cooperativas, as quais teriam a missão de equilibrar a busca de lucro da economia de mercado em relação ao desenvolvimento social dos trabalhadores.

Todavia, distorções são perpetradas no mundo dos fatos com o intento de «malferir» a pessoa do trabalhador de todo um contexto de direitos básicos num processo de mera mercandagem da mão de obra, chancelando a coisificação da «pessoa humana».

É nessa toada que cooperativas de trabalho de serviço são constituídas, muitas vezes, como entidades intermediadoras de mão de obra, com o desiderato de mascarar uma real relação de emprego (pessoal, subordinada, não eventual, mediante remuneração) para desacobertar o trabalhador de todo o arcabouço de direitos fundamentais previsto na Constituição, reduzindo o custo social do empresário que contrata o serviço da «cooperativa» e compondo uma situação de extrema prejudicialidade ao trabalhador, pois não está auferindo a ele os frutos e as potencialidades de uma legítima cooperativa e nem protegendo-o pelos baluartes jungidos na relação de emprego.

A Lei n.º 12.690/12, nessa conjuntura, tem por preceito teleológico inserir uma moldura normativa capaz de desestimular e coibir a utilização de cooperativas como intermediária de mão de obra, desenhando de forma palmar os elementos que constituem uma cooperativa lícita, além de inovar ao estruturar suportes mínimos aos sócios/cooperados das cooperativas de trabalho, semelhante («quase igual») aos direitos sociais dos trabalhadores em relação de emprego.

É ululante que essa estrutura mínima/básica de prerrogativas sociais vem por dignificar, humanizar, a figura do homem em suas relações de trabalho, quando realizada no seio de cooperativas de trabalho.²⁶

²⁶ «Dentre os fatores de equilíbrio de natureza objetiva nas relações de trabalho, tendo em vista o processo de flexibilização destas, menciona-se *«a concepção da economia social de mercado, que não só aprecia este último, mas também enfatiza a presença do ser humano e da comunidade como ponto de partida e destinatário da política econômica»*. Os fatores de natureza subjetiva resultam das atitudes e ocasiões que favorecem o diálogo, o respeito dos direitos humanos, do sistema democrático e pluralista, do direito de associação, de uma cultura do diálogo, da participação, da superação de oposições excludentes, do vislumbrar a possibilidade de reformas dentro de um quadro de estabilidade, do admitir o direito à informação, ao apoio técnico indispensável. Trata-se de promover ações conjuntas a fim de obter benefícios compartilhados em áreas de interesse comum». (Soares Filho, José. Sociedade Pós Industrial. Os impactos da globalização na Sociedade, no Trabalho, na Economia e no Estado. Curitiba: Juruá, 2007, p. 125).

Referências

- BOMFIM CASSAR, Vólia. *Direito do Trabalho*. 5.º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- CAIRO Jr., José. *Curso do Direito do Trabalho*. 6.º ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
- GODINHO DELGADO, Mauricio. *Curso do Direito do Trabalho*. 10.º ed. São Paulo: LTr, 2008.
- MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Curso do Direito do Trabalho*. 7.º ed. São Paulo: LTr, 2011.
- NAMORADO, Rui. *Cooperatividade e Direito Cooperativo: estudos e pareceres*. Coimbra: Almedina, 2005.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 30.º ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V. I.
- SOARES FILHO, José. *Sociedade Pós Industrial. Os impactos da globalização na Sociedade, no Trabalho, na Economia e no Estado*. Curitiba: Juruá, 2007.

Ley 6/2013, de Cooperativas de Cantabria: contenido y oportunidad para el desarrollo de la economía social*

Dr. Enrique Gadea
Universidad de Deusto

Recibido: 1-10-2014
Aceptado: 6-11-2014

Sumario: I. Introducción. II. Sobre los intereses convergentes y el modelo de sociedad cooperativa. III. Directrices más relevantes de la Ley de Cooperativas de Cantabria: 1. Constitución de la cooperativa. 2. Número de socios. 3. Régimen orgánico. 4. El capital social. 5. La regulación de la imputación de pérdidas. 6. El Fondo de Reserva Obligatorio (FRO). 7. Clases de cooperativas. 8. El Consejo Cántabro de la Economía. IV. Reflexión final.

Resumen: Con la LCCANT se pretende ofrecer una regulación respetuosa con el modelo de verdadera sociedad cooperativa y, al mismo tiempo, introducir los instrumentos necesarios, no sólo para que las cooperativas puedan superar una etapa de crisis sino para que la organización cooperativista pueda ocupar un papel relevante dentro de la actividad económica cántabra. Sin embargo, aprobar una legislación adecuada es sólo el primer paso; una vez aprobada la norma empieza el verdadero reto. Entonces, el Gobierno regional deberá dotarse de una estructura administrativa capaz de ofrecer servicios y soluciones al mundo cooperativo y apostar, de forma decidida, por la divulgación del ideario cooperativo y por la promoción de las sociedades cooperativas como fórmula ventajosa respecto a otras formas jurídicas, favorecedora del autoempleo.

Palabras clave: Directrices y Ley de Cooperativas de Cantabria.

Abstract: The LCCANT (Cantabria Law on Cooperatives) intends to provide regulation that respects the model of the true cooperative company while introducing the instruments that cooperatives need, not only to overcome a period of crisis, but to play a relevant role in Cantabria's economy. However, passing adequate legislation is only the first step. The true challenge begins afterwards. The regional government should equip itself with an administrative

* Texto basado en la ponencia presentada en el XV Congreso de Investigadores en Economía Social de CIRIEC-España, celebrado en Santander en septiembre de 2014.

structure that can offer cooperatives services and solutions and actively engage in disseminating their ideals. Furthermore, it should promote cooperative companies as an advantageous arrangement in comparison to other types of business organisation.

Key words: Guidelines and the Cantabria Law on Cooperatives.

I. Introducción

Superados los prejuicios y las resistencias de aquellos que defienden un concepto de empresa anclado en una visión narcisista donde la única meta es la maximización del lucro, se presenta como alternativa la sociedad cooperativa que, con una adecuada política de fomento, puede constituir un instrumento importante para mejorar el empleo y el nivel de bienestar de los ciudadanos.

En España, las cooperativas emplean a más de 270.000 personas y su actividad, sumada a la de las demás entidades que conforman la economía social, supone más del 10% del PIB. La tasa de paro en las cooperativas está seis puntos por debajo del nivel general. El empleo en las cooperativas es más estable gracias a la flexibilidad laboral y a la moderación salarial, y por ello, en este ámbito, se han producido menos despidos durante la crisis. Los empresarios de la economía social mantienen una tasa de empleo fijo de un 80%, lo que convierte a las empresas de este sector en un modelo empresarial único que se preocupa tanto de las condiciones laborales de la empresa como de las del trabajador.

Siendo ello así y en el contexto actual de necesidad de búsqueda de autoempleo a través de este cauce, el Gobierno de Cantabria, en consonancia, además, con la demanda de las distintas Asociaciones del sector, debía apostar de forma decidida por el modelo cooperativo aprobando una norma propia. Para ello, en septiembre de 2012, la Dirección General de Trabajo del Gobierno de Cantabria, dependiente de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, decide crear una Comisión de Trabajo para preparar un Borrador de Anteproyecto de Ley de Cooperativas de Cantabria.

II. Sobre los intereses convergentes y el modelo de sociedad cooperativa

A la hora de elaborar el Borrador, los miembros de la Comisión rectora del texto se encuentran con la necesidad de conciliar dos intereses principales, que no tienen por qué ser necesariamente divergentes. Por una parte, el del sector cooperativo, que, como es lógico, quiere ver satisfechas sus necesidades y reflejadas sus visiones en su texto legal propio. Y, por otra, el interés público, que requiere velar por la construcción de una institución rigurosa en sus planteamientos sociales y, a la vez, tecnicada, permeable a la especialización y sensible al mercado.

La Comisión desarrolla su trabajo sobre la base de que el elemento definitorio de la cooperativa es que constituye una iniciativa empresarial por parte de un grupo de personas que, al margen de la participación capitalista de cada socio, tiene por finalidad la satisfacción de sus necesidades mediante la recuperación de la forma de empresa personalista y de funcionamiento interno democrático. Ese es el hecho diferencial sobre el que debe basarse el adecuado tratamiento (incluso en el plano fiscal) de la sociedad cooperativa. La especial estructura participativa de las cooperativas se vértebra en torno a tres pilares:

1. El *papel del socio*. En la cooperativa, los socios participan no sólo aportando las sumas de capital necesarias sino operando como clientes, en las cooperativas de consumo, y como trabajadores, en las cooperativas de producción.
2. La *gestión democrática* por parte de sus miembros, basada en la asociación igualitaria, que, en la práctica, se concreta, al menos en las cooperativas de primer grado, en la regla general de que los socios tengan iguales derechos de voto (un socio, un voto).
3. El sistema de *distribución de beneficios* al margen de la contribución en el capital, en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada socio en la entidad.

Desde el punto de vista de una adecuada técnica legislativa, como es sabido, coincidimos con nuestra doctrina mayoritaria (ARROYO, BORJABAD, DIVAR, VICENT CHULIÁ, PANIAGUA, etc.) en que la fragmentación de nuestra Legislación cooperativa es perjudicial para una sociedad que tiene que competir con instituciones capitalistas que tienen una regulación uniforme y difícilmente explicable ante el mandato de fomentar las sociedades cooperativas que impone el artículo 129.2 de la CE. E, igualmente, en que la existencia de tantas leyes de cooperativas en España va en contra de la propia lógica jurídica. Es comúnmente aceptado que las CCAA, en materia de cooperativas, no necesitan regular *ex novo* y totalmente todo lo relativo a las mismas. Ciertamente, no se ve ninguna necesidad de que materias como el concepto legal de sociedad cooperativa, el régimen de los órganos de gestión y control de la cooperativa y de verificación o control de cuentas, el régimen del capital, las causas de disolución o el procedimiento de liquidación sean distintas en cada uno de los territorios autónomos. Es por ello por lo que no nos hemos visto obligados a realizar ningún alarde legislativo (a introducir aspectos necesariamente distintos a otros leyes) sino más bien a recoger las soluciones que hemos considerado más adecuadas para un tipo societario (en definitiva, un operador eco-

nómico) que debe competir en el mercado con las sociedades capitalistas, bajo la óptica de unos valores y unos principios distintos.

III. Directrices más relevante de la Ley de Cooperativas de Cantabria

1. *Constitución de la cooperativa*

En el procedimiento de constitución de la sociedad cooperativa se permite que los promotores elijan entre dos vías: la celebración de una asamblea constituyente, o la constitución directa mediante otorgamiento de escritura pública. No obstante, sin perjuicio de lo anterior, la adquisición de su personalidad jurídica plena se supedita a la doble exigencia de escritura pública e inscripción en el Registro de Sociedades Cooperativas de Cantabria. En el momento constitutivo, de especial relevancia para la vida de la sociedad, la exigencia de escritura pública es importante. La escritura dará precisión jurídica al negocio constituido, tanto para la seguridad de los socios como de los terceros con los que tiene que relacionarse en su vida económica. Con la escritura pública se reúnen las ventajas de concreción de fines, autorregulación normativa de la persona jurídica, permanencia del negocio de constitución y trascendencia de su validez frente a terceros, autenticidad formal en el tráfico jurídico y conservación de la empresa.

2. *Número de socios*

En España lo habitual era exigir cinco socios como mínimo para constituir una cooperativa, cifra que fue reducida a tres por la LCOOP (artículo 8), que es el criterio seguido por la mayoría de leyes autonómicas; y también por la LCCANT, que prevé que las sociedades cooperativas de primer grado estarán integradas como mínimo por tres socios (artículo 5). Sin embargo, la particularidad de la LCCANT con respecto a la LCOOP es que se señala expresamente que los tres socios deben realizar la actividad cooperativizada; es decir, debe tratarse de tres socios ordinarios, no computándose, por tanto, a estos efectos los socios temporales, colaboradores e inactivos.

La notable reducción en el número mínimo de socios legalmente exigido para constituir una cooperativa de primer grado (recordemos que la Ley de cooperativas de 1931 exigía veinte, la de 1942 quince,

la de 1974 siete y la LGC de 1987 cinco) se debe interpretar como una medida de fomento de estas sociedades, para permitir así poder abordar bajo esta forma societaria proyectos que requieren para su viabilidad un número muy limitado de personas. Este proceso que sigue su curso, como lo demuestra la admisión de sólo dos socios para constituir las cooperativas especiales de Extremadura (Ley 8/2006) o las pequeñas del País Vasco (Ley 6/2008), también ha sido tomado en consideración por la LCCANT. En efecto, en el contexto actual favorable a las ayudas al autoempleo, la LCCANT ha apostado decididamente por el modelo cooperativo flexibilizando todavía más la constitución de estas sociedades, al permitir la creación de cooperativas de trabajo de dos socios (artículo 100).

3. Régimen orgánico

La LCCANT, al igual que la LCOOP de 1999, dedica un artículo —el 30— a enumerar los órganos de la sociedad cooperativa. Según prescribe el referido artículo 30, la estructura orgánica del tipo social se construye en torno a dos órganos necesarios, que son la *asamblea general* y el *consejo rector*. Asimismo señala que los estatutos podrán prever la existencia de órganos facultativos: un *órgano de intervención*, un *comité de recursos* y *otras instancias de carácter consultivo*, siempre que sus funciones no se confundan con las propias de los órganos sociales necesarios. De ese modo, apartándose de lo previsto en la LCOOP, la LCCANT permite la sustitución del órgano de intervención por un sistema de censura de cuentas ejercitado por profesionales independientes (auditoría externa de las cuentas anuales: artículo 77). Llegado este punto, los términos del debate se desplazan a si no debería prescindirse de la obligatoriedad de la auditoría externa por el mero hecho de no contemplar en los estatutos la existencia del órgano de intervención, entre otros aspectos, para no gravar a las sociedades cooperativas frente a otras de parecida tipología, como las sociedades laborales o las SRL. La reivindicación del sector en este punto parece razonable, por lo que debería valorarse nuevamente la eliminación de esa obligación en defecto de órgano de intervención en una futura reforma del texto legal.

Con la finalidad de instaurar un sistema flexible para las pequeñas cooperativas, la LCCANT permite, en aquellas cuyo número de socios no sea superior a diez, que la representación, gobierno y gestión de la cooperativa se confíe a un administrador único o a dos administradores, que actúen mancomunada o solidariamente (artículo 43.2).

Al igual que en la derogada LSRL de 1995 (y el actual artículo 161 de la LSC) y a diferencia de la Ley vasca de cooperativas de 1993 que establece un reparto competencial con carácter imperativo (artículos 31.3 y 4 y 40.1), la LCCANT, como la LCCOP, sigue el modelo flexible de la sociedad de responsabilidad limitada alemana, que reconoce expresamente a los socios una amplia posibilidad de influir en la administración. El legislador ha considerado que la sociedad cooperativa regulada por la LCCANT debe ser un tipo social en el que el marco estatutario debe permitir una mayor capacidad de modulación de la presencia de los socios en las decisiones sociales en función de las particulares necesidades que cada sociedad pretende atender o encauzar.

De lo establecido en el artículo 32.1 y 2 (ap. k) se deduce que los estatutos pueden configurar distintos modelos de relación de competencia en materia de gestión, y así:

1. Se puede fijar un modelo plenamente corporativo, que potencie y garantice la autonomía de los administradores, eliminando expresamente el poder de instrucción de la asamblea general y las reservas de autorización de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión en favor del citado órgano.
2. Se puede fijar un modelo personalista e intervencionista en favor de los socios (órgano administrativo de carácter más propiamente ejecutivo), incluyendo amplias reservas estatutarias de autorización de medidas de gestión en favor de la asamblea general (medidas limitativas y de control) y utilizando el poder de instrucción (medidas impulsivas).
3. O se pueden fijar modelos intermedios basados en un equilibrio adaptado a las circunstancias de la empresa.

En relación con esta cuestión, el problema es determinar el margen de autonomía de los estatutos para ampliar la competencia de la asamblea general, limitando las facultades de los administradores en relación con asuntos de gestión. Aunque partiendo de posiciones muy favorables a la plena autonomía estatutaria y a la supremacía de la asamblea podría entenderse que, excluidas las facultades imperativamente atribuidas al órgano de administración (representación de la sociedad, formulación de las cuentas anuales, convocatoria de la asamblea, etc.), todas las demás facultades de gestión de la empresa podrían otorgarse por vía estatutaria a la asamblea general, de forma que los administradores se convirtieran en meros ejecutores de los actos decididos por los socios, nos parece que, al igual que en las SRL, no puede irse tan lejos. Coincidimos con G. Esteban Velasco en que «más bien hay que interpretar que la competencia de la junta (en este caso

de la asamblea) en materia de gestión no puede ampliarse hasta llegar a vaciar absolutamente de contenido la posición y la función legal de los administradores. En otros términos, los poderes de intervención sólo podrán referirse a asuntos concretos de especial importancia: actos o categorías de actos que se refieran a la estructura financiera de la empresa o que pertenezcan a la llamada administración extraordinaria. Incluso se puede pensar en ocasionales instrucciones sobre asuntos ordinarios, pero nunca injerencias que por su frecuencia o intensidad anulen la posición de los administradores con un mínimo de competencia gestora autónoma»¹. La justificación de esa atribución se encuentra en la necesidad de que exista una instancia que pueda ser identificada como garante y responsable de una correcta y ordenada gestión.

La LCCANT, al igual que la LCOOP, admite que los socios puedan participar en la gestión de la empresa, mientras la Ley vasca atribuye la gestión de la cooperativa en exclusiva a los administradores (artículo 40.1). Este hecho pone de manifiesto las diferencias existentes en una y en otra norma. La estructura organizativa de las cooperativas reguladas por la Ley vasca está legalmente fijada y no puede ser alterada por la voluntad de los socios, a diferencia de la de las cooperativas reguladas por la LCCANT en que la organización está en gran medida a disposición de los socios, de forma que pueden por sí mismos determinar el destino de la sociedad y de la actividad empresarial desarrollada en forma societaria². Esas diferencias estructurales denotan una diferente configuración tipológica. En efecto, la normativa vasca, posiblemente influenciada por las cooperativas industriales existentes en su territorio y, en particular, por la Corporación de Mondragón, diseña un modelo de gestión más ágil, pensado para la empresa de cierta dimensión. En realidad, siguen las autorizadas voces que en nuestra doctrina³ han manifestado, en el ámbito de las sociedades anónimas, su postura crítica frente a la posibilidad de influencia de los socios en la administración, por considerar que la creciente complejidad y tecnificación del mundo empresarial exige una gestión profesionalizada, más ágil y efi-

¹ «La estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada», Rds, 1994 (número extraordinario), pp. 399 y 400; y «La administración de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Tratado de la sociedad limitada*, Fundación cultural del Notariado, Madrid, 1997, p. 713.

² Sobre esta cuestión puede verse el artículo de OTXOA, R.: «La participación de los socios de la SRL en la gestión de la sociedad», *RdS*, 1994, 2, p. 102.

³ GARRIGUES/URÍA, en *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, II, Madrid, 1976, pp. 29 y 30, destacan las consecuencias negativas que en la práctica ha tenido la intervención de la junta en los asuntos de pura gestión «que deberían estar reservados a los administradores».

caz que garantice la capacidad operativa de la empresa. Por el contrario, la LCCANT regula un modelo más flexible, dado que los estatutos pueden diseñar un modelo similar al descrito en la Ley vasca o bien otro, más personalista y teóricamente menos eficiente, pensado para empresas pequeñas o medianas, gestionadas por los propios socios, en ocasiones con la intervención de terceros, pero en el que los titulares de la empresa se reservan algún tipo de influencia sobre los administradores.

LCCANT, al igual que la LCOOP, admite que los socios puedan participar en la gestión de la empresa, mientras la Ley vasca atribuye la gestión de la cooperativa en exclusiva a los administradores (artículo 40.1). Este hecho pone de manifiesto las diferencias existentes en una y en otra norma. La estructura organizativa de las cooperativas reguladas por la Ley vasca está legalmente fijada y no puede ser alterada por la voluntad de los socios, a diferencia de la de las cooperativas reguladas por la LCCANT en que la organización está en gran medida a disposición de los socios, de forma que pueden por sí mismos determinar el destino de la sociedad y de la actividad empresarial desarrollada en forma societaria⁴. Esas diferencias estructurales denotan una diferente configuración tipológica. En efecto, la normativa vasca, posiblemente influenciada por las cooperativas industriales existentes en su territorio y, en particular, por la Corporación de Mondragón, diseña un modelo de gestión más ágil, pensado para la empresa de cierta dimensión. En realidad, sigue las autorizadas voces que en nuestra doctrina⁵ han manifestado, en el ámbito de las sociedades anónimas, su postura crítica frente a la posibilidad de influencia de los socios en la administración, por considerar que la creciente complejidad y tecnificación del mundo empresarial exige una gestión profesionalizada, más ágil y eficaz que garantice la capacidad operativa de la empresa. Por el contrario, la LCCANT regula un modelo más flexible, dado que los estatutos pueden diseñar un modelo similar al descrito en la Ley vasca o bien otro, más personalista y teóricamente menos eficiente, pensado para empresas pequeñas o medianas, gestionadas por los propios socios, en ocasiones con la intervención de terceros, pero en el que los titulares de la empresa se reservan algún tipo de influencia sobre los administradores.

⁴ Sobre esta cuestión puede verse el artículo de ΟΥΧΟΑ, R.: «La participación de los socios de la SRL en la gestión de la sociedad», RdS, 1994, 2, p. 102.

⁵ Garrigues/Uría, en *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, II, Madrid, 1976, pp. 29 y 30, destacan las consecuencias negativas que en la práctica ha tenido la intervención de la junta en los asuntos de pura gestión «que deberían estar reservados a los administradores».

En lo que sí existe coincidencia con la Ley vasca, al igual que con la LCOOP, en la ilimitabilidad del poder de representación de los administradores, ya que también establece que «en todo caso, las facultades representativas del consejo rector se extienden a todos los actos relacionados con la actividades que integren el objeto social de la cooperativa, sin que surjan efecto frente a terceros las limitaciones que en cuanto a ellos pudieran contener los estatutos» (artículo 43.4). En este punto, debe tenerse en cuenta que, al igual que en las sociedades anónimas, el ámbito de representación se extiende no sólo a los actos directamente comprendidos en el objeto social, sino también a aquellos otros (actos conexos) que constituyen medios auxiliares para el desarrollo de ese objeto (puede verse en ese sentido, las Res. de la D.G.R.N. de 16 de marzo de 1990, de 16 de marzo de 1992 y de 8 de julio de 1993). En la LCCANT se echa de menos la mención a lo que sucede si los administradores realizan actos con terceros no comprendidos en el objeto social. En ese sentido, debería haberse incorporado la solución prevista en la Ley vasca que, mostrando una considerable preocupación por extender al máximo la protección del tercero de buena fe, establece la protección de éstos por actos «ultra vires» cuando señala —en el último inciso del artículo 40.2—: «la cooperativa quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aunque se desprenda de los estatutos que el acto no está comprendido en el objeto social».

4. *El capital social*

La LCCANT exige un capital social mínimo para constituir una cooperativa: el artículo 6 señala que el capital social mínimo no será inferior a 3.000 euros. En el momento de la constitución, ese capital deberá hallarse totalmente suscrito, si bien se admite que el desembolso inicial se limite al veinticinco por ciento del total y que se difiera el resto durante el plazo que establezcan los estatutos o que decida la asamblea general, aunque, en cualquier caso, dentro del límite de cuatro años.

Con ello, la norma trata no sólo de alinearse con las recientes corrientes del Derecho societario comparado, sino también de subrayar el carácter empresarial de las cooperativistas y de ofrecer a los terceros, desde el nacimiento mismo de la entidad, un testimonio real de seriedad económica y de seguridad jurídica. Esta medida debe ser valorada muy positivamente, sobre todo en una sociedad de capital variable como la cooperativa, aunque más desde el punto de vista de la serie-

dad exigible a la iniciativa económica que desde el punto de vista de la garantía que a los terceros puede ofrecer capital social, ya que es obvia la imposibilidad técnica de fijar a priori una cifra de capital que procure el soporte financiero preciso para toda iniciativa empresarial que pretenda organizarse a través de una sociedad cooperativa. La falta de vinculación entre esa cifra y los datos concretos de la empresa permite señalar que la exigencia de capital mínimo, al igual que en las sociedades capitalistas, no garantiza la fijación de una cifra de capital adecuada o, en términos más precisos, no evita el fenómeno de la infracapitalización de la sociedad motivado por la desproporción entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social.

5. *La regulación de la imputación de pérdidas*

La doctrina coincide en que la imputación de pérdidas constituye un sistema de saneamiento empresarial específico de las sociedades cooperativas, aunque discrepa sobre el alcance de la misma sobre el patrimonio de los socios:

- 1.º Un sector considera que, si los estatutos no lo remedian, a los socios pueden imputárseles cualquier tipo de pérdidas sociales, por las que responden ilimitadamente. Para estos autores el principio de la responsabilidad limitada del socio solo tiene vigencia frente a terceros, y ello por el hecho de referirse expresamente el legislador a las deudas sociales, defendiendo que vía imputación de pérdidas los socios responden ilimitadamente frente a la Cooperativa, distinguiendo así entre responsabilidad interna y externa. Para ello, se parte de la consideración de que no es lo mismo hablar de deudas que de pérdidas.
- 2.º En contra de esta posición, y a favor de la responsabilidad limitada, se señala como posible la cancelación de deudas por el abandono de capital a modo de pago por cesión de capital, pero no la exigencia directa de las pérdidas al socio, por exigir consentimiento expreso e individual de cada socio, de conformidad con el artículo 15.3 de la LCOOP y concordantes, que prevén la responsabilidad limitada de éstos a las aportaciones al capital que hayan suscrito.

Como es sabido, en España no existe una única Ley de Cooperativas, si no que, junto a la Ley Estatal (LCOOP), se ha aprobado práctica-

mente una Ley por Comunidad Autónoma, con orientaciones no siempre coincidentes.

En este sentido, destacar, en primer lugar, que las distintas Leyes contemplan dos sistemas de imputación en función de la procedencia de las pérdidas:

- 1.º Las normas que regulan un sistema de imputación diferenciado para las pérdidas procedentes de la actividad económica realizada por la cooperativa con los socios y para resto de las pérdidas societarias (artículo 58.5 LCAR, artículo 69.4 LCCV artículo 63 LCEEx o artículo 61 LCCM).
- 2.º Las normas que fijan un único sistema de compensación (artículo 59 LCOOP, artículo 69 LCPV y artículo 67.2 LCCAT).

En el segundo caso, el régimen legal de imputación se aplica a cualquier pérdida con independencia de su procedencia, por lo que todas ellas podrán ser imputadas, en último término, a los socios. Ello contrasta con lo previsto por las Leyes que aplican el sistema de imputación de pérdidas a las que derivan de la actividad cooperativizada con los socios, pero que no permiten imputar las demás (las derivadas de la actividad cooperativizada con terceros y las derivadas de actividades extraordinarias) a éstos directamente, sino que únicamente contemplan la compensación con cargo al fondo de reserva obligatorio (aunque esa es la regla general, cabe destacar que en el artículo 69.5 de la LCCV y en el 61 de la LCCM se prevé que las pérdidas extracooperativas y extraordinarias se imputarán a la reserva obligatoria y a las reservas voluntarias).

Según nuestro criterio, el sistema más acorde con una sociedad cooperativa no mutualista, que puede, por tanto, operar con socios o con terceros, con el objeto de extraer, si así lo desean sus socios, la máxima utilidad de sus estructuras organizativas, y caracterizada por un funcionamiento interno democrático y por un sistema de reparto de beneficios no capitalista, es el segundo. Bajo este modelo, consideramos que lo más procedente es que el particular sistema de compensación de pérdidas propio de la sociedad cooperativa se extienda a todas sus operaciones.

En segundo lugar, de las diferentes Leyes podemos extraer hasta tres orientaciones distintas sobre el alcance de la imputación de las pérdidas de la Cooperativa en el patrimonio de los socios:

- 1.º Leyes que no se pronuncian sobre el alcance de la imputación. Dentro de este apartado cabe situar la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (LCOOP) y la Ley 4/1993, de 24 de junio,

de Cooperativas del País Vasco (LCPV). Estas normas prevén la responsabilidad limitada de socios a las aportaciones al capital que hayan suscrito (artículo 15.3 LCOOP y 56.1 LCPV), aunque, posteriormente, al regular la imputación de pérdidas (artículos 59 LCOOP y 69 LCPV) señalan que la cuantía no compensada con los fondos obligatorios y voluntarios se imputará a los socios en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada uno de ellos con la cooperativa. Las pérdidas imputadas a cada socio se satisfarán de alguna de las formas siguientes:

1. Directamente o mediante deducciones en sus aportaciones al capital social o, en su caso, en cualquier inversión financiera del socio en la cooperativa que permita esa imputación, dentro del ejercicio siguiente a aquél en que se hubiera producido.
2. Con cargo a los retornos que puedan corresponder al socio en los cinco años siguientes. Si quedasen pérdidas sin compensar éstas deberán satisfacerse por el socio en el plazo máximo de un mes.

Como puede verse, es cierto que la redacción de los preceptos es confusa y que, de *lege lata* y leyendo solo lo dispuesto en los artículos 59 LCOOP y 69 LCPV, puede mantenerse la imputación ilimitada de pérdidas al socio.

Las dudas son mayores si tomamos como referencia la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura (LCEEx), que en su artículo 63. 1b) prevé que:

«Las pérdidas imputadas a cada socio se satisfarán directamente, en el ejercicio económico siguiente a aquel en que se hayan producido, mediante deducciones en las aportaciones al capital social. También pueden satisfacerse con cargo a los retornos que podrían corresponder al socio en los cinco años siguientes; las pérdidas que, pasado dicho plazo, queden sin compensar serán satisfechas directamente por el socio, en el plazo de un mes».

- 2.º Leyes que se decantan por la responsabilidad ilimitada del socio por las pérdidas de la Cooperativa derivadas de la actividad cooperativizada. En este apartado cabe incluir Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana (LCCV), en cuyo artículo 69.3 señala: «Si los estatutos sociales lo establecen, las pérdidas derivadas de la actividad cooperati-

vizada con los socios que se imputen a éstos, alcanzarán como máximo el importe total de los anticipos asignados a los socios en el ejercicio económico, más sus aportaciones a capital social y su participación en las reservas repartibles». De lo que se deduce que, salvo previsión estatutaria, vía imputación de pérdidas los socios responden ilimitadamente frente a la Cooperativa, si bien únicamente, como ha quedado señalado, de las pérdidas derivadas de la actividad cooperativizada con los socios. Asimismo, y hasta con mayor claridad, el artículo 58.5.e) del Decreto Legislativo 2/2014, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón (LCAR) dispone que: «Las pérdidas asumidas por la Asamblea General y no compensadas serán consideradas como un crédito a favor de la cooperativa, que podrá ser ejercitado aunque el socio haya causado baja voluntaria u obligatoria en la misma».

- 3.º Leyes que prevén expresamente que las pérdidas de la Cooperativa sólo podrán imputarse al socio hasta el límite de sus aportaciones al capital. La primera Ley que, de forma clara, garantiza la compatibilidad real de la responsabilidad limitada, que suelen prever las leyes de cooperativas modernas, y del sistema de imputación de pérdidas es la Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de Cataluña (LCCAT). Repárese en que, por una parte, en el artículo 54 dispone que: «Salvo que los estatutos sociales dispongan lo contrario, los socios han de responder de las deudas sociales de forma limitada a las aportaciones al capital social suscritas, tanto si son desembolsadas como si no»; y, por otra, en su artículo 67.4 prevé que: «Las pérdidas que, transcurrido el plazo al que se refiere el apartado 1, queden sin compensar deben satisfacerse directamente por el socio o socia en el plazo de un mes hasta el límite de sus aportaciones al capital, si no se insta a la quiebra de la cooperativa o se acuerda el incremento de aportaciones sociales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 54».

Posteriormente, Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (LCAND), en su artículo 69.2, también prevé de forma expresa que las pérdidas se imputarán al socio hasta el límite de sus aportaciones al capital social.

En la LCCANT, para abordar esta cuestión, se ha partido del concepto moderno de cooperativa como sociedad abierta que puede operar tanto con socios como, en su caso respetando los límites legales,

con terceros. En efecto, en la actualidad, las cooperativas deber ser conceptuadas como verdaderas sociedades y, por tanto, personas jurídicas, en el sentido de entes superiores y distintos a los sujetos que las integran, dotados del atributo de la personalidad, que les otorga capacidad para obligarse, para actuar, en definitiva, en el tráfico jurídico, siéndoles por ello imputables todos los resultados prósperos o adversos que resulten de su actuación. De forma acorde con ello, de las eventuales pérdidas debe responder todo el patrimonio de la cooperativa, incluidas las aportaciones de los socios. Asimismo, la naturaleza societaria de la cooperativa impide considerar que la pérdida no es de la sociedad, sino del socio directamente. A nuestro juicio, no cabe otra interpretación que la naturaleza societaria de la pérdida; pérdida societaria, sujeta a un particular régimen legal de imputación, que debe incardinarse dentro de las medidas previstas, en este tipo societario, para la protección de los terceros y que debe ser compatible con el régimen de responsabilidad limitada que suelen prever las leyes de cooperativas modernas.

Por tanto, la LCCANT se regula:

- 1.^a Un sistema de imputación único para las pérdidas procedentes de la actividad económica realizada por la cooperativa con los socios y para resto de las pérdidas societarias.
- 2.^a Una previsión expresa de que las pérdidas se podrán imputar al socio hasta el límite de sus aportaciones al capital social.

Concretamente el artículo 72 de la LCCANT, prevé lo siguiente:

«1. Los estatutos sociales deberán fijar los criterios para la compensación de las pérdidas, siendo válido imputarlas a una cuenta especial para su amortización con cargo a futuros resultados positivos, dentro del plazo máximo de siete años.

2. En la compensación de pérdidas la sociedad cooperativa habrá de sujetarse a las siguientes reglas:

- a) A los fondos de reserva voluntarios, si existiesen, podrá imputarse la totalidad de las pérdidas.
- b) Si se ha optado por la contabilización separada de los resultados extracooperativos: al fondo de reserva obligatorio podrán imputarse, como máximo, dependiendo del origen de las pérdidas, los porcentajes medios de los excedentes cooperativos o beneficios extracooperativos y extraordinarios que se hayan destinado a dicho fondo en los últimos cinco años o desde su constitución, si ésta no fuera anterior a dichos cinco años.

Si, por el contrario, se ha previsto la contabilización conjunta de los resultados de la cooperativa: al fondo de reserva obli-

gatorio podrá imputarse, como máximo, el porcentaje medio de los resultados que se hayan destinado a dicho fondo en los últimos cinco años o desde su constitución, si ésta no fuese anterior a dichos cinco años.

- c) La cuantía no compensada con los fondos obligatorios y voluntarios se imputará a los socios en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada uno de ellos con la sociedad cooperativa. Si estas operaciones o servicios realizados fueran inferiores a los que como mínimo está obligado a realizar el socio conforme a lo establecido en el artículo 20.2.b) de esta Ley, la imputación de las referidas pérdidas se efectuará en proporción a la actividad cooperativizada mínima obligatoria.

Las pérdidas se imputarán al socio hasta el límite de sus aportaciones al capital social.

3. Las pérdidas imputadas a cada socio se satisfarán de alguna de las formas siguientes:

- a) El socio podrá optar entre su abono directo o mediante deducciones en sus aportaciones al capital social o, en su caso, en cualquier inversión financiera del socio en la sociedad cooperativa que permita esta imputación, dentro del ejercicio siguiente a aquel en que se hubiera producido.
- b) Con cargo a los retornos que puedan corresponder al socio en los siete años siguientes, si así lo acuerda la asamblea general. Si quedasen pérdidas sin compensar, transcurrido dicho periodo, éstas deberán ser satisfechas por el socio en el plazo máximo de un mes a partir del requerimiento expreso formulado por el consejo rector».

Con este régimen legal y con la exigencia, prevista en todas las leyes de nuestro país, de mantener la cuantía de la aportación obligatoria para poder seguir siendo socio (por todas, artículo 46 LCOOP o 58.1 LCPV), los afectados, es decir, aquéllos cuya aportación obligatoria, como consecuencia de las deducciones en el capital social para compensar pérdidas, haya quedado por debajo de la cifra fijada por los estatutos o por la asamblea general, deberán realizar el desembolso necesario hasta alcanzar su importe, si quieren mantener su condición. De ese modo, se garantiza la compatibilidad real de la responsabilidad limitada, que suelen prever las leyes de cooperativas modernas, y del sistema de imputación de pérdidas. Con el régimen apuntado, los socios responden únicamente hasta el límite de las aportaciones al capital social que hayan suscrito. La necesidad de realizar aportaciones suplementarias para mantener la cuantía de la

aportación obligatoria, reducida por pérdidas, sólo es necesaria para mantener su condición dado que para mantener el privilegio de la responsabilidad limitada, los socios deben aportar a la sociedad la cifra de capital adecuada.

6. *El Fondo de Reserva Obligatorio (FRO)*

Como es sabido, el FRO tiene gran importancia en una sociedad de capital variable como la cooperativa, ya que por su estabilidad favorece la conservación y el desarrollo de las actividades empresariales de la sociedad. Además, no puede olvidarse su finalidad de garantía, puesto que con la reserva obligatoria deberán compensarse las pérdidas si no existen otras reservas disponibles. En general, al margen de opiniones interesadas, es comúnmente aceptada la postura seguida por la LCCANT que considera que el FRO, salvo contadas excepciones, debe ser irrepartible, tanto en caso liquidación como de baja. La irrepartibilidad del fondo de reserva obligatorio entre los socios se explica, además, por los objetivos solidarios y de marcada proyección social que persiguen las sociedades cooperativas. Sin embargo, atendiendo las reivindicaciones del sector y apartándose de la Ley General, la LCCANT admite, a nuestro juicio de forma desafortunada, la posibilidad de reducir sus dotaciones a la mitad cuando el fondo de reserva obligatorio supere el 100 por cien del capital social, si lo prevén los estatutos.

7. *Clases de cooperativas*

En lo que respecta a las cooperativas de primer grado, la Ley se aparta del criterio de clasificación de la Ley General como mero catálogo y, con ánimo clarificador, diferencia entre cooperativas de trabajadores, de consumo, de servicios y especiales. Los criterios que determinan la inclusión de cada sociedad cooperativa en uno de los tres primeros tipos mencionados responderán a la cualidad de las personas socias o a la actividad que éstas desarrollen en la empresa, pero, en ningún caso, a la finalidad u objeto social de la cooperativa. El cuarto recoge una categoría denominada cooperativas especiales. En este caso, la propia ley se refiere a modalidades de cooperativas en lugar de a tipos, lo que obedece a que las contempladas en este grupo no son realmente nuevas clases de cooperativas, sino cooperativas del tipo que sea, que reúnen unas condiciones especiales definidas en la propia ley

para obtener tal consideración. Esta categoría comprende las Cooperativas de iniciativa social y Cooperativas de integración social, las Cooperativas integrales, las Cooperativas mixtas y las Cooperativas de impulso empresarial.

Asimismo, se establece que, además de las contempladas en el título II de la Ley, podrán regularse reglamentariamente otros subtipos, siempre y cuando reúnan unas características singulares que aconsejen la aplicación de un régimen jurídico específico.

Respecto de las cooperativas de trabajo, además de admitir que se constituyan con solo dos socios trabajadores, se flexibiliza el porcentaje de contratación de trabajadores por cuenta ajena, tanto con carácter indefinido como temporal («el número de horas/año realizadas por trabajadores con contrato de trabajo por cuenta ajena de carácter indefinido o temporal no podrá ser superior, en su conjunto, al 60 por ciento del total de las realizadas por los socios trabajadores, teniendo en cuenta que el número de horas/año a realizar por trabajadores con contrato de trabajo indefinido no podrá ser superior al 30 por ciento»: artículo 100.6), al tiempo que se permite superar el número de horas por año realizadas por trabajadores con contrato de trabajo por cuenta ajena por necesidades objetivas de la empresa y por un periodo máximo de tres meses, siempre que se obtenga la autorización de la autoridad competente en materia de cooperativas de la Comunidad Autónoma de Cantabria. El propósito es permitir a las cooperativas responder a las necesidades del mercado y favorecer la contratación de trabajadores.

En el tratamiento de las cooperativas de explotación comunitaria se han tenido en cuenta las recientes innovaciones aportadas por otras normas legales, con el objeto de clarificar en lo posible la inevitable complejidad estructural de esta fórmula societaria.

Respecto a las cooperativas de enseñanza, se admite que puedan asumir la posición de socios colaboradores, entre otros interesados, los alumnos, sus padres o sus representantes legales, así como los exalumnos.

La regulación de las cooperativas de vivienda tiene como principal objetivo impulsar el cumplimiento del derecho constitucional a una vivienda digna, extremando las cautelas que impidan los abusos producidos en ocasiones a través de esta clase de cooperativa.

De la regulación de las cooperativas agrarias cabe destacar las normas sobre las actividades cooperativizadas, permitiendo que los estatutos exijan una participación mínima o exclusiva y un tiempo mínimo de permanencia de los socios en la cooperativa. Las demás cooperativas de servicios, en sus diferentes modalidades, se regulan de una

forma flexible para dar cabida a proyectos no sólo de tipo industrial o de servicios, sino también a aquellos promovidos por profesionales o artistas.

Las cooperativas de iniciativa social, concebidas como entidades sin ánimo de lucro, se constituyen para la prestación de todo tipo de servicios de naturaleza social, y las de integración social, carentes igualmente de ánimo de lucro, son las formadas mayoritariamente por personas con discapacidad física, psíquica, sensorial o cualquier otro colectivo con dificultades de integración social, con la finalidad de promover la integración social de sus socios.

La regulación de las cooperativas mixtas se introduce para ofrecer soluciones al problema de la participación de una sociedad de capital en una sociedad cooperativa.

Las cooperativas de impulso empresarial pretenden facilitar la innovación social desde un estricto cumplimiento de los principios cooperativos. Se trata de una eficaz herramienta de fomento del emprendimiento de sus socios, capaz de conseguir el afloramiento de servicios que de otro modo permanecerían en el ámbito de la economía informal.

8. *El Consejo Cántabro de la Economía Social*

En consonancia con lo previsto en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, se prevé la creación del Consejo Cántabro de la Economía Social, con funciones de carácter consultivo y asesor para las actividades relacionadas con este ámbito en el territorio de la Comunidad Autónoma. Asimismo, se asigna al propio Consejo conciliar y ejercer el arbitraje en las cuestiones litigiosas que se planteen entre cooperativas, entre éstas y sus socios, o en el seno de las mismas entre sus socios, cuando ambas partes lo soliciten o bien estén obligadas a tenor de lo establecido en sus estatutos sociales.

IV. **Reflexión final**

En el momento actual, siguiendo las pautas anteriores, se considera que es posible ofrecer una regulación respetuosa con el tipo o modelo de verdadera sociedad cooperativa y con los instrumentos necesarios, no sólo para que las cooperativas puedan superar una etapa de crisis sino para que la organización cooperativista pueda ocupar un papel relevante dentro de la actividad económica cántabra. Sin embargo, tam-

bién se ha puesto de manifiesto que aprobar una legislación adecuada es sólo el primer paso; una vez aprobada empieza el verdadero reto. Entonces, el Gobierno regional, una vez reordenadas y delimitadas adecuadamente las competencias relativas al ámbito de la Economía Social, deberá dotarse de una estructura administrativa capaz de ofrecer servicios y soluciones al mundo cooperativo y apostar, de forma decidida, por la divulgación del ideario cooperativo y por la promoción de las sociedades cooperativas como fórmula ventajosa respecto a otras formas jurídicas, favorecedora del autoempleo.

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 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.