

Deusto Estudios Cooperativos

Núm. 11 (2018)

www.deustoestudioscooperativos.deusto.es (edición electrónica)

index: Latindex – 24323-E

Sumario

Artículos

El principio de participación económica de los miembros de la cooperativa desde una perspectiva histórica y doctrinal

Alejandro Martínez Charterina

El inconcluso régimen legal de las mutuas de seguros y la paulatina desmutualización del sector asegurador español

Carlos Vargas Vasserot

Las personas jurídicas consumidoras. El caso de las cooperativas de consumidores y usuarios

Eugenia Fernández Fernández

La concepción societaria del Derecho Romano como referente para el perfeccionamiento de la regulación de la cooperativa en Cuba

Orisel Hernández Aguilar y Orestes Rodríguez Musa

Políticas públicas de fomento de sociedades cooperativas y laborales. Especial referencia a las actuaciones de difusión de la economía social

Luis Díez Ácimas

La Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil, en el escenario de las cooperativas financieras brasileñas

José Eduardo de Miranda y Victória Corrêa Lima de Miranda



Deusto Estudios Cooperativos

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

Núm. 11 (2018)



Deusto Estudios Cooperativos

Núm. 11 (2018)

Facultad de Derecho
Universidad de Deusto
Bilbao 2018

Cargos de la revista *Deusto Estudios Cooperativos*

DIRECCIÓN

D.^a Vega María Arnáez Arce
Universidad de Deusto

EDICIÓN

D.^a Josune López Rodríguez
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 Bergia
<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

Depósito legal: BI - 1707-2012

Impreso en España/Printed in Spain

Deusto Estudios Cooperativos

Núm. 11 (2018)

Sumario

Presentación de la revista 9

Artículos

El principio de participación económica de los miembros de la cooperativa desde una perspectiva histórica y doctrinal
Alejandro Martínez Charterina 13

El inconcluso régimen legal de las mutuas de seguros y la paulatina desmutualización del sector asegurador español
Carlos Vargas Vasserot 25

Las personas jurídicas consumidoras. El caso de las cooperativas de consumidores y usuarios
Eugenia Fernández Fernández 57

La concepción societaria del Derecho Romano como referente para el perfeccionamiento de la regulación de la cooperativa en Cuba
Orisel Hernández Aguilar y Orestes Rodríguez Musa 75

Políticas públicas de fomento de sociedades cooperativas y laborales. Especial referencia a las actuaciones de difusión de la economía social
Luis Díez Ácimas 103

La Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil, en el escenario de las cooperativas financieras brasileñas
José Eduardo de Miranda y Victória Corrêa Lima de Miranda 125

Presentación de la revista *Deusto Estudios Cooperativos*

La revista *Deusto Estudios Cooperativos* es una publicación que puede considerarse como la sucesora del Anuario de Estudios Cooperativos, una revista esta última que desde su nacimiento, en 1985, resultó ser pionera en el ámbito de la Economía Social y el Cooperativismo, manteniendo su actividad, de forma ininterrumpida hasta el año 2001.

La nueva revista *Deusto Estudios Cooperativos*, editada por el Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, se crea con la intención de mantener la esencia del Anuario de Estudios Cooperativos, deseando cumplir el objetivo de la divulgación de trabajos originales en materia de Cooperativismo y Economía Social.

La revista comenzó a publicarse en un año ciertamente significativo, el año 2012. Un año relevante por dos motivos: en primer lugar porque ese año fue proclamado como el Año Internacional de las Cooperativas por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, poniendo, de este modo, en evidencia la relevancia de las cooperativas en el desarrollo económico y social, en la reducción de la pobreza, la creación de empleo y la integración social.

Las cooperativas de forma muy especial representan un modelo de empresa democrática, responsable y ética, una empresa que pone el foco de su atención en las personas y en el medio ambiente, promoviendo el crecimiento económico y la justicia social. Un modelo de empresa que se fundamenta en el diálogo y en los ideales de paz, impulsando el respeto por los derechos y las libertades humanas y la solidaridad.

Este undécimo número cuenta con la participación de grandes expertos en el ámbito del cooperativismo. El profesor Alejandro Martínez Charterina, Catedrático Emérito de la Universidad de Deusto, aborda el principio de participación económica de los miembros de la cooperativa desde una perspectiva histórica y doctrinal. El profesor Carlos Var-

gas Vasserot, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Almería, realiza un análisis crítico sobre el régimen legal de las mutuas de seguros. Por su parte, Eugenia Fernández Fernández, profesora de Derecho Mercantil de la Universidad de Cantabria, reflexiona sobre la aplicabilidad del concepto de consumidor persona jurídica a la sociedad cooperativa y, en particular, a la cooperativa de consumidores y usuarios. Desde la Universidad Pinar del Río, los profesores Orisel Hernández Aguilar y Orestes Rodríguez Musa disertan sobre la concepción societaria del Derecho romano como referente para el perfeccionamiento de la regulación de la cooperativa en Cuba. Asimismo, Luis Diez Ácimas, Gerente Territorial de Justicia de Cantabria, realiza un análisis de las políticas públicas de fomento de sociedades cooperativas y laborales, haciendo especial alusión a las actuaciones de difusión de la Economía Social. Y, finalmente, el profesor brasileño Eduardo de Miranda y la estudiante de Derecho Victória Corrêa Lima de Miranda llevan a cabo un estudio exhaustivo sobre la Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil, en el escenario de las cooperativas financieras brasileñas.

Vega María Arnaez

Directora de la revista *Deusto Estudios Cooperativos*

Josune López Rodríguez

Co-Directora de la revista *Deusto Estudios Cooperativos*

Artículos

El principio de participación económica de los miembros de la cooperativa desde una perspectiva histórica y doctrinal¹

Alejandro Martínez Charterina

Catedrático Emérito de la Universidad de Deusto

Recibido: 16-04-2018

Aceptado: 18-05-2018

Sumario: 1. El tercer principio cooperativo y sus antecedentes. 2. Análisis del principio de participación económica de los socios. 3. Relación del principio con los valores cooperativos. 4. Inquietudes y planteamientos recientes relativos a las cooperativas y el capital. 5. Bibliografía.

Resumen: El principio de participación económica de los miembros de la cooperativa recoge los principios contemplados desde el origen del cooperativismo moderno de interés limitado al capital y reparto de los excedentes en función de la actividad cooperativizada realizada por los socios. Pero además afirma la contribución equitativa al capital de la cooperativa por parte de los socios y su gestión democrática, y deja abierta la necesidad de un capital fuerte y estable que pueda permitir el funcionamiento de la empresa a lo largo del tiempo, así como los problemas que son susceptibles de acompañarle.

Palabras clave: cooperativas, identidad cooperativa, principios cooperativos.

Abstract: The principle of economic participation of cooperative members adheres to the principles underpinning the origins of modern cooperativism, based on limited interest on capital and the distribution of surplus among members according to the amount of cooperative activities performed. It also strengthens the equitable contribution to cooperatives' capital by members and their democratic management, and leaves open the need for a strong and stable capital base that allows for the good running of the business over time and its related problems.

Keywords: Cooperatives, cooperative identity, cooperative principles.

¹ Texto basado en la ponencia del mismo título presentada en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo y la Academia Vasca de Derecho sobre «El principio de participación económica de los miembros. Consecuencias jurídicas y económicas derivadas de su aplicación práctica», en Bilbao, el 29 de noviembre de 2017.

1. El tercer principio cooperativo y sus antecedentes

El tercero de los principios cooperativos de la Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la Identidad Cooperativa se titula «participación económica de los socios» y presenta una redacción larga y compleja. El texto es el siguiente:

«Los socios contribuyen equitativamente al capital de sus cooperativas y lo gestionan de forma democrática. Por lo menos una parte de ese capital es normalmente propiedad común de la cooperativa. Usualmente, los socios reciben una compensación, si la hay, limitada sobre el capital entregado como condición para ser socio. Los socios asignan los excedentes a todos o alguno de los siguientes fines: el desarrollo de su cooperativa, posiblemente mediante el establecimiento de reservas, parte de las cuales por lo menos serían irrepartibles; el beneficio de los socios en proporción a sus operaciones con la cooperativa; y el apoyo de otras actividades aprobadas por los socios.»²

Este principio agrupa dos de los principios cooperativos originales, procedentes de la cooperativa de Rochdale, que Paul Lambert recoge como «... 3) pago de un interés limitado al capital; 4) retorno de los excedentes a los miembros en proporción a sus compras;...»³. El artículo 22 de los Estatutos de Rochdale fija el interés al capital en el 3,5% anual, y el reparto de los beneficios restantes tras el pago del interés entre los miembros en proporción a los gastos realizados en el almacén⁴. El interés del 3,5% sería elevado al 5% anual en las enmiendas a los Estatutos de 1845⁵.

En la primera reforma de los principios cooperativos, que tuvo lugar en el XV Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional, celebrado en París en 1937, en la que se consideraron dos categorías de principios, cuatro necesarios para que una cooperativa pudiera ser con-

² I.C.A.: *Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la Identidad Cooperativa. Los principios cooperativos*, Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, Vitoria-Gasteiz, 1996, p. 19.

³ LAMBERT, Paul: *La doctrina cooperativa*, 3.^a ed., Intercoop, Buenos Aires, 1970, pp. 57.

⁴ *Laws and objects of the Rochdale Society of Equitable Pionners: enrolled according to the acts, 10th, George IV, and 4th and 5th, William IV*. Printed by Jesse Hall, Rochdale, 1844, p. 9.

⁵ *Supplement of Amended Laws of the First Department of the Rochdale Society of Equitable Pioneers, held in Toad-Lane, in the Parish of Rochdale, in the County of Lancaste*. Printed by Jesse Hall, Rochdale, 1845, p. 5.

siderada como tal, y aceptada su afiliación a la Alianza a través de los organismos federativos correspondientes, y tres simplemente recomendables, la distribución de los excedentes a prorrata de las transacciones realizadas y el interés limitado al capital formaron parte de los cuatro necesarios junto con la libre adhesión y el control democrático.

Del mismo modo, en la segunda reforma, que se produjo en el XXIII Congreso de la Alianza, celebrado en Viena en 1966, constitutiva justamente de la formulación inmediatamente anterior a la actual, el interés limitado al capital y el reparto de los excedentes en proporción a las transacciones efectuadas eran los principios tercero y cuarto.

También en Viena se eliminó el principio originario de Rochdale de las compras y ventas al contado, que ya había quedado relegado a simplemente recomendable en la reforma de 1937⁶.

En el Congreso previo y preparatorio del Centenario de la Alianza que aprobó la Declaración sobre la identidad cooperativa, que fue el XXX Congreso celebrado en Tokio en octubre de 1992, el Informe Böök recomendaba que se fusionaran los dos principios señalados en uno sólo sobre la formación del capital de la cooperativa⁷.

Y atendiendo a la recomendación de Sven Ake Böök quedó aprobado el principio agrupando los dos anteriores.

2. Análisis del principio de participación económica de los socios

Además de la fusión de los principios de interés limitado al capital y de reparto de los excedentes en función de la actividad efectuada, el principio comienza por hacer una declaración sobre el capital.

La primera frase del texto señala la necesidad de que los socios realicen de forma equitativa sus aportaciones para la formación del capital de la cooperativa, capital que, recuerda el texto, se deberá gestionar democráticamente en sintonía con el segundo de los principios, el de gestión democrática.

E inmediatamente señala que normalmente parte del capital es propiedad común de la cooperativa, lo que viene a constituir una declaración novedosa sobre el capital de la empresa cooperativa.

⁶ A.C.I.: *Notas de orientación para los principios cooperativos*. Alianza Cooperativa Internacional, 2015, p. 31.

⁷ Böök, Sven Ake: *Co-operative values in a changing world* (report to the ICA Congress, Tokio, October 1992), International Co-operative Alliance, Geneva, 1992, p. 17.

Esta noción de propiedad colectiva del capital, especialmente importante para las cooperativas de trabajadores, se introdujo a través de una enmienda de la delegación francesa⁸.

La cooperativa, como empresa que es, precisa capital para su funcionamiento. Y lo razonable es que los socios aporten ese capital, toda vez que la cooperativa ha de gestionarse democráticamente por ellos, lo que dificulta la obtención de capital externo a la cooperativa y, en principio, ajeno a la gestión de ese capital.

El Informe que acompaña a la Declaración⁹ presenta cuatro formas de aportación de capital de los socios a la cooperativa:

- Al incorporarse como socio a la misma cada miembro hace una aportación al capital.
- A través de la dotación de reservas. Cuando las cooperativas obtienen beneficios pueden destinar parte de ellos a constituir y acrecentar las reservas, ya sea en cumplimiento de la legislación aplicable cuando lo exige, o por decisión voluntaria. Cabe interpretar la dotación de estas reservas como la representación del logro colectivo de los socios y, en ocasiones en consecuencia, no generan intereses ni son distribuibles entre los socios.
- Mediante la capitalización de retornos cooperativos. De este modo los beneficios a repartir entre los socios quedan en todo o parte en la cooperativa como capital de la misma. Estas aportaciones no generan intereses sino que fortalecen a la cooperativa empresa.
- Por fin realizando aportaciones especiales al capital de la sociedad cuando la cooperativa lo solicita. Generalmente estas aportaciones si generan intereses no especulativos.

Inmediatamente después de anunciar la contribución equitativa de los socios al capital de la cooperativa el texto informa de que normalmente una parte del capital es propiedad común de la cooperativa.

Esta forma de redacción, «*por lo menos parte de ese capital es normalmente propiedad común de la cooperativa*»¹⁰, pone de manifiesto la idea de la necesidad del capital y de que sea permanente, juntamente con la noción de propiedad colectiva del capital.

El principio de adhesión voluntaria y abierta hace de la cooperativa una sociedad de capital variable, mayor o menor en función de la entrada y salida de socios.

⁸ A.C.I.: *Notas de orientación...*, o.c., p. 31.

⁹ I.C.A.: *Declaración...*, o.c., pp. 55-57.

¹⁰ El subrayado es mío para llamar la atención de la redacción concreta.

Por otro lado en la parte en que el capital provenga de los beneficios destinados al mismo, es decir, de la retribución de la actividad empresarial, que es justamente la gestión democrática colectivamente realizada en la cooperativa, es el conjunto de los socios, no cada socio individualmente considerado, el que ha realizado esa aportación.

Este hecho justifica que las disposiciones legislativas puedan considerar que en el supuesto de liquidación ese capital colectivo no se pueda repartir entre los socios, pudiendo destinarse, en cambio, a la promoción y fomento del cooperativismo, o al fortalecimiento de otras cooperativas.

Desde otra consideración complementaria, el capital de la cooperativa es también un nexo de unión del tiempo en el que van sustituyéndose unos socios por otros, y constituye un elemento importante de estabilidad y permanencia.

Tras esta introducción sobre la aportación de capital por los socios y la importancia del mismo y de su estabilidad, el texto del principio aborda su retribución a través de un interés limitado. Los socios reciben una compensación limitada sobre el capital entregado para ser socio «usualmente» y «si la hay».

Por consiguiente cabe retribuir al capital con un interés limitado o no retribuirlo. De las formas en que el socio aporta capital, que hemos visto, no se retribuirá el procedente de la dotación de reservas y la capitalización de retornos. Cabe hacerlo para el capital entregado como condición para ser socio, así como para las aportaciones especiales, pero con un interés limitado, que en los términos del Informe que acompaña a la Declaración de la Alianza ha de ser «... *un tipo justo. La renta pagada... debe ser de un tipo competitivo y no especulativo: por ejemplo, el tipo de interés gubernamental o bancario normal*»¹¹.

Cabe considerar que los socios no aportan capital a su cooperativa para obtener una ganancia con esa aportación. Lo hacen porque la cooperativa, al igual que cualquier otra empresa, necesita capital para poder llevar a cabo su actividad. Y de ello se desprende que ese capital pueda no ser retribuido, y que cuando exista una retribución sea limitada. «*Se juntan el capital y la actividad empresarial, pero no se confunde el interés que retribuye el capital, que es fijo, y en la cooperativa además limitado, con el beneficio variable que corresponde al empresario. No se reparte en la cooperativa, a diferencia de lo que sucede en la sociedad capitalista, el dividendo, suma de interés y beneficio*»¹².

¹¹ I.C.A.: *Declaración...*, o.c., p. 57.

¹² MARTÍNEZ CHARTERINA, Alejandro: *La cooperativa y su identidad*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 64.

A diferencia de lo que sucede en la empresa capitalista en la que se unen los dos factores de producción, el capital y la actividad empresarial, en la misma persona que recibe como retribución el dividendo, suma de interés del capital y beneficio empresarial, la cooperativa separa el interés del capital y el beneficio empresarial aunque sean las mismas personas las que gestionan la empresa y aportan el capital.

El capital y la actividad empresarial reciben una retribución en cuanto que, como factores de producción, participan en el proceso productivo. El capital recibe el interés y el empresario el beneficio. El interés, al igual que la renta de la tierra y el salario del trabajo, es una retribución fija, que paga el empresario que organiza la actividad productiva. El beneficio que recibe el empresario como retribución es, en cambio, residual y variable¹³.

En la empresa capitalista se junta el interés fijo y el beneficio variable, haciendo que la suma, el dividendo, sea variable. En la cooperativa se separa el interés del capital y el beneficio empresarial aunque confluyan en las mismas personas. Así el interés es fijo y además limitado, como señala el principio, mientras que el beneficio es variable.

Finalmente el texto del principio se ocupa del reparto del beneficio, que en la terminología habitual que se usa en el cooperativismo se denomina excedentes, es decir lo que queda.

El texto nos indica que los excedentes pueden ser destinados por parte de los socios a algunas o a todas las finalidades siguientes: al desarrollo de la cooperativa, al reparto entre los socios, y a la realización de las actividades que consideren oportunas.

Son los socios, por consiguiente, los que determinan el destino de los excedentes.

En primer lugar, pueden dotar fondos de reserva para favorecer el desarrollo de la cooperativa y fortalecerla; e insiste en que esas reservas sean irrepartibles en todo o, al menos, en parte, bajo la consideración, señalada anteriormente, de que se trata de un logro colectivo de los socios.

En segundo lugar pueden repartirse entre los socios en forma de retorno. En la medida en la que han contribuido a la obtención del beneficio, reciben la parte correspondiente del mismo.

En este sentido, el reparto del retorno entre los socios será proporcional a la participación del socio en la cooperativa, es decir, al consumo realizado si se trata de una cooperativa de consumo, al trabajo

¹³ Puede verse sobre los factores de producción y su retribución MARTÍNEZ CHARTERINA, Alejandro: *Introducción a la Economía*, 2.ª edición, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 26-28.

realizado si es una cooperativa de trabajo, y, con carácter general, a la aportación de cada socio al funcionamiento de la cooperativa del género que esta sea.

Pero en ningún caso en proporción al capital aportado que, como venimos considerando, queda al margen de la consecución y reparto del beneficio en la cooperativa.

Por fin, los socios pueden determinar que el beneficio se destine, en todo o en parte, al apoyo de cualquier otra actividad. El Informe que acompaña a la Declaración sugiere que una de estas actividades puede ser desarrollo del movimiento cooperativo en todos sus niveles, «*local, nacional, regional e internacional*»¹⁴.

En este sentido, es también habitual que las cooperativas fomenten actividades de carácter formativo para sus socios, sus familias y su entorno.

3. Relación del principio con los valores cooperativos

La idea de que los principios cooperativos deben considerarse en su conjunto, como una unidad que resulta ser la propia cooperativa, de forma que no hay unos principios más importantes que otros individualmente considerados, puede ser también aplicable a los valores que, en cuanto aspiraciones a las que tiende la cooperativa y que pretende alcanzar justamente a través de los principios, también pueden considerarse como un todo.

Al mismo tiempo cabe pensar que, considerando los valores como expresiones valiosas de las conductas, unos valores conducen a los otros a medida que se van alcanzando con la práctica.

Dicho esto, sin embargo, quisiera proponer una reflexión de conexión de este tercer principio del capital especialmente con algunos de los valores operativos como la democracia, equidad y solidaridad, así como con los valores éticos de responsabilidad y vocación sociales.

La misma redacción del principio comienza por destacar la gestión democrática del capital aportado por los socios.

«*Los socios contribuyen equitativamente al capital de sus cooperativas...*», comienza el tercer principio. Además el trato equitativo de los socios se manifiesta en la forma de recompensar su participación en el reparto del beneficio¹⁵.

¹⁴ I.C.A.: *Declaración...*, o.c., p. 59.

¹⁵ Puede verse en este sentido el Informe que acompaña a la Declaración de la Alianza, en I.C.A.: *Declaración...*, o.c., p. 39.

Del mismo modo la solidaridad, muy vinculada al valor de la ayuda, entendida como ayuda mutua, se materializa en el principio al entender que la cooperativa, como señala en Informe de la Declaración, «es más que una asociación de socios; es también una colectividad»¹⁶. Así se comprende el interés de los socios por mantener sus aportaciones al capital a lo largo del tiempo, a dotar reservas irrepartibles, y a apoyar el desarrollo de un movimiento cooperativo, en suma a mirar hacia el futuro y trascender el presente en el fortalecimiento de la cooperativa.

En este mismo sentido se comprende la especial vinculación de este tercer principio de la participación económica de los socios a los valores éticos de responsabilidad y vocación sociales.

Las cooperativas se forman con personas de una comunidad que tratan de ayudarse a través de la empresa que forman, y asumen el cometido de actuar mirando a la sociedad en la que desempeñan su actividad de forma responsable. Del mismo modo en muchas ocasiones la vocación social les lleva a emplear sus beneficios en favor de la comunidad más próxima, o incluso más alejada mediante sus colaboraciones con el desarrollo cooperativo en los países más desfavorecidos¹⁷.

4. Inquietudes y planteamientos recientes relativos a las cooperativas y el capital

El *Plan para una década cooperativa* de la Alianza Cooperativa Internacional que ponía, al final del año 2012, año internacional de las cooperativas, a trabajar a todo el sector cooperativo en los años siguientes en unos temas, redactaba el quinto y último de ellos con estas palabras: «Conseguir capital fiable para las cooperativas al mismo tiempo que se garantice la gestión por parte de los miembros»¹⁸.

La Alianza está poniendo de manifiesto al proclamar este objetivo la necesidad de capital que tienen las cooperativas como cualquier otra empresa que debe financiar su actividad a corto y largo plazo, y que proviene en ellas de los socios que realizan sus aportaciones de forma directa o a través de los beneficios que quedan en forma de reservas, o de las instituciones crediticias convencionales.

El capital real, es decir, los medios de producción necesarios para la realización de una actividad económica, ha evolucionado exponen-

¹⁶ I.C.A.: *Declaración...*, o.c., p. 39.

¹⁷ Puede verse en I.C.A.: *Declaración...*, o.c., p. 43.

¹⁸ A.C.I.: *Plan para una década cooperativa*, enero de 2013, p. 6.

cialmente desde el proceso de industrialización hasta la robotización actual, al tiempo que la dimensión de las empresas se ha multiplicado también en una economía globalizada. Esto hace que las inversiones iniciales de la cooperativa deban ser muy grandes y que la aportación de capital correspondiente para la financiación de esas inversiones por parte del socio haya de ser muy elevada. Y una cooperativa de una mayor dimensión, que se moviliza en mercados globalizados, necesita una mayor capacidad financiera para sus actividades presentes y futuras.

Si la cooperativa debe ser competitiva con el resto de las empresas ha de buscar la forma de obtener el capital necesario a lo largo del tiempo, y conseguir la permanencia de ese capital.

Pero, al mismo tiempo, en aplicación del principio, el capital tiene que ser gestionado democráticamente por los socios. Por eso mismo Johnston Birchall consideraba como una de las dos amenazas a los principios cooperativos, en la revisión que realizó diez años después de la vigencia de los mismos, la pérdida del principio de propiedad de los asociados en aquellas cooperativas en las que se obtiene capital de inversores externos a la cooperativa a cambio de acciones con derecho a voto¹⁹.

Para avanzar en el estudio del capital, la Alianza Cooperativa Internacional puso en marcha la Comisión de Expertos sobre Capital Cooperativo a finales de 2012, y ésta encargó al Filene Research Institute una investigación sobre el capital cooperativo, que se llevó a cabo bajo la dirección de A. Michael Andrews, dando lugar al *Informe Investigación sobre el capital cooperativo*²⁰.

El Informe estudia los instrumentos y estructuras de capital que las cooperativas utilizan, las particularidades de las cooperativas pequeñas y nacientes, las estructuras de capital de las trescientas mayores cooperativas y mutuales, y las especialidades de las cooperativas financieras, para concluir que «*acceder a capital adicional de los asociados o a capital de fuentes externas y mantener la adhesión a los principios cooperativos no son alternativas excluyentes*»²¹.

Ahora bien, al mismo tiempo la Comisión de Expertos sobre Capital Cooperativo, considerando que el capital cooperativo se diferencia de otros tipos de capital en la medida en que las cooperativas están definidas y se identifican por un sistema de valores, principios y posiciones

¹⁹ BIRCHALL, Johnston: «Co-operative principles ten years on», *Review of International Co-operation, I.C.A., Geneva*, Vol. 98, N.º 2 / 2005, p. 61.

²⁰ Publicado por la Alianza Cooperativa Internacional en 2015.

²¹ ANDREWS, A. Michael: *Investigación sobre Capital Cooperativo*. Alianza Cooperativa Internacional, julio de 2015, p. 43.

filosóficas, y que el mundo busca modelos económicos equilibrados y sostenibles, contexto en el que el movimiento cooperativo tiene mucho que aportar, puso en marcha una nueva línea de trabajo para ir más lejos de la consideración técnica instrumental del capital y facilitar experiencias y opiniones que permitan avanzar en las reflexiones y debates posteriores. Este trabajo quedó plasmado en el documento titulado *El dilema del capital en las cooperativas*²².

Se trata de un conjunto amplio de aportaciones, desde las consideraciones filosóficas hasta las experiencias prácticas, para intentar situar la problemática del capital en las cooperativas y las vías de conducta que pueden orientar las soluciones en el momento presente.

En el Prólogo²³ se recoge el planteamiento de que frente a la filosofía capitalista que se orienta al individuo y al mercado, la filosofía cooperativa se orienta a lo social y comunitario. De ello se desprende la importancia del trabajo frente al capital que queda supeditado al servicio del trabajo, mientras en la empresa capitalista es el capital el que contrata al trabajo, que queda supeditado a él.

La cooperativa se enfrenta a una doble problemática respecto al capital: por un lado está la naturaleza reembolsable del mismo que puede poner a la empresa en situaciones de falta de capital por su propia variabilidad; por otro, la falta de atractivo económico para el capital externo si no se maximiza el valor del accionista ni se realizan los retornos en función del capital aportado.

Ante esta problemática se orientan tres vías diferentes posibles, que pueden ser seguidas: la adaptación al mercado, el cambio del paradigma dominante a través de la identidad cooperativa, y el cambio del paradigma propio a través de la adaptación de los principios cooperativos.

La adaptación al mercado conservando los principios actuales se ha producido en la última década en la que se presentan cada vez más casos de cooperativas que se financian a través de nuevos instrumentos de capital. Por un lado se contempla la emisión de partes sociales no reembolsables y sin derecho a voto para ser suscritos por los asociados, pudiendo dichos partes ser negociables o no en el mercado interno de los propios socios. Por otro, en cooperativas de gran dimensión, el acceso de inversores externos a la cooperativa, manteniendo ésta el control democrático del capital.

²² Publicado por la Alianza Cooperativa Internacional en 2016.

²³ Tan Suee Chieh y Chuin Ting Weber, «Prólogo del editor», en I.C.A.: *El dilema del capital en las cooperativas*, International Co-operative Alliance, 2016, pp. 12-20.

La segunda vía se refiere al impulso para el cambio del paradigma capitalista dominante. La prolongada crisis económica y financiera ha puesto también en crisis al capitalismo moderno. En este contexto de búsqueda de alternativas al capitalismo las cooperativas tienen mucho que ofrecer. Desde la perspectiva de que las cooperativas ayudan a construir un mundo mejor el Plan para una década cooperativa pretende convertir a las cooperativas en el modelo empresa preferido en cuanto que sitúan a las personas en el centro de la empresa, unen a las comunidades y contribuyen a una mejor sostenibilidad. De este modo el movimiento cooperativo se pone en línea con las teorías del «nuevo capitalismo» que miran a los *skateholders* y a la comunidad.

Por fin, la tercera vía supone el cambio del propio paradigma cooperativo actual a través de la reflexión crítica sobre el modelo y una nueva evaluación de los principios cooperativos.

En esta perspectiva se propone dotar de una mayor vitalidad al sexto principio, de colaboración entre cooperativas, para facilitar la participación en el capital de unas cooperativas por parte de otras, la creación de fondos de estabilización en el movimiento cooperativo, y la asociación de cooperativas con mutuales y otras empresas de economía social.

Y, del mismo modo, se propone ampliar el séptimo principio, de interés por la comunidad, que profundiza en el desarrollo sostenible, para agrandar el filtro de la primacía del interés de los socios y llegar a otros interesados, aunque no sean los asociados, y a la sociedad en su conjunto: «*Para ser auténticos defensores de la sostenibilidad tendríamos que extender nuestro cuidado por las personas a la custodia del planeta en el que viven y trabajan tanto esta generación como las generaciones futuras. En consecuencia, el capital y el beneficio no deben ser vistos como nuestros adversarios, sino como socios y facilitadores que contribuyen a la disciplina en la gestión y a promover la sostenibilidad financiera*»²⁴.

5. Bibliografía

- A.C.I.: *Plan para una década cooperativa*, enero de 2013. En www.aciamicas.coop/IMG/pdf/ica_blueprint_es.pdf
- A.C.I.: *Notas de orientación para los principios cooperativos*. Alianza Cooperativa Internacional, 2015. En www.aciamicas.coop/IMG/pdf/guidance_notes_es.pdf

²⁴ Tan Suee Chieh y Chuin Ting Weber, «Prólogo del editor», en I.C.A.: *El dilema...*, o.c., p. 20.

- Andrews, A. Michael: *Investigación sobre Capital Cooperativo*. Alianza Cooperativa Internacional, julio de 2015. En www.aciamericas.coop/IMG/pdf/investigacion_sobre_capital.pdf
- Birchall, Johnston: «Co-operative principles ten years on», *Review of International Co-operation, I.C.A., Geneva*, Vol. 98, N.º 2 / 2005, pp. 45-63.
- BÖÖK, Sven Ake: *Co-operative values in a changing world* (report to the ICA Congress, Tokio, October 1992), International Co-operative Alliance, Geneva, 1992.
- I.C.A.: *Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la Identidad Cooperativa. Los principios cooperativos*, Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, Vitoria-Gasteiz, 1996.
- I.C.A.: *El dilema del capital en las cooperativas*, International Co-operative Alliance, 2016. En <https://ica.coop/sites/default/files/publication-files/ica-el-dilema-del-capital-en-las-cooperativas-1135397776.pdf>
- LAMBERT, Paul: *La doctrina cooperativa*, 3.ª ed., Intercoop, Buenos Aires, 1970.
- MARTÍNEZ CHARTERINA, Alejandro: *Introducción a la Economía*, 2.ª edición, Dykinson, Madrid, 2017.
- MARTÍNEZ CHARTERINA, Alejandro: *La cooperativa y su identidad*, Dykinson, Madrid, 2016.
- Laws and objects of the Rochdale Society of Equitable Pionners: enrolled according to the acts, 10th, George IV, and 4th and 5th, William IV*. Printed by Jesse Hall, Rochdale, 1844.
- Supplement of Amended Laws of the First Department of the Rochdale Society of Equitable Pioneers, held in Toad-Lane, in the Parish of Rochdale, in the County of Lancaste*. Printed by Jesse Hall, Rochdale, 1845.

El inconcluso régimen legal de las mutuas de seguros y la paulatina desmutualización del sector asegurador español¹

Carlos Vargas Vasserot
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Almería

Recibido: 16-04-2018
Aceptado: 18-05-2018

Sumario: 1. Mutualidad, seguro y mutuas de seguros. 2. La evolución legislativa de las mutuas de seguros y su incompleto marco legal en la actualidad. 3. Naturaleza jurídica de las relaciones mutualistas en las mutuas de seguros. 4. Principales novedades del régimen legal de las mutuas y el riesgo de desmutualización del sector. a. Continuidad con el régimen anterior. b. La proscripción legal de las mutuas a prima variable. c. El régimen de modificaciones estructurales. d. Grupos mutuales. 5. Bibliografía.

Resumen: Las mutuas de seguros constituyen una forma especial de explotar la actividad aseguradora caracterizada por su naturaleza eminentemente mutualista frente a las entidades aseguradoras con forma de sociedades anónimas en las que predomina el interés lucrativo de la entidad. Sin embargo, paulatinamente se han ido equiparando las exigencias económicas y financieras, la solvencia y las bases técnicas que deben tener las mutuas y las compañías de seguros para ser autorizadas para operar en los distintos ramos, con lo que estructuralmente las diferencias entre estos dos tipos de aseguradoras no son tan evidentes y no suelen ser percibidas por los propios tomadores de seguros. Un claro impulso a este proceso de asimilación ha venido de la mano de la Ley 20/2015 de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras y su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1060/2015. No obstante, ambos cuerpos normativos dedican escasos preceptos a las mutuas de seguros en comparación con la normativa anterior, que se mantiene básicamente en vigor hasta que se acometa una futura regulación específica de las mutuas. En el presente estudio se expondrá el origen y evolución de explotación del seguro a través de mutuas, la naturaleza jurídica de las relaciones mutualistas entre los asegurados y las mutuas y las principa-

¹ Estudio realizado en el marco de Proyecto de Investigación DER2013-48864-C2-1-P del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España, titulado «Integración cooperativa y reestructuraciones socialmente responsables. Mecanismos de creación de empleo e incremento de productividad empresarial».

les novedades del vigente, e inacabado régimen legal de las mutuas de seguros, que se pueden resumir en tres: prohibición de las mutuas a prima variable, cambios en el régimen de modificaciones estructurales en las que participe una mutua y el reconocimiento de la posibilidad de constituir grupos mutuales basados en vínculos no de capital.

Palabras clave: mutuas de seguros, marco legal, grupos mutuales, modificaciones estructurales, relaciones mutualistas

Abstract: Insurance mutual societies constitute a special way of exploiting the insurance activity characterized by its eminently mutualistic nature in opposition to the insurers with the form of corporations in which the lucrative interest of the entity predominates. However, the economic and financial requirements, the solvency and the technical bases that mutual societies and insurance companies must have to be authorized to operate in the different sectors have gradually been equated, so the differences between these two types of insurers are not so obvious and are not usually perceived by the policy holders themselves. A clear impulse to this process of assimilation has come from the Act 20/2015 of Ordinance, Supervision and Solvency of Insurance and Reinsurance Entities and its development Regulation, approved by Royal Decree 1060/2015. However, both regulatory bodies devote scarce precepts to mutual insurance societies in comparison with the previous regulations, which remain basically in force until a future specific regulation of mutuals is performed. The present study will discuss the origin and evolution of insurance operations through mutual societies, the legal nature of mutual relations between insureds and mutuals, and the main novelties of the current legislation, and the unfinished legal regime of insurance mutual societies, which can be summarized as three: prohibition of variable rate mutuals, changes in the regime of structural modifications in which a mutual participates, and recognition of the possibility of forming mutual groups based on non-capital bonds.

Keywords: Insurance mutual societies, legal framework, mutual groups, structural modifications, mutual relations

1. Mutualidad, seguro y mutuas de seguros

Las *mutuas de seguros* constituyen una forma especial de explotar la actividad aseguradora caracterizada, como otros tipos de empresas del sector que se integran en la denominada *economía social* —mutuas de previsión social y cooperativas de seguros— por su naturaleza eminentemente mutualista frente a las entidades aseguradoras con forma de sociedades anónimas en las que predomina el interés lucrativo de la entidad. Pero conviene, con carácter previo, hacer una serie de precisiones a esta afirmación. *Mutualidad* significa ayuda y socorro mutuo, satisfacción de necesidades comunes y ausencia de ánimo de lucro en la gestión con los socios², pero lo que ocurre es que la propia esencia del seguro, cualquiera que sea su forma de explotación, es siempre la mutualidad en el sentido de la existencia de un grupo de personas sometidas a los mismos riesgos que contribuyen recíprocamente a reparar las consecuencias de los siniestros que afectan a cada una de ellas³. Y lo cierto, es que como demuestra su origen y desarrollo histórico, el seguro es una institución de previsión basada en la mutualidad técnicamente organizada.

El seguro aunque encuentra sus antecedentes en diversas asociaciones de asistencia recíproca y socorro mutuo de la Antigüedad (como las que recogen el Código de Hammurabi en Oriente y las Leyes de Rodas en Grecia o las que se desarrollan en Roma a través de los *collegia* de enterramientos militares y civiles), surge en el ámbito del comercio marítimo en el medioevo italiano, como una desviación del *préstamo a la gruesa*, motivada por las prohibiciones canónicas que calificaban a éste de usurario por los intereses cobrados (*usurae maritimae*), que eran notablemente superiores a los normales y sin limitaciones⁴. Pos-

² En nuestra doctrina los dos trabajos esenciales sobre la mutualidad, aunque referida esencialmente a las sociedades cooperativas, son LLOBREGAT HURTADO, *Mutualidad y empresas cooperativas*, Barcelona, Bosch, 1991 y PANIAGUA ZURERA, *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997.

³ Por todos, GARRIGUES, en su magistral *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1.ª ed., 1973, pp. 23-34.

⁴ Para eludir las terminantes proscripciones eclesiásticas sobre la usura, se intentó dar al contrato de préstamo a la gruesa una apariencia de licitud que finalmente desembocó en una nueva institución: el contrato de seguro marítimo, que vino a sustituir a la cobertura de los riesgos propios de la expedición marítima que se realizaba por el préstamo a la gruesa; y la prima del seguro, precio de dicha cobertura, a los intereses remuneratorios. Sobre la descripción del desarrollo del seguro marítimo a partir de la prohibición del préstamo a la gruesa por usurario, y las diversas justificaciones de la naturaleza jurídica del seguro *vid.* la clásica obra de GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale* (trad. Pouchain y Scialoja de la original *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1891), Torino, 1913, pp. 281 a 283.

teriormente, como se sabe, la práctica del seguro se extiende a actividades diferentes de la navegación y del propio comercio y el ámbito de los bienes e intereses asegurables y de los sujetos que intervienen como tomadores del seguro o como asegurados, pero desde momentos muy iniciales de la institución se pueden distinguir dos formas de explotación del seguro: la mutua y la lucrativa.

La primera parece que surge históricamente en el siglo XIII en Alemania y en Flandes como un desarrollo del auxilio mutuo que daban las *guildas* medievales (corporaciones de mercaderes o comerciantes también denominadas *hansas*) en caso de siniestros sufridos por sus miembros, en especial contra incendios (*Brandgilden*). Se cita un seguro concertado en forma mutua en 1591 por cien fabricantes de cerveza de Hamburgo como el contrato de seguros de incendios más antiguo del que se tiene constancia documental⁵

Estas primitivas asociaciones de asistencia recíproca por su deficiente organización técnica y limitado ámbito de actuación generaban evidentes riesgos para sus asociados, por lo que fueron paulatinamente siendo sustituidas a partir del siglo XVIII por entidades públicas de seguros (*Sozietäten*) hasta llegar a la fundación de grandes mutuas de seguros a principios del siglo XIX⁶. En España el proceso fue parecido, pero el germen de las mutuas de seguros se encuentra en las *cofradías* y posteriores *hermandades de socorro* de los gremios muy influenciados por la iglesia (siglo XIV) que pasaron después (siglo XVIII) a ser sustituidas por los *montepíos* ya bajo el control del Estado⁷. En cualquier caso, es un hecho que el mutualismo de previsión y socorro mutuo nació antes que el mutualismo estrictamente de seguros⁸. Sin embargo, en España la primera Compañía de seguros se creó en 1785 en el ámbito marítimo, mientras que la primera mutua de seguros de la que se tiene constancia es la *Sociedad de Seguros Mutuos de Incendios de casas en Madrid* que se constituyó en 1822⁹.

Este tipo de entidades se caracterizan aún hoy porque la masa social y la masa de asegurados coinciden y recordemos que el seguro es

⁵ BENÍTEZ DE LUGO, *Tratado de seguros*, vol. I, Madrid, 1955, p. 100.

⁶ HERRMANNSDORFER, *Seguros Privados*, Madrid, 1933, pp. 30 y s.

⁷ ÁVALOS, «Antecedentes históricos del mutualismo», *CIRIEC-España*, núm. 12, pp. 40-42.

⁸ MORENO, «La génesis del mutualismo moderno en Europa», *REVESCO*, núm. 72, pp. 199-214.

⁹ Por seguir con las curiosidades históricas, en 1834 se funda la *Mutua de Extra-muros* en Madrid y la *Mutua de Sevilla*, y en 1835 se constituye la *Sociedad de Seguros Mutuos contra incendios de Barcelona*. Datos extraídos de GARRIDO Y COMAS, *Tratado general de seguros*, t. I, vol. I, Madrid, 1986, pp. 26 y s.

un contrato de masas y valga la redundancia. Los asegurados se convierten en mutualistas con la conclusión del contrato de seguro y, en teoría, gestionan directamente los intereses colectivos de cobertura de riesgos comunes y propios. En cambio, en la explotación lucrativa del seguro, los socios (accionistas) y la propia entidad (sociedad anónima) tienen como principal interés obtener ganancias por la cobertura de riesgos ajenos, los de sus clientes. Esta distinta finalidad perseguida en la explotación del seguro ha tenido un natural reflejo en la manera de funcionar de estas dos formas de aseguramiento. Lo que ocurre es que, si como ya señalaba el profesor GARRIGUES a principio de los años setenta del siglo pasado, la distinción entre ambas formas de explotación en teoría era fácil y en la práctica difícil¹⁰, en la actualidad en muchas ocasiones son inapreciables los rasgos diferenciales de ambas clases de aseguradoras, incluso para los propios asegurados que muchas veces no saben la naturaleza jurídica que tiene la entidad que asegura sus riesgos.

Desde hace mucho tiempo el papel contractual de asegurador se encuentra monopolizado, tanto por razones técnico-económicas como estrictamente legales, por unas empresas mercantiles que son los diferentes tipos de entidades aseguradoras no admitiéndose ni el seguro entre particulares¹¹ y ni siquiera el seguro concertado por una entidad que no haya sido autorizada por la autoridad administrativa correspondiente que es declarado nulo de pleno derecho. Así, el contrato o la relación de seguro siempre contraponen al menos a dos sujetos: por un lado, una empresa especializada en el aseguramiento de riesgos y por otra un sujeto, que en la mayor parte de los casos es un simple consumidor o bien un profesional o empresario que no está especializado en el ámbito del seguro. No obsta a esta afirmación el hecho de que el fenómeno mutualístico (es decir, el autoaseguramiento por los propios interesados eludiendo la intervención de un empresario de finalidad lucrativa) haya tenido una singular importancia en este sector económico, porque, en cualquier caso, ya se trate de una organización que responda a una idea capitalista o a una idea mutualista, lo que está claro es que la actividad aseguradora, por su extraordinaria comple-

¹⁰ *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 28.

¹¹ Recordemos que el régimen del contrato de seguro del Código civil (arts. 1791-1797) fue expresamente derogado por la disposición final de la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro. En dicha regulación, tras regular el seguro contratado entre dos sujetos (art. 1791), admitía que «también puede asegurarse mutuamente dos o más propietarios del daño fortuito que sobreventa en sus bienes respectivos» (art. 1792).

tividad técnica y por la acumulación de fondos necesaria para desarrollarla, sólo se permite explotarlas por empresarios sociales de cierta entidad y que cumplan una serie de requisitos. Por ello, a las mutuas con el tiempo se les ha ido dotando de una estructura corporativa y de una organización similar a las de las sociedades anónimas de seguros y se han sometido a un control y supervisión cada vez más parecido al del resto de entidades del sector. De este modo, paulatinamente se han equiparando las exigencias económicas y financieras, la solvencia y las bases técnicas que deben tener las mutuas y las compañías de seguros para ser autorizadas para operar en los distintos ramos, con lo que estructuralmente las diferencias entre estos dos tipos de aseguradoras no son tan evidentes.

Un claro ejemplo de este proceso de asimilación iniciado en España desde hace décadas por la normativa de ordenación y supervisión de los seguros privados, exigiendo que las mutuas de seguros acrediten un fondo mutual permanente en cuantía semejante al capital social de las sociedades anónimas de seguros. En esta línea la reciente incorporación a nuestro ordenamiento de la «Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio» (*Solvencia II*), fundamentalmente a través de la Ley 20/2015 de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (se cita LOSSEAR) y su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1060/2015 (se cita ROSSEAR), va a obligar a las mutuas de seguros a establecer y documentar un modelo de gestión integral de riesgos, mayores requerimientos de recursos propios y de márgenes de solvencia, un incremento de la transparencia, mejora de la información y refuerzo de los mecanismos de tutela de los tomadores, con implicaciones en la propia gobernanza de estas entidades. Y mucho me temo que algunas, las de menor dimensión, no serán capaces de adaptarse a estas exigencias y serán absorbidas por otras mutuas o se transformarán en compañías de seguros.

Y esta paulatina aproximación estructural, organizativa y de funcionamiento financiero y técnico ha ido acompañada de una paulatina asimilación jurídica de ambos tipos de entidades. De este modo, el histórico divorcio entre el Derecho mercantil y las entidades mutualistas, consagrado en el artículo 124 del Código de Comercio de 1884, aún formalmente vigente, que las consideraba sólo mercantiles si se dedicaban a operar con terceros no socios o se convertían en sociedades a prima fija, lo que según nuestro ordenamiento estaba prohibido al ser ambas circunstancias incompatibles al concepto de mutua, ha ido su-

perándose¹². Primero, desde posiciones doctrinales que defendían que las mutuas eran sociedades mercantiles aún sin tener ánimo de lucro y, después, con la intervención del legislador que ha terminado por calificarlas expresamente como tales.

No es el momento de entrar en la discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica de las mutuas dado, además de que la Ley deja claro su carácter de sociedad mercantil en nuestro ordenamiento¹³. No obstante, cabe recordar que si bien durante el siglo XIX y mitad del XX la tesis mayoritaria era la consideración de las mutuas de seguros como asociaciones al hilo de su reconocimiento como tales en la Ley de Asociaciones de 1887¹⁴ y en las leyes de ordenación del seguro privado de la época (1908 y 1954), hoy esta tesis está totalmente superada, como la que consideraba que eran sociedades civiles¹⁵. El camino a la mercantilización de las mutuas lo aclaró el legislador con la Ley 33/1984 sobre Ordenación del Seguro Privado que parte de su calificación como *sociedades mutuas* y distinguía las que operaban a prima fija y las que

¹² Art. 124 C.com.: «Las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilio a la vejez, y de cualquiera otra clase [...], sólo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija». La Exposición de Motivos del Código argumentaba que no se consideran sociedades mercantiles a las *asociaciones mutuas* «porque falta en ella el espíritu de especulación que es incompatible con estas sociedades».

¹³ Para lo que remito a CARRO DEL CASTILLO, «Naturaleza jurídica de las mutuas de seguros», en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, Dir. Verdera, vol. I, Madrid, 1988, pp. 423-443.

¹⁴ El artículo 1, 2.º de Ley de Asociaciones de 1887 expresamente reconocía que se regían por dicha norma las sociedades de socorros mutuos y de previsión (art. 1, 2.º). Mientras que la Ley de Asociaciones de 1964 era menos clara al respecto, la Ley 1/2002 de Asociaciones excluye expresamente a las mutuas de su ámbito (art. 1.4).

¹⁵ La defensa de la naturaleza de sociedad mercantil de la mutua fue iniciada en nuestra doctrina por SÁNCHEZ CALERO, *Curso de Derecho del Seguro Privado*, Bilbao, 1961, pp. 63 y s., apoyada, esencialmente, en la forma de organización de las mutuas de seguros como empresas mercantiles junto a la imposición de bases técnicas y tarifas iguales que las de las sociedades anónimas de seguros, que las hacían operar de facto a prima fija. En contra, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y BROSETA PONT, «Mutuas de seguros, prima fija y carácter no mercantil», *RDM*, núms. 179-180, 1986, pp. 7-59; y «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de las mutuas de seguros», *RES*, núm. 46, 1986, pp. 173-186; y VICENT CHULIÀ, «Las empresas mutualísticas y el Derecho mercantil en el ordenamiento español», *RCDI*, núm. 512, 1976, pp. 69-134 y «Aspectos relevantes del régimen jurídico de la mutua de seguros a prima fija», *RGD*, núms. 640-641, 1998, pp. 615-650, que con parecidos argumentos consideraban que las mutuas necesariamente, por la posibilidad de derramas activas y pasivas, trabajan a siempre a prima variable y, por tanto, no son mercantiles.

lo hacían a prima variable (arts. 13 y 14), sometiendo a las primeras a similares exigencias de constitución y publicidad que a las sociedades mercantiles con la obligación de inscribirse en el Registro Mercantil (art. 12.3¹⁶). Por su parte, el Reglamento de Ordenación del Seguro Privado de esa Ley (RD 1348/1985) reguló los órganos sociales teniendo como referencia el régimen legal de las sociedades anónimas (arts. 29-35).

La Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado (se cita LOSSP) contiene un régimen sobre las mutuas de seguros similar a la Ley precedente pero ya no habla de sociedades mutuas y se refiere a ellas como *entidades privadas sin ánimo de lucro*. En cambio, sigue avanzando en la asimilación de las mutuas a prima fija con las sociedades mercantiles el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (RD 2486/1998), vía derecho supletorio, al declarar que en todo lo no previsto en la normativa y en los estatutos es de aplicación supletoria el régimen legal de las sociedades anónimas [art. 9.4, letra c)]¹⁷. Y si esta aplicación supletoria del Derecho de sociedades anónimas la juntamos con que la regulación legal especial para estas entidades es poco extensa, de nuevo vemos como las diferencias jurídicas entre mutuas y sociedades anónimas de seguros son menores que las que, en principio pudieran parecer. Finalmente, la LOSSEAR ha reconocido ya abiertamente a las mutuas como *sociedades mercantiles* (art. 41.1).

Por otra parte, el sistema de cobertura de riesgos también históricamente ha sido diferentes entre ambas formas de explotar el seguro en relación con los pagos que deben hacer los asegurados, o mejor dicho, los tomadores del seguro, para estar cubiertos por el seguro¹⁸. En las sociedades anónimas se ha utilizado siempre el *sistema de primas*, es decir, el tomador paga un precio fijado anticipadamente por la cobertura del el seguro y la compañía queda obligada a cumplir con las condiciones estipuladas en la póliza del seguro. El riesgo del seguro, en el sentido de riesgo de la empresa, corre a cargo de la entidad aseguradora, que puede obtener beneficios si los ingresos por primas han

¹⁶ Art. 16.1.3. ° C.com.; arts. 81.1, letra c) y 254-258 RRM.

¹⁷ Como señala PANIAGUA ZURERA, *La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social*, vol. I, tomo 12, en Tratado de Derecho mercantil, Madrid, 2005, p. 394, esto supuso una importante ampliación de la remisión a la legislación sobre sociedades anónimas que hacía el RD 1348/1985, que se refería exclusivamente a los órganos de gobierno de la mutualidad y a relaciones de los socios con la entidad (art. 36).

¹⁸ HERRMANNSDORFER, *op. cit.*, p. 22; y GARRIGUES, *op. cit.*, pp. 24 y s.

sido superiores a los gastos de funcionamiento de la entidad y a los pagos de indemnizaciones por siniestros realizadas u obtener pérdidas en caso contrario.

En cambio, la explotación del seguro en forma mutual ha funcionado tradicionalmente por el *sistema de distribución*, que consiste o bien en repartir periódicamente entre todos los mutualistas las consecuencias económicas de los siniestros ocurridos a prorrata de los respectivos capitales asegurados, estableciéndose así para cada uno de ellos lo que puede llamarse una *cuota a posteriori* de carácter *variable*; o bien en calcular anticipadamente (*a priori*) el importe de sus obligaciones en el ejercicio venidero que se distribuye entre los mutualistas en una cantidad *fija* en proporción a los capitales asegurados. En este segundo caso, a la terminación del periodo si la mutua incurre en pérdidas somete a los mutualistas a una recaudación suplementaria para absorberlas (*derramas pasivas*) y si, por el contrario, la mutua obtiene resultados positivos se reintegra el exceso de las cuotas cobradas a los asegurados (*derramas activas* o *retornos*). Por esta diferente forma de funcionar, a las sociedades capitalistas se les ha solido exigir mayores garantías económicas que a las mutuas, ya que no cuentan con el mecanismo de poder exigir a sus clientes aportaciones personales para cubrir pérdidas.

Pues bien, de un lado, desde hace mucho tiempo se califican de *primas* a las cuotas que se les cobra a los mutualistas tanto por la normativa administrativa del seguro como en la práctica del sector, aunque en realidad la cantidad anticipada por el mutualista no es una prima propiamente dicha porque por el juego de las derramas activas y pasivas no es una cantidad cierta hasta que transcurre el periodo de referencia¹⁹. Por otro lado, las mutuas a prima variable que eran ya una reminiscencia histórica han sido prohibidas en nuestro ordenamiento (art. 27.1 y disp. transitoria 1.ª LOSSEAR) y, por último, por ley se establece que la responsabilidad de los mutualistas por las deudas sociales en las mutuas se limita, en todo caso, a un importe igual al de la prima que anualmente paguen [que fue una novedad de la Ley 33/1984 art. 13, 2, letra d) LOSP y que hoy sigue vigente [art. 9.2, letra d) TR-

¹⁹ Por eso, algunos autores consideran que la denominación legal de mutua a *prima fija* no se ajusta a la realidad del funcionamiento de las entidades a que se aplica y a que la cantidad que se anticipa de puede ver reducida por los extornos o incrementadas por las derramas pasivas: BECOVITZ y BROSETA, «Mutuas de seguros a prima fija y carácter no mercantil», cit., pp. 27 y s., y pp. 44 y s.; VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, pp. 28-30; TIRADO SUÁREZ, *Ley ordenadora del seguro privado: exposición y crítica*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1984, p. 72.

LOSSP]. Además, en la práctica las diferencias de los sistemas de cobertura de riesgos de las grandes mutuas y de las sociedades anónimas de seguros son apenas reconocibles por el tomador del seguro ya que las primas se calculan mediante sofisticados programas de cálculo estadístico y de probabilidades que apenas dan lugar ni a derramas pasivas ni a retornos para los mutualistas, y de haberlas suelen ser de cantidades irrisorias.

Por tanto, la única diferencia importante que existe entre las mutuas de seguros y las sociedades anónimas de seguros es que en las primeras los asegurados son, a su vez, socios de la entidad. Este es el aspecto diferencial de la mutua de seguros respecto a las sociedades anónimas de seguro, se recoge en su concepto legal: «sociedades mercantiles sin ánimo de lucro, que tienen por objeto la cobertura a los socios, sean personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al comienzo del período del riesgo» (art. 41.1 LOSSEAR). Podemos partir entonces de un concepto de mutuas de seguros como entidades aseguradoras privadas que tienen por objeto la cobertura a sus socios de los riesgos asegurados y en las que cada socio, como tal, se encuentra en una relación contractual de seguro con la sociedad, y en las que mediante la prestación dineraria de los asociados, incluso del que es víctima del siniestro, se repara el daño sufrido con una ausencia de ánimo de lucro de los propios socios a diferencia de lo que ocurre con los de la sociedades anónimas de seguros. Como se ha defendido, es un tipo social especial por su objeto social (la actividad aseguradora), por algunas de sus características (sociedad mutualista y personalista) y por su inserción en el ámbito de la economía social²⁰.

El concepto de economía social es difícil de concretar, ya que constituye una realidad muy diversa. Generalmente se entiende por tal, toda actividad económica de carácter privado basada en la asociación de personas en entidades de tipo democrático y participativo, con primacía de las aportaciones personales sobre las de capital y donde la distribución del beneficio y la toma de decisiones no están directamente ligadas con el capital aportado por cada socio. En España la norma de referencia en esta materia es la Ley 5/2011 de Economía Social (LES), que tiene por objeto establecer un marco jurídico común para el conjunto de entidades que integran la economía social, con pleno respeto a la normativa específica aplicable a cada una de ellas, así como determinar las medidas de fomento a fa-

²⁰ PANIAGUA ZURERA, *op. cit.*, p. 403.

vor de las mismas en consideración a los fines y principios que les son propios. La LES define a la economía social al conjunto de las actividades económicas y empresariales, que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con una serie de principios extraídos de los cooperativos, persigan bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos²¹. Pues bien, en el listado de entidades de la economía social que contiene el artículo 5.1 de la LES, se incluyen a las *mutualidades* junto a las cooperativas, las sociedades agrarias de transformación, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo y las cofradías de pescadores. La consideración de las mutuas como empresas de economía social significa que se guían en su actuación por una serie de principios orientadores que se debería traducir en una sociedad participativa y democrática. Pero aunque la Ley acoja esos principios en una serie de preceptos (un socio un voto, igualdad de trato, régimen de derramas activas o retornos, derecho de información, etc.) la realidad del sector los modula y la tendencia manifiesta a constituir grandes entidades o grupos mutuales, provoca una continua aproximación funcional entre mutuas y sociedades anónimas de seguros. Y, como hemos dicho antes, gran parte de los asegurados de esas mutuas no saben que son mutualista ni qué consecuencia tiene esta circunstancia ya que realmente les interesa es el contenido contractual de esa relación asegurativa (precio de la prima, cobertura, exclusiones, etc.).

De otro lado, la gestión democrática de la mutua por parte de los socios no siempre es real. Por ejemplo, hay una limitación clara a quién puede ser elegible para ocupar cargos sociales, al exigirle el cumplimiento de una serie de requisitos, como el de cualificación o

²¹ Según el artículo 4 LES, los principios orientadores de la economía social son los siguientes: «a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social; b) Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad; c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad; y d) Independencia respecto a los poderes públicos».

experiencia (art. 13.2 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998 —se cita ROSSP). Que difícilmente va a concurrir en un socio no profesional en la gestión de este tipo de empresas. Por otra parte, aunque la condición de miembro del Consejo de Administración de la mutua depende de su condición de mutualista (art. 18.2 ROSSP), es sencillo eludir esta norma puesto que con suscribir un seguro se le capacita, en este punto, para ejercer el cargo. Y así es un hecho que tanto los que se presenta a los cargos electores, como los que los eligen de manera efectiva, suelen ser minorías activas y con vínculos profesionales y/o personales con la entidad (empleados, trabajadores, cargos e incluso familiares y allegados), con lo que el ideal democrático que teóricamente rige en estas sociedades se aleja mucho de la realidad.

2. La evolución legislativa de las mutuas de seguros y su incompleto marco legal en la actualidad

La regulación legal de las mutuas de seguros se inicia en España con el ya comentado artículo 124 Código de comercio de 1884 que, en contra de sus antecedentes prelegislativos, determinó la inicial exclusión de las mutuas de seguros del ámbito del Derecho mercantil. Durante gran parte del siglo xx las escasas regulaciones sustantivas de las mutuas se recogieron en las leyes ordenadoras del seguro privado, siendo, con carácter general, bastante escasa la atención que se le prestaba a esta forma de explotar la actividad aseguradora.

La Ley de Seguros de 14 de mayo de 1908 que instauró en nuestro ordenamiento el control de la actividad aseguradora se aplicaba a las sociedades anónimas de seguros, a los montepíos, sociedades de socorros mutuos y a las *asociaciones* mutuas, pero excluía de su ámbito a aquellas mutuas «sin prima fija o cuota, de carácter local, municipal y provincial, que no tengan por fin el lucro y sí exclusivamente la indemnización de los daños o riesgos que los asociados puedan sufrir en sus bienes» (art. 3). El Reglamento de 1912 que la desarrolla, por su parte, dedica varios preceptos a las mutuas de seguros en los que reconoce las características esenciales de estas entidades (sólo se pueden asegurar a los mutualistas; no ser la operación de seguro objeto de industria o beneficio para la colectividad aseguradora; e igualdad de derechos y obligaciones de los mutualistas) y que las asociaciones puramente mutuas no podían asegurar a prima fija (arts. 29-35). Es llamativo como dicha norma evita en todo momento reconocer persona-

alidad jurídica propia a la entidad diferente a las de sus asociados²² y al órgano de administración lo denomina simplemente «organismo representativo y amovible emanado de la voluntad colectiva de los mutualistas» (art. 33.4). La Ley de Ordenación del Seguro Privado de 16 de diciembre de 1954 no supuso ningún cambio significativo en el planteamiento sobre las mutuas, y el contenido de su artículo 12, que establece las condiciones que debían cumplir las mutuas para ser consideradas como tales, coincide casi literalmente con el del artículo 33 del Reglamento de 1912, norma que quedo vigente hasta los años ochenta por no publicarse una específica de desarrollo de la Ley de 1954.

La Ley 33/1984 sobre Ordenación del Seguro Privado produjo un importante giro normativo en esta materia. Con anterioridad a esta norma, la regulación sobre mutuas de seguros era muy básica, con graves deficiencias técnicas y no se explicaba ni se distinguía el funcionamiento del seguro realizado por mutuas respecto al realizado por sociedades anónimas. Respecto a las novedades de la Ley de 1984, de un lado, amplió notablemente los tipos de entidades aseguradoras incluyendo de manera novedosa a las *sociedades cooperativas de seguros* (art. 7), que regula junto a las mutuas (capítulo III), y sometió por primera vez a las mutualidades de previsión social a las disposiciones aplicables a las entidades aseguradoras que había iniciado tiempo atrás un camino legislativo separado (especialmente con la Ley de 6 de diciembre de 1941). Por otra parte distingue con claridad el régimen de las mutuas a *prima fija*, estos, que tienen por objeto la cobertura a sus socios de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al comienzo del período del riesgo (art. 13); de las mutuas a *prima variable*, es decir, las que fundadas sobre el principio de ayuda recíproca, tienen por objeto la cobertura por cuenta común de los riesgos asegurados a sus socios o mutualistas, mediante el cobro de derramas con posterioridad a los siniestros (art. 14). A las mutuas a prima fija les impone la obligación de inscripción en el Registro Mercantil para su constitución mientras que para las mutuas a prima variable limitaba el ámbito de actuación a un único ramo y en un ámbito territorial reducido (menos de 2 millones de habitantes o una provincia)²³.

²² Por ejemplo, para ser considerada asociación mutua de seguro señala la exigencia de «ser entidad aseguradora la personalidad colectiva y mancomunada de todos los asociados» (art. 33.1) y «ser únicamente asegurados o contratantes con dicha personalidad colectiva aseguradora las personas que, mediante la aceptación simultánea de una póliza y de los estatutos y reglamentos, tomen, a su vez, carácter de aseguradores» (art. 33.2).

²³ Para detalles sobre su régimen, DUQUE DOMÍNGUEZ, «Mutuas y cooperativas en la nueva legislación ordenadora del seguro privado», *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, Dir. Verdera, Madrid, 1988, pp. 367 y ss.; y la citada obra de TIRADO SUÁREZ, *passim*.

El Real Decreto 1248/1985 que aprobó el Reglamento de Ordenación del Seguro Privado regulaba, con cierto detalle, los derechos y obligaciones de los socios de las mutas, los órganos de gobierno (*Junta General* y *Consejo de Administración*) y el contenido mínimo de los estatutos (arts. 24-39). Se puede reconocer en esta normativa de los años ochenta un gran avance técnico en la regulación legal de las mutuas de seguros respecto a la anterior, teniendo como referencia el régimen legal de la sociedad anónima

Cabe mencionar que la Ley del seguro de 1984 fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad por los gobiernos vasco y catalán, precisamente por la regulación que contenía sobre las cooperativas de seguros, las mutuas y las mutualidades de previsión social que dichas Autonomías consideraban de su competencia exclusiva y que se resolvió por la conocida STS 86/1989, que declaraba respecto a las mutua de seguros que las competencias autonómicas quedaban reducidas al desarrollo y ejecución de las bases estatales ya que el Estado tenía competencia exclusiva en la legislación básica de la actividad aseguradora por ser legislación mercantil (art. 149.1.6.^a CE). No obstante, aunque la mayoría de Comunidades Autónomas han asumido competencias sobre mutuas de seguros, a diferencia de lo que ha ocurrido con las mutualidades de previsión social no integradas en la Seguridad Social²⁴, ninguna de ellas ha promulgado hasta ahora una normativa de desarrollo de la legislación básica del Estado, aunque en las leyes ordenadoras de seguros privados aparece muy claro la delimitación de qué preceptos tienen carácter básico y cuáles no²⁵. Supongo que dado el escaso número de mutuas de seguros que tradicionalmente operan en nuestro mercado asegurador (en la actualidad unas treinta), y algunas de ellas, las más importantes, de actuación supra autonómica, no les merece la pena a las Comunidades Autónomas desarrollar dicha normativa.

Por su parte, la Ley 30/1995 de Ordenación de los Seguros Privados reguló en su artículo 9 el régimen básico de las mutuas a prima fija y en el artículo 10 el de las mutuas a prima variable, desarrollados respectivamente en los artículos 11 a 22 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998 (se cita ROSSP). En dichos preceptos no se observan grandes diferencias del régimen legal de las mutuas respecto a la normativa anterior (aunque es llamativo el cambio de de-

²⁴ En Cataluña la Ley 10/2003, en el País Vasco la Ley 5/2012, etc.

²⁵ Disp. final 1. ^a LOSSP, disp. final 9. ^a LOSSEAR, etc.

nominación de los órganos sociales: *Asamblea General y Consejo de Administración*)²⁶.

Por último, la LOSSEAR dedica a las mutuas de seguros un sólo artículo, el cuarenta y uno (titulado precisamente *mutuas de seguros*) sin apenas hacer referencia en otros preceptos de la Ley a esta forma alternativa de explotación de seguros. Dicho precepto, muy parco, se limita a dar un concepto legal de mutua de seguros (apdo. 1), a reconocer la posibilidad de constituir grupos mutuales (apdo. 2) y a establecer algunas normas relativas a la liquidación de la mutua y determinados supuestos de modificaciones estructurales (apdo. 3).

A principios de diciembre de 2015 se promulgó el Real Decreto 1060/2015 que aprueba el Reglamento de la Ley (ROSSEAR). La norma reglamentaria, aparte de algunos artículos dispersos por el texto, dedica a las mutuas de seguros tres grupos de normas. Uno, las normas relativas al acceso a la actividad aseguradora y reaseguradora de las mutuas en el Capítulo I del Título II [arts. 4.1, letra a) y b), 7.1, letra b), 14 y 20]; otro, las disposiciones relativas a las mutuas del régimen de modificaciones estructurales de entidades aseguradoras en la Sección segunda del Capítulo V del Título III (arts. 106-1014); y, por último, el artículo 211 que es el único precepto que conforma el Capítulo IV del Título V sobre supervisión de los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras y que lleva por título Grupos mutuales.

Si se compara la regulación sobre mutuas contenida en la LOSSEAR y en su Reglamento de desarrollo con el contenido que tenía la LOSSP y su reglamento, se comprueba como la norma anterior era mucho más extensa en lo que se refiere a la regulación del régimen legal de las mutuas. La justificación está en una anunciada regulación reglamentaria para este tipo de entidades. En particular, como manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley (IV), para las mutuas de seguros se mantiene en vigor el régimen contenido en la LOSSP «hasta que se acometa una regulación específica de las mutuas y, en particular, de su régimen jurídico de disolución, transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo», vigencia que se detalla en la disposición derogatoria de la norma (letra g), que dejaba vigentes los artículos 9, 10 y 24 de la LOSSP por lo que se refiere a las mutuas de seguros (aunque el artículo 10 es inaplicable por referirse a las mutuas a prima variable que ahora no se permiten y el 24 a los procesos de modificaciones estructurales y agrupamiento de las mutuas, que también entra en colisión

²⁶ Para los aspectos esenciales del régimen de las mutuas de seguros de la LOSSP y del ROSSP, remitimos para su estudio a MORENO, *Mutualidades, Cooperativas, Seguro y Previsión Social*, Madrid, CES, Madrid, 2000, pp. 65 y ss.

con la normativa actual). Por su parte, y en la misma línea, el ROSSEAR deroga el ROSSP, salvo lo dispuesto en el artículo 11, en lo que no se oponga al artículo 41.3 LOSSEAR (apdo. I) y en los artículos 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 (apdo. II), que constituyen el grueso del régimen de las mutuas de seguros de la anterior normativa (aunque de nuevo sorprende que se deje expresamente vigente el artículo 22 relativo a las mutuas a prima variable, que hay que considerar derogado por ser su régimen contrario a la LOSSEAR).

Esta pervivencia de normas de la anterior normativa, con un régimen escueto pero en algunos puntos novedosos de la LOSSEAR y del ROSSEAR genera, por un lado, ciertas dificultades interpretativas de integración de normas²⁷ y, por otro, la sensación de que el régimen legal de las mutuas de seguros apenas ha sufrido cambios de calado más allá de la prohibición de las mutuas a prima variable, determinados aspectos de operaciones de modificaciones estructurales en las que participen mutuas y la posibilidad de constituir grupos mutuales. Se supone que para el anunciado desarrollo reglamentario en esta materia, se contará, de un lado, con gran parte del contenido que se ha dejado expresamente vigente para estas entidades en la LOSSP y ROSSP (normas aplicables, estatutos, derechos y obligaciones de los mutualistas, órganos de gobierno, etc.) que se completará con la regulación que sobre las mutuas contiene la LOSSEAR y el ROSSEAR (modificaciones estructurales y grupos mutuales esencialmente) y con algunas de las previsiones legales que contenía el Proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados de julio de 2011 (se cita PLSSP) que dedicaba a las mutuas de seguro (art. 31)²⁸.

Si entrar en grandes detalles sobre la regulación proyectada en 2011, si cabe comentar que ésta pretendía la simplificación el régimen legal de las mutuas, garantizar la solidez financiera de estas entidades y materializar su carácter diferencial como entidad sin ánimo de lucro mediante la exigencia de políticas específicas de retorno a sus mutualistas y de gobierno corporativo. Respecto a esto último, las mutuas

²⁷ Como ha puesto de manifiesto TOUS GRANDA, «La falta de la regulación de la mutua de seguros en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras», en *Libro de Actas III Congreso Nacional de Ordenación, Solvencia y Supervisión en Seguros Privado*, Dir. Bataller y Peñas, Valencia, 2016, pp. 431-442.

²⁸ Que analicé en VARGAS VASSEROT, «Las Mutuas de Seguros. Especial referencia a la doble condición de socio y asegurado del mutualista», en *Supervisión en Seguros Privados. Hacia solvencia II. Actas del Congreso de Ordenación y Supervisión en Seguros Privados*. Valencia, 15 y 16 de septiembre de 2011, Cuñat Edo y Bataller Grau (Dir.), Valencia, 2013, pp. 577-587.

debían elaborar anualmente un informe de gobierno corporativo que contendrá información sobre la composición, funcionamiento y retribución del consejo de administración y de sus comisiones; las operaciones vinculadas y los conflictos de interés de la mutua de seguros con sus administradores y con quienes realicen la dirección; la organización y el funcionamiento de la asamblea general; los principios básicos de las políticas de gestión de riesgos, el control y la auditoría interna, y, en su caso, la externalización de sus funciones o actividades; y el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo del sector asegurador, o, en su caso, la explicación sobre la falta de seguimiento de dichas recomendaciones.

3. Naturaleza jurídica de las relaciones mutualistas en las mutuas de seguros

Una cuestión nuclear, escasamente tratada por nuestra doctrina, es el análisis de la relación jurídica que une al mutualista y a la mutua, a través de la cual se desarrolla el objeto social de la entidad²⁹. La importancia de determinar la naturaleza jurídica de esta relación mutualista, en el sentido de si es una relación contractual, una relación societaria o una relación híbrida, deriva de que de ello dependerá el régimen jurídico aplicable para resolver determinadas situaciones de conflicto. Si se considera que la relación mutualista en las mutuas de seguros es una relación contractual distinta a la societaria, habrá que admitir la existencia de una duplicidad de relaciones jurídicas conformadas, de un lado, por el contrato de sociedad; y de otro, por las relaciones de carácter contractual independiente del contrato social.

Las tesis societarias o corporativas consideran en cambio que en el marco de relaciones típicas de las mutualidades con sus socios no hay una pluralidad de contratos sino un propio contrato de sociedad en el que existen unas cláusulas inherentes típicas de este tipo de socieda-

²⁹ De los pocos autores que en España la ha tratado: TIRADO SUÁREZ, «La relación mutualista entre socio y cooperativa en el Derecho de seguros vigente», en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, t. V, Madrid, 2002, pp. 4481-4505; VARGAS VASSEROT, *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros*, Cizur Menor, 2006, pp. 138-143; MARTÍNEZ SEGOVIA, «La relación cooperativizada entre la sociedad cooperativa y su socios: naturaleza y régimen jurídico», *RdS*, n.º 25, pp. 221 y s. Aunque breve, de interés es la reflexión que sobre la cuestión hace GARRIGUES, *op. cit.*, p. 28, nota 30. En Derecho comparado, recoge las distintas tesis sobre la naturaleza de la relación mutual en las mutuas de seguros DONATI, *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol I, cit., pp. 213-219.

des. Los defensores de esta tesis niegan que en la participación del socio en la sociedad exista una dualidad de relaciones jurídicas, porque la consecución de los bienes o servicios que la entidad procura al socio, es el elemento integrador de la relación social, sustanciándose con ello la mutualidad, y que precisamente es de este modo como se obtiene el fin mutualista de la mutua de seguros.

Lo cierto es que el legislador español a la hora de calificar la naturaleza jurídica de las relaciones socio-sociedad en los tipos sociales de carácter mutualista no ha tenido un tratamiento uniforme y algunas veces se ha decantado por la naturaleza contractual de esa relación, otras, las menos, opta por el carácter societario (art. 80.1 LCOOP para las Cooperativas de Trabajo Asociado) y otras, las más, ha guardado silencio al respecto³⁰. Veamos en concreto cómo ha regulado la cuestión en el marco de las mutuas de seguros.

Hay que partir que en nuestro Derecho positivo, desde siempre, la condición de *mutualista* es inseparable de la del tomador del seguro o del asegurado [art. 33.2 Reglamento de 1908, art. 12.5 Ley de 1954, art. 9.2, Letra b) LOSSP y art. 41.1 LOSSEAR] y aquella se adquiere a través del contrato de seguro [art. 11, letra a) ROSSP]. No obstante, si estas posiciones subjetivas del seguro están ocupadas por personas diferentes, en principio el tomador será a su vez mutualista, salvo que en la póliza de seguros expresamente se haga constar que deba serlo el asegurado [art. 11.1, letra a) ROSSP].

Precisamente el principal rasgo diferenciador de las mutuas respecto a las entidades de seguros de tipo capitalista es que es simultánea la conclusión del contrato de seguro y la adquisición de la cualidad de socio. Si en un momento histórico se llegó a defender la primacía del el contrato social sobre el del seguro, desde que las mutuas operan como una entidad más, ofertando seguros en masa, adquiere considerablemente más peso la relación aseguradora que la de la sociedad, como se reconoce por la propia Ley al establecer que la consideración de mutualista se adquiere por la suscripción del contrato de seguro³¹. Ya no cabe decir que la diferencia entre las mutuas de seguros de las sociedades anónimas de seguros era que en las primeras, para la prestación del seguro, no hacía falta la suscripción de

³⁰ VARGAS VASSEROT, *op. cit.*, pp. 131-144; MARTÍNEZ SEGOVIA, *op. cit.*, pp. 206-220.

³¹ TIRADO SUÁREZ, *op. cit.*, pp. 4481 y s., reconoce la existencia esa separación entre las relaciones mutuales y contractuales, pero apunta que la preferencia del contenido del contrato de seguro se ha impuesto con el desarrollo de las mutuas como empresas aseguradoras.

un contrato ulterior al social³², puesto que es precisamente por la contratación del seguro como el cliente de la empresa aseguradora se convierte en mutualista y no al revés.

En las mutuas de seguros, a diferencia de otras entidades asociativas, no se exige para el ingreso como miembro una aportación al capital social o fondo mutual ni, con carácter general, una cuota de entrada por lo que en rigor la suscripción del contrato de seguro es el único requisito para el ingreso en la mutua, y por ello los estatutos de la entidad deben entregarse al mutualista en el momento de la firma del contrato de seguro [art. 11.1, letra a) *in fine* ROSSP]. Dada la trascendencia jurídica de la suscripción del seguro, debería cuidarse sobremanera la información relativa al significado que tiene su entrada como miembro de la entidad. Es un hecho conocido el poco cuidado que tienen muchas entidades aseguradoras a la hora de informar y facilitar las condiciones generales de los seguros a sus clientes que a veces se les da días después de su contratación (no es inusual el envío por correo —ni siquiera certificado—). En el caso de las mutuas de seguros la importancia de un buen asesoramiento y de facilitar adecuadamente toda la documentación del seguro, se acentúa, puesto que debe también hacerse entrega de los estatutos sociales.

Reconocida la doble relación contractual, societaria y aseguradora, que al menos en su génesis están íntimamente unidas ya que para el socio nacen en un mismo acto (la suscripción del seguro), habrá que precisar hasta qué punto son relaciones independientes y en qué medida el régimen jurídico de una relación influye en el de la otra. Esta cuestión y su respuesta están íntimamente relacionadas con la de la naturaleza jurídica del vínculo socio-sociedad en las sociedades de carácter mutualista.

Interdependencia entre ambos tipos de relaciones es evidente que las hay, como lo demuestra la posibilidad de que el contrato de seguro contenga aspectos del contenido del contrato social —por ejemplo, si los estatutos establecen la responsabilidad de los mutualistas por las deudas sociales, esta circunstancia «deberá destacarse en las pólizas de seguros» [art. 9.2, letra d) LOSSP]. Y viceversa, en cuanto que en teoría los estatutos sociales pueden imponer obligaciones a los mutualistas relacionadas con el contrato de seguro, ya que la ley no limita en ese sentido el contenido de los derechos y obligaciones de los socios [art. 12, letra b) y art. 14, letra a) ROSSP], pero en todo caso habrá que respetar el necesario trato igualitario a los mutualistas (art. 13 ROSSP) y cumplir los requisitos de incorporación de su contenido dentro de las condiciones generales del contrato de seguro (art. 3 LCS).

³² DONATI, *op. cit.*, pp. 216-218.

Pero también es evidente la autonomía de ambas relaciones. Por ejemplo, es de obligada previsión estatutaria el «sometimiento de los mutualista, en cuanto tales y no como tomadores o asegurados, a la jurisdicción de los Tribunales del domicilio social de la entidad» [art. 12, letra j) ROSSP], mientras que para los conflictos que surjan en el marco del contrato de seguro serán competentes los jueces del domicilio del asegurado, siendo además nulo cualquier pacto en contrario (art. 24 LCS).

En definitiva, para concretar el régimen jurídico aplicable a las relaciones mutualistas habrá que analizar cuál ha sido la voluntad de las partes (mutualista/mutua), y en caso de que se pretenda afectar el contrato de seguro con el contenido del contrato social, habrá que cumplir con las previsiones de la LCS. Recordemos que los contratos de seguros son contratos sometidos a condiciones generales, y que normalmente el asegurado es un consumidor, por lo que será de aplicación las normas tuitivas de los consumidores en general y de los asegurados en particular. Por ello, si se quiere que el contenido del contrato social se considere incorporado al contrato de seguro habrá que cumplir con las exigencias del artículo 3 de la LCS, en cuanto a que sean cláusulas redactadas de forma clara y precisa, contenidas en la póliza o documento complementario (como ocurre cuando se entregue una copia de los estatutos) y suscritas por el asegurado. Y en caso de que las cláusulas estatutarias limiten los derechos contractuales de los asegurados, para obligar al tomador del seguro o asegurado, deberán destacarse de modo especial y ser específicamente aceptadas por escrito.

4. Principales novedades del régimen legal de las mutuas y el riesgo de desmutualización del sector

a) Continuidad con el régimen anterior

De la integración del artículo 41 LOSSEAR, del artículo 211 ROSSEAR, del 9 TRLOSSP y de los artículos 11-24 ROSSP, todos ellos como hemos explicado vigentes, se deduce que las mutuas de seguros en nuestro ordenamiento tienen las siguientes características legales:

- Son sociedades mercantiles sin ánimo de lucro
- Tienen como objeto la cobertura a sus socios de los riesgos asegurados.
- Tiene que operar necesariamente a prima fija pagadera al comienzo del periodo de riesgo.

- La condición de mutualista es inseparable de la de tomador o asegurado.
- Tienen que tener como mínimo 50 miembros.
- Los mutualistas pueden cobrar un interés limitado al legal del dinero por sus aportaciones al fondo mutual.
- Con carácter general, los mutualistas no responden de las deudas sociales, salvo mención estatutaria en contra y con el límite del valor de la prima.
- Los resultados del ejercicio darán lugar a derramas activas a favor del mutualista o derramas pasivas en su contra.
- Los mutualistas tienen un derecho de reembolso de lo aportado al fondo mutual en caso de baja.
- En caso de disolución, los socios tienen derecho, como mínimo, a la liquidación de la mitad del patrimonio social.
- Los derechos (políticos, económicos y de información) y las obligaciones de todos los mutualistas son los mismos.
- Cada socio tiene un voto y tiene derecho a asistir a la asamblea y ser elegido para cargos sociales.
- Los órganos de gobierno (Asamblea General y Consejo de Administración) han de tener funcionamiento, gestión y control democrático.
- Las mutuas se pueden integrar en grupos mutuales cuando cumplan una serie de requisitos.
- Los procedimientos de modificaciones estructurales están limitados y reglamentados de manera especial.
- El régimen supletorio, a falta de disposición legal, reglamentaria o estatutaria especial, es la ley aplicable a las sociedades anónimas.

De lo dicho, se desprende que son tres las principales novedades que aporta la LOSSEAR y su reglamento de desarrollo al régimen legal de las mutuas vigente con la LOSSP: la prohibición de mutuas a prima variable; un régimen novedoso de modificaciones estructurales cuando participe una mutua; y el reconocimiento de la posibilidad de constituir grupos mutuales basados en vínculos no de capital.

b) *La proscripción legal de las mutuas a prima variable*

Uno de los cambios más llamativo de la LOSSEAR respecto a la normativa anterior es la prohibición de las mutuas a *prima variable*, que son aquellas en las que la cobertura de sus asegurados se realiza me-

dante el cobro de derramas con posterioridad a los siniestros, y no como las mutuas a *prima fija* en las que los tomadores del seguro pagan una cantidad de manera anticipada al comienzo de cada período de riesgo. Las limitaciones respecto a la actividad aseguradora a realizar por las mutuas a prima variable, la exigencia de aportación de una cuota de entrada y constitución de un fondo de maniobra, la incertidumbre de las cuantías de las derramas a pagar hasta que concluye el período en curso y la responsabilidad mancomunada de los miembros proporcional al importe de los respectivos capitales asegurados, entre otras circunstancias, hacían que la constitución de este tipo de mutuas fuera muy inusual y sólo para la cobertura de riesgos ciertamente limitados. En 2010 sólo existían tres mutuas de seguros a prima variable en nuestro mercado asegurador y todas ellas operaban en el ramo de *incendios y elementos de la naturaleza*. La *Sociedad de Previsión de Seguros Mutuos de Incendios de Ferrol*, se liquidó ese mismo año por el Consorcio de Compensación de Seguros. Las otras dos, *Seguros Mutuos a Prima Variable de Incendios de Casas del Valle de Mena* y la *Unión Montijana Seguros contra Incendios* estaban localizadas en la provincia de Burgos y la primera se liquidó en 2012 y la segunda en 2016, desapareciendo así la última mutua a prima variable de nuestro país con más de medio siglo de existencia (se constituyó en 1957).

En cualquier caso, como establece la disposición transitoria primera LOSSEAR, titulada «Régimen de las mutuas de seguros, mutualidades de previsión social y cooperativas a prima variable», las entidades de esta clase que a la entrada en vigor de esta Ley estuvieran autorizadas para el ejercicio de la actividad aseguradora no podrán seguir ejerciéndola con esa forma jurídica debiendo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la LOSSEAR, transformarse en mutuas de seguros a prima fija, en sociedades anónimas o bien acordar su disolución y liquidación.

Aunque es cierto que el uso de este tipo de mutuas es muy residual, la tendencia manifiesta a homogeneizar la forma de actuar de los distintos tipos de entidades de seguros y de canalizar la industria a través de grandes entidades de seguros, olvida el origen y carácter mutualista del seguro y limita grandemente las posibilidades de un aseguramiento a pequeña escala y que históricamente ha funcionado como prototipo de explotación de seguros basados en la ayuda mutua. Y no sirve como justificación el hecho de que se quita esta modalidad de seguros mutuos porque no se utiliza, puesto que menos se usan las cooperativas de seguros (no hay ni ha habido nunca ninguna autorizada) y siguen estando reguladas en el texto de la Ley. Como se ha señalado, la diversidad empresarial es un valor que hay que cuidar y aún

más en un sector como es el asegurador donde la actividad económica está cada día más estandarizada, debe defenderse la existencia de una pluralidad de modelos de empresa, como el que representan las mutuas de seguros³³.

c) *El régimen de modificaciones estructurales*

La sección segunda del Capítulo V (*Operaciones societarias*) del Título III (*Ejercicio de la actividad*) del ROSSEAR se dedica a las *Modificaciones estructurales* (arts. 106-114) a las que se pueden ver sometidas las entidades aseguradoras, régimen que debe ser completado por la regulación contenida por la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LMESM). Dicha sección se divide en varias subsecciones, cada una de ellas dedicada a una particular operación de modificación estructural y casi todas contienen alguna referencia explícita a las mutuas de seguros.

Respecto a la transformación de entidades aseguradoras, el ROSSEAR parte de una relación excesivamente cerrada de operaciones de transformación que se pueden realizar, sancionando con la nulidad cualquier transformación de una entidad aseguradora en una sociedad del tipo distinto a los previstos en la norma (art. 106.2). En particular, para las mutuas de seguros el régimen es muy restrictivo y únicamente se permite su transformación en sociedades anónimas de seguros [art. 106.1, letra b)] y sólo se admite que las mutualidades de previsión social se transformen en mutuas de seguros [art. 106.1, letra d)], con lo que ni las cooperativas de seguros ni las sociedades anónimas de seguros se pueden transformar en este tipo de entidad.

Para el caso de transformación de una mutua en una sociedad anónima de seguros, se concede un derecho de separación de los mutualistas que no hubieran votado a favor del acuerdo de transformación, en los términos previstos en el artículo 15 LMESM (art. 106.4). En la valoración de las participaciones sociales que corresponden al socio que se separa se debe tener en cuenta las aportaciones que realizó al fondo mutual y el reembolso de la parte de la prima no consumida de los contratos de seguro que se resuelvan. Por lo demás, no hay mayores peculiaridades en el régimen de transformación de mutuas en sociedades anónimas distintas a algunas especialidades en cuanto a la docu-

³³ FAJARDO GARCÍA, «Entidades mutualistas en el mercado asegurador», en *Supervisión en seguros privados: Hacia solvencia II*, Dir. Cuñat y Bataller, Valencia, 2013, pp. 531-534.

mentación que se tiene que presentar a la DGSFP para obtener la preceptiva autorización del Ministro de Economía y Competitividad para acometer dicha transformación (art. 107).

En cuanto al régimen de la fusión de entidades aseguradoras, que se detalla en la subsección 2.^a, De nuevo se perciben importantes limitaciones para las mutuas de seguros respecto a las sociedades anónimas de seguros. Así, por ejemplo, mientras que se establece que cualesquiera entidades aseguradoras podrán fusionarse en una sociedad anónima de seguros y que éstas podrán absorber entidades aseguradoras, cualquiera que sea la forma que éstas revistan (art. 109.1), las mutuas de seguros sólo podrán fusionarse con entidades de su misma naturaleza y forma, y únicamente podrán absorber a otras entidades aseguradoras con forma distinta a la de sociedad anónima de seguros, esto es, mutualidades de previsión social y cooperativas de seguros (art. 109.2). No obstante, esta última limitación, las mutuas podrán absorber entidades de cualquier naturaleza íntegramente participadas por ellas, con la genérica salvedad de que las entidades aseguradoras no pueden fusionarse con entidades no aseguradoras, ni absorberlas ni ser absorbidas por entidades no aseguradoras (art. 109.4).

Respecto a la cesión global del activo y pasivo, el ROSSEAR señala que resultarán de aplicación los preceptos relativos a la fusión, pero, a diferencia de lo establecido en el artículo 109.2, las mutuas de seguros podrán ser beneficiarias de la cesión global de activo y pasivo realizada por cualquier entidad (art. 112, 2.º). Por último, acerca de la escisión de entidades aseguradoras, la subsección 4 que las regula, parte de la aplicación de las mismas limitaciones que existen para la fusión, sin existir ninguna norma específica para estas operaciones cuando concurren mutuas de seguros.

De todos estos procesos de modificación estructural, sin duda, el que más interés ha despertado ha sido el de transformación. En los últimos años hemos vivido en España un proceso de desmutualización de algunas de las principales mutuas de nuestro país. Entre ellas destaca, la de la *Mutualidad de la Agrupación de Propietarios de Fincas Rústicas de España*, más conocida por su acrónimo MAPFRE, por haber sido la empresa líder del sector asegurador español durante décadas y las mutuas de seguros más importante de España con gran implantación internacional. Su proceso de transformación en sociedad anónima iniciado en 2006 tuvo una gran repercusión mediática, sobre todo por las dificultades que se encontró la entidad para contactar con millones de mutualistas que podían elegir entre dinero (74,52 euros) o acciones (23) de la nueva sociedad anónima que se creaba para compensar la pérdida de condición de mutualista. En marzo de 2007 comenzaron

a cotizar las acciones de MAPFRE S.A. y en 2010 todavía quedaban 2,8 millones de personas, la mitad de los mutualistas sin reclamar ni el dinero (unos 210 millones de euros) ni las acciones. Sin entrar en los motivos argüidos por la propia entidad para proceder a esta desmutualización (básicamente globalización de la empresa y cotización en bolsa), no deja de sorprender que en una asamblea con una presencia muy escasa de la masa social de la mutua, se pueda decidir su transformación sociedad anónima y una ampliación de capital social que dejaba claro las posiciones de control de los accionistas mayoritarios.

En 2011, siguió parecidos pasos la *Mutua General de Seguros-Euromutua* (MGS) otra importante mutua del sector (entre las 10 primera mutuas y entre las 50 del ranking general de entidades de seguros entre los últimos años), que aprobó su transformación en sociedad anónima de seguros y que ha pasado a denominarse *MGS Seguros y Reaseguros S.A.*

Pero también ha habido movimientos de fusiones en el sector de mutuas. Así, por ejemplo, en 2012 se fusionó *FIATC, Mutua de Seguros y Reaseguros* y la entidad *Previred, Mutualidad de Previsión Social*. En 2014 *Pelayo, Mutua de Seguros y Reaseguros* absorbió a *Mutral, Mutua Rural de Seguros*. Por su parte, aunque no fue una fusión propiamente dicha, *Mutua Madrileña*, cuyo grupo en 2015 fue líder del sector asegurador español en volumen de primas, adquirió en 2011 a la Caixa el 50% de *Vidacaixa-Adeslas*.

d) *Grupos mutuales*

La principal novedad que presenta el nuevo régimen legal del seguro privado respecto a su precedentes es la regulación de los grupos mutuales que simplemente anuncia el artículo 41.2 LOSSEAR (« Las mutuas podrán constituir grupos mutuales conforme a los requisitos que se establezcan reglamentariamente») y que desarrolla con cierto detalle el denso artículo 211 ROSSEAR, que con el título *Grupos mutuales*, conforma el único artículo del Capítulo IV, que repite denominación, del Título V dedicado a la supervisión de grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras.

El contenido de dicho artículo está inspirado en los principios enunciados en esta materia por la *Directiva Solvencia II*. En particular, su considerando 98 disponía que «con arreglo a la legislación comunitaria y nacional, las empresas, en particular las mutuas y sociedades mutuas, deben poder constituir concentraciones o grupos, no mediante vínculos de capital, sino mediante relaciones oficiales, fuertes y estables, basa-

das en un reconocimiento contractual o de otro tipo que garantice una solidaridad financiera entre dichas empresas» y que «cuando se ejerza una influencia dominante mediante una coordinación centralizada, las empresas deben ser supervisadas de conformidad con las mismas normas que se aplican a los grupos constituidos sobre la base de vínculos de capital a fin de alcanzar un nivel de protección adecuado de los tomadores de seguros y la igualdad de oportunidades entre los grupos». Por su parte, el artículo 212.1, c) ii) de la Directiva, define al grupo mutual a todo conjunto de empresas que se base en el establecimiento, contractual o de otro tipo, de vínculos financieros sólidos y sostenibles entre esas empresas, y que puede incluir mutuas o asociaciones de tipo mutualista, siempre que una empresa (matriz), ejerza mediante coordinación centralizada, una influencia dominante en las decisiones de todas las empresas que forman parte del grupo (filiales).

La integración de las mutuas de seguros nunca ha estado vedada a este tipo de entidades, incluso se defiende que en estas entidades rige también el *principio de intercooperación* típico de las cooperativas por la identidad de caracteres que tienen ambos tipos de sociedades de la economía social³⁴. De un lado, hay una integración institucional para defender intereses comunes y difundir este peculiar modelo de negocio del seguro como ocurre a nivel mundial con la Federación Internacional de Cooperativas y Mutuas de Seguros (ICMIF), entidad surgida en 1922 como el Comité de Seguros de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) que desde 1992 tiene autonomía propia, que agrupa a la mayoría de federaciones de mutuas de seguros del mundo. En España no hay una confederación de mutuas de seguro, a diferencia de lo que ocurre con las mutualidades y las mismas, sin apenas distinción grupal, se integran en UNESPA (Asociación Empresarial del Seguro).

De otro lado, existen ejemplos de integraciones empresariales de mutuas de seguros, aunque lo normal ha sido acudir antes a la vía de fusiones de mutuas que a la creación de grupos de mutuas, lo que no quita que todas las grandes mutuas conformen a su vez grupos empresariales, liderados por la propia mutua. Pero estos son grupos jerárquicos, dirigidos por la mutua y compuestos por sus sociedades filiales, que en la mayoría de las veces son sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada. En estos casos es de aplicación lo previsto

³⁴ Así lo defiende MORENO RUIZ («Las empresas de participación aseguradoras y la concentración», *REVESCO*, núm. 73, 2001, pp. 81-94), aunque no exista en la normativa de mutuas una referencia expresa, como suele haberlas en las leyes cooperativas española, a la vigencia de los principios cooperativos en general y, en especial al sexto principio de la ACI de *cooperación entre cooperativas*.

en el artículo 42 C.com, en la redacción que dio la Ley 63/2003, y por la que la sociedad dominante de un grupo de sociedades (que ya no tiene que tener naturaleza mercantil, como se exigía antes, por lo que pueden ser una mutua) está obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados. Según este precepto existe un grupo cuando «varias sociedades constituyan una unidad de decisión», que se presume que existe cuando una sociedad (dominante) sea socia de otra sociedad (dominada) y se den una serie de circunstancias (posea o pueda disponer de la mayoría de los derechos de voto; tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; y/o haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración en el momento en que deban formularse las cuentas anuales y durante los dos años anteriores) o cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única (por ejemplo, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta).

Pero los grupos a los que le presta atención el legislador de seguros no son estos típicos grupos jerárquicos, sino a los grupos paritarios, en lo que no existe una relación de dependencia entre las sociedades agrupadas, de manera que la dirección unitaria no se impone por una entidad superior sino que la gestión del grupo se caracteriza por una coordinación horizontal a través de acuerdos de colaboración mutua entre las mutuas miembros³⁵. De este modo, en los grupos paritarios la dirección unitaria es el elemento que aporta cohesión al grupo y en su determinación intervienen, en igualdad, todas las sociedades del grupo. La unidad de decisión, por tanto, recorre un camino inverso que en los jerárquicos o de subordinación, por lo que se pueden representar el grupo como una pirámide invertida en la que la cabeza de grupo se sitúa en una posición inferior y en la base, pero por arriba las sociedades que lo componen.

Pues bien, una de las novedades de la LOSSEAR es el reconocimiento de la posibilidad de crear grupos de entidades sin vinculación de capital, como es el caso específico de las mutuas, posibilidad desarrollada por el artículo 211 ROSSEAR³⁶. De esta norma se desprende

³⁵ A estos grupos le ha dedicado especial atención la doctrina al tratarlos en el ámbito de las sociedades cooperativas: EMBID IRUJO, «Problemas actuales de la integración cooperativa», *RDM*, núm. 227, p. 14.

³⁶ Sobre los detalles del régimen I de los grupos mutuales, aquí apenas apuntado: GIRGADO PERANDONES, «Una aproximación a la regulación de los grupos de entidades de seguros en la LOSSEAR», en *Libro de Actas III Congreso Nacional de Ordenación, Solvencia*

que lo definitorio del grupo mutual es que lo que une al grupo de mutuas no son vínculos de capital sino vínculos contractuales. Según este precepto, las mutuas de seguros podrán constituir grupos mutuales, mediante la creación de una sociedad de grupo mutual, que será una sociedad anónima participada por todas ellas. Esta entidad matriz le corresponderá la dirección de las políticas financieras y de explotación de todas las entidades del grupo y su objeto social exclusivo será el establecimiento y la administración de vínculos de solidaridad financiera sólidos y sostenibles entre entidades que formen parte del grupo, así como el diseño y ejecución de políticas estratégicas y comerciales del grupo y la prestación de servicios comunes. Si la entidad matriz está domiciliada en España, le corresponde a la DGSFP la autorización de la constitución, modificación y disolución del grupo mutual

En cuanto a su régimen jurídico, tal como establece el ROSSEAR, el grupo mutual se regirá por lo dispuesto en sus estatutos y en los convenios de adhesión suscritos con cada una de las entidades integrantes del grupo (art. 211.5), lo que lo confirma la existencia de un contrato de grupo o contrato de integración³⁷. Los convenios de adhesión al grupo mutual, que deben ser aprobados por la asamblea general de cada una de las entidades participantes del grupo y por la DGSFP, se tienen que elevar a escritura pública y depositar en el Registro Mercantil. Los convenios incluirán los derechos y obligaciones, tanto políticas como financieras, de cada una de las entidades del grupo, hacia el resto de las entidades del grupo y hacia la propia sociedad matriz, así como aspectos relativos a las estrategias comerciales y operativas del grupo. La duración de estos convenios se establece, para darle estabilidad al mecanismo de integración, como mínimo de diez años y deberán incluir un régimen de penalizaciones por baja que refuerce la permanencia de las entidades en el grupo.

La posibilidad de crear grupos sobre la base de vínculos contractuales constituye un mecanismo especialmente interesante para las mutuas de seguros tras los requisitos de solvencia vigentes, ya que estas entidades, por sus propias características, tienen dificultades de acceso a determinadas fuentes de financiación y no pueden entablar vínculos de capital con otras mutuas³⁸.

y *Supervisión en Seguros Privado*, Dir. Bataller y Peñas, Valencia, 2016, pp. 539-5454.; y SAN PEDRO MARTÍNEZ, y VIDAL, «Apuntes sobre los grupos mutuales en el Proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados», en la misma obra, pp. 605-617.

³⁷ GIRGADO PERANDONES, *op. cit.*, p. 543.

³⁸ Como señalan SAN PEDRO MARTÍNEZ, y VIDAL, *op. cit.*, p. 606, que las equiparan con la regulación de los sistemas institucionales de protección (SIP) típico entre entidades de crédito.

Para terminar una reflexión final. En 2016 habían en España inscritas en la Dirección General de Seguros 31 mutuas, que representan el apenas un 3% del total de entidades del sector (1.091 entidades aseguradoras). En Europa, en cambio, las mutuas representan el 16% de la tasa de mercado. Estamos presenciando un proceso de desmutualización de algunas de las más importantes mutuas de nuestro país y, de las pocas novedades que contiene la nueva normativa de seguros privados se observa una tendencia a facilitar la transformación de mutuas en compañías de seguros o su absorción por estas. No parece que la constitución de grupos mutuales, con las exigencias de permanencia y cesión de derechos a la entidad matriz, vaya a ser una solución para la integración de mutuas en España. Habrá que esperar el contenido del esperado Reglamento de mutuas de seguros, pero poco va a cambiar las cosas porque las líneas maestras relativas a los procesos de reestructuración, modificaciones estructurales e integración, que son los aspectos básicos para evitar la desmutualización del sector y facilitar el crecimiento de las mutuas sin perder su identidad, ya están bien definidos en la normativa aprobada.

5. Bibliografía

- ÁVALOS, L. M.: «Antecedentes históricos del mutualismo», *CIRIEC-España*, núm. 12, pp. 39-58.
- BENÍTEZ DE LUGO, L.: *Tratado de seguros*, vol. I, Madrid, 1955.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y BROSETA PONT, M.: «Mutuas de seguros, prima fija y carácter no mercantil», *RDM*, núms. 179-180, 1986, pp. 7-59.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y BROSETA PONT, M.: «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de las mutuas de seguros», *RES*, núm. 46, 1986, pp. 173-186.
- CARRO DEL CASTILLO, J. A.: «Naturaleza jurídica de las mutuas de seguros», en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, Dir. Verdera, vol. I, Madrid, 1988, pp. 423-443.
- CAÑO ESCUDERO, F.: *Derecho español de seguros*, T. I, Madrid, 1983.
- DONATI, A.: *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. I, Milán, 1952.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, F. J.: «Mutuas y cooperativas en la nueva legislación ordenadora del seguro privado», *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, Dir. Verdera, Madrid, 1988.
- EMBIID IRUJO, J.M.: «Problemas actuales de la integración cooperativa», *RDM*, núm. 227, pp. 7-36.
- FAJARDO GARCÍA, G.: «Entidades mutualistas en el mercado asegurador», en *Supervisión en seguros privados: Hacia solvencia II*, Dir. Cuñat y Bataller, Valencia, 2013, pp. 503-540.
- GARRIDO Y COMAS, J. J.: *El mutualismo privado en la Europa del siglo XX*, Mapfre, Madrid, 1992.

- GARRIDO Y COMAS, J. J.: *Tratado general de seguros*, t. I, vol. I, Madrid, 1986.
- GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1.ª ed., 1973.
- GIRGADO PERANDONES, P.: «Una aproximación a la regulación de los grupos de entidades de seguros en la LOSSEAR», en *Libro de Actas III Congreso Nacional de Ordenación, Solvencia y Supervisión en Seguros Privado*, Dir. Bataller y Peñas, Valencia, 2016, pp. 531-554
- GOLDSCHMIDT, L.: *Storia universale del diritto commerciale* (trad. Pouchain y Scialoja de la original *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1891), Torino, 1913
- HERRMANNSDORFER, F.: *Seguros Privados*, Madrid, 1933.
- LLOBREGAT HURTADO, M.ª L.: *Mutualidad y empresas cooperativas*, Barcelona, 1991.
- MALDONADO MOLINA, F. J.: *Aspectos societarios de las mutualidades*, Madrid, Edersa, 2001.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F. J.: «La relación cooperativizada entre la sociedad cooperativa y sus socios: naturaleza y régimen jurídico», *RdS*, núm. 25, pp. 203-234.
- MORENO, R.: *Mutualidades, Cooperativas, Seguro y Previsión Social*, Madrid, CES, Madrid, 2000.
- MORENO, R.: «La génesis del mutualismo moderno en Europa», *REVESCO*, núm. 72, pp. 199-214.
- MORENO, R.: «Las empresas de participación aseguradoras y la concentración», *REVESCO*, núm. 73, 2001, pp. 81-94.
- PANIAGUA ZURERA, M.: *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997.
- PANIAGUA ZURERA, M.: *La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social*, vol. I, en *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 2005.
- PANIAGUA ZURERA, M.: *Las empresas de economía social*, Madrid, 2011.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Curso de Derecho del Seguro Privado*, Bilbao, 1961.
- SAN PEDRO MARTÍNEZ, G. y VIDAL, P.: «Apuntes sobre los grupos mutuales en el Proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados», en *Supervisión en Seguros Privados. Hacia solvencia II. Actas del Congreso de Ordenación y Supervisión en Seguros Privados*. Valencia, 15 y 16 de septiembre de 2011, Cuñat Edo y Bataller Grau (Dirs.), Valencia, 2013, pp. 605-617.
- TIRADO SUÁREZ, F. J.: *Ley ordenadora del seguro privado: exposición y crítica*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1984.
- TIRADO SUÁREZ, F. J.: «La relación mutualista entre socio y cooperativa en el Derecho de seguros vigente», en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, t. V, Madrid, 2002, pp. 4481-4505.
- TIRADO SUÁREZ, F.J. y MORENO SANZ, F.: «La Sociedad Mutua Europea», *RES*, núm. 22, 1980, pp. 121-155.
- TOUS GRANDA, E.: «La falta de la regulación de la mutua de seguros en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras», en *Libro de Actas III Congreso Nacional de Ordenación, Solvencia y Supervisión en Seguros Privado*, Dir. Bataller y Peñas, Valencia, 2016, pp. 431-442.

- VARGAS VASSEROT, C.: «Las Mutuas de Seguros. Especial referencia a la doble condición de socio y asegurado del mutualista», en *Supervisión en Seguros Privados. Hacia solvencia II. Actas del Congreso de Ordenación y Supervisión en Seguros Privados*. Valencia, 15 y 16 de septiembre de 2011, Cuñat Edo y Bataller Grau (Dirs.), Valencia, 2013, pp. 577-587.
- VARGAS VASSEROT, C.: *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006.
- VICENT CHULIÁ, F.: «Aspectos relevantes del régimen de las mutuas de seguros», en *Estudios de Derecho Mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. I, Valladolid, UVA, 1998, pp. 729-750.
- VICENT CHULIÁ, F.: «Aspectos relevantes del régimen jurídico de la mutua de seguros a prima fija», *RGD*, núms. 640-641, 1998, pp. 615-650.
- VICENT CHULIÁ, F.: «Las empresas mutualísticas y el Derecho mercantil en el ordenamiento español», *RCDI*, núm. 512, 1976, pp. 69-134.

Las personas jurídicas consumidoras. El caso de las cooperativas de consumidores y usuarios

Eugenia Fernández Fernández
Universidad de Cantabria

Recibido: 16-04-2018
Aceptado: 18-05-2018

Sumario: 1. Introducción. 2. El concepto de consumidor en nuestro ordenamiento jurídico 2.1. La versión inicial de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 2007. La superación del concepto de destinatario final. 2.2. La revisión del concepto operada en 2014. Especial referencia al consumidor persona jurídica. 3. El caso de las cooperativas de consumidores. ¿consumidor o empresario? 3.1. La cooperativa como proveedora de bienes o servicios. 3.2. La cooperativa como adquirente de bienes o servicios de otros empresarios. 4. Bibliografía

Resumen: Las normas en materia de protección a los consumidores han experimentado una notable expansión desde los años setenta. Primigeniamente concebido como un conjunto de normas aplicables únicamente a las personas físicas, nuestro ordenamiento jurídico presenta una particularidad frente a otros de nuestro entorno y es la extensión del concepto de consumidor a las personas jurídicas. En el presente supuesto se pretende no tanto analizar el concepto de consumidor persona jurídica sino su aplicabilidad a un concreto tipo de persona jurídica como es la sociedad cooperativa y, particularmente, a la cooperativa de consumidores y usuarios con el propósito de arrojar luz sobre una cuestión que ha dado lugar a pronunciamientos judiciales dispares.

Palabras clave: protección de consumidores, concepto de consumidor, persona física, persona jurídica, cooperativa de consumo

Abstract: Consumer protection laws have experimented a huge expansion from seventies. Initially designed to be applied only to natural person, our system has a singularity: the inclusion in the law of the legal persons as consumer. In this essay we'll try to analyse not only the concept of legal person as consumer but the applicability of consumer protection law to an specific type of legal person that is the cooperative and specifically the consumer cooperatives with the aim to clarify a problematic topic that has motivated conflicts in the practice

Keywords: consumer legal protection, notion of consumer, natural person, legal person, consumer cooperative

1. Introducción

Las normas en materia de protección jurídica de los consumidores han sufrido desde su tímida aparición en la década de los setenta del siglo pasado un extraordinario desarrollo en los últimos años. Inicialmente vinculadas a una finalidad tuitiva que aún sigue presente y constituye su ADN, se han convertido, sin embargo, en normas que trascienden su inicial vocación y vertebran el correcto funcionamiento del mercado reequilibrando las posiciones jurídicas de los intervinientes en aquel. Primigeniamente concebido como un conjunto de normas aplicables únicamente a las personas físicas, nuestro ordenamiento jurídico presenta una particularidad frente a otros de nuestro entorno y es la extensión del concepto de consumidor a las personas jurídicas. En el presente supuesto se pretende no tanto analizar el concepto de consumidor persona jurídica sino su aplicabilidad a un concreto tipo de persona jurídica como es la sociedad cooperativa y, particularmente, a la cooperativa de consumidores y usuarios con el propósito de arrojar luz sobre una cuestión que ha dado lugar a pronunciamientos judiciales dispares.

2. El concepto de consumidor en nuestro ordenamiento jurídico

Todas las normas en materia de protección al consumidor sitúan a éste como sujeto destinatario de las especiales medidas de protección que articulan. Central resulta, por tanto, la correcta definición de lo que haya de entenderse por consumidor¹. Conviene aclarar en este

¹ Ha de hacerse la advertencia previa de que, en brillantes palabras de VICENT CHULIÀ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2008, p. 59, el concepto de consumidor es «*proteico y caleidoscópico*» resultando de gran dificultad técnica la correcta delimitación del mismo. Aun cuando la LGDCU contiene un concepto legal de pretendida aplicación general lo cierto es que son muy numerosas las normas sectoriales que acuñan conceptos propios de consumidor no siempre coincidentes y a menudo contradictorios con la formulación de aquélla. A esta circunstancia se une, además, la existencia de normas autonómicas en materia de protección al consumidor que formulan sus propios conceptos de consumidor. Tales dificultades definitorias han sido apuntadas por RECALDE CASTELLS, A.: «El derecho de consumo como derecho especial», en TOMILLO URBINA, J (dir.): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Navarra, 2008, p. 537-568, en concreto p. 548, como uno de los mayores impedimentos a la hora de delimitar el derecho de consumo como un derecho especial frente al derecho común. El autor realiza un interesante análisis, que sin embargo no compartimos, sobre la justificación de las medidas de protección al consumidor como vía para corregir la desigualdad

punto que la condición de consumidor de un sujeto no es una característica inmutable y abstracta atribuible en atención a determinados rasgos sino que, antes al contrario, se trata de una condición esencialmente mutable que depende del lugar que ese sujeto ocupa en una determinada relación contractual. Se trata de una condición asociada al rol concreto que el sujeto ocupa en cada relación contractual de forma que un mismo sujeto puede variar su calificación en cada relación en la que tome parte².

estructural que padecen los consumidores en sus relaciones contractuales. En su opinión la incidencia de las normas de protección a los consumidores en algunos fundamentos básicos del derecho privado tradicional no sólo supone una ruptura del clásico dogma de la neutralidad ideológica de aquel sino que no resulta ni necesaria ni justificada en tanto que existen otros instrumentos, como el derecho *antitrust*, a través de los cuales se puede conseguir idéntica labor de reequilibrio de situaciones estructurales de debilidad sin afectar a los postulados clásicos del derecho privado. El autor niega la autonomía del derecho de consumo no sólo por las dificultades que entraña la determinación de su ámbito subjetivo de aplicación sino también porque resulta difícil apreciar la razón sustantiva del derecho especial del consumo al considerar que «*la identificación de un principio de tutela del consumidor no sería suficiente para disgregar una rama respecto del resto del ordenamiento*». En la medida en que la debilidad estructural que suele invocarse para justificar la intervención normativa no concurre de forma exclusiva en las relaciones en que intervienen consumidores no puede utilizarse esa «pretendida» debilidad como argumento axiológico que justifique las medidas de intervención. A juicio del autor la generalización de las normas intervencionistas en aras de la protección del consumidor podría entrañar costes desmesurados y dar lugar a la aparición de grupos económicos organizados capaces de orientar el camino del legislador hacia las posiciones que resultan más favorables a sus intereses.

² MIRANDA SERRANO, L.M.: «La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales», en MIRANDA SERRANO, L.M./VELA TORRES, P. J./PRIÉS PICARDO, A.: *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, 2006, pp. 179 -221, p. 195 y 196 afirma que la condición de consumidor responde a un rol social en tanto que nadie es consumidor sino que se comporta o actúa en determinados ámbitos como tal. Lo que ha ocasionado, según el autor, que cierta doctrina prefiera aludir al acto de consumo como elemento delimitador de la aplicación del derecho de consumo. En el mismo sentido se manifiesta CALAIS AULOY, J.: *Droit de la consommation*, 9.ª ed, París, 2015, p. 20 afirma que los consumidores no constituyen una clase especial diferente a los ciudadanos sino que tal calificación se derivará del tipo de acto que, en cada caso, esté llevando a cabo el sujeto

2.1. *La versión inicial de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 2007. La superación del concepto de destinatario final*

La LGDCU aprobada en 2007³ enuncia un concepto de consumidor esencialmente idéntico en cuanto a su contenido⁴ pero de diferente formulación al concepto que postulaba la LGDCU de 1984⁵. Así

³ La nueva LGDCU ha sido aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias (BOE de 30 de noviembre de 2007, corrección de errores en BOE de 13 de febrero de 2008).

⁴ Así lo entiende BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 3», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentario al texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y otras normas complementarias*, Cizur Menor, 2008, p. 90 para quien el colectivo al que se sigue refiriendo la protección es el de personas que actúan para la satisfacción de necesidades de índole personal, familiar o doméstica. Si bien el supuesto de hecho al que la definición se refiere no ha variado sustancialmente si lo ha hecho la formulación de la norma circunstancia que puede plantear la duda de si el Gobierno se ha extralimitado en el cumplimiento del mandato contenido en la norma de habilitación (Disp. Fin. 5.ª de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios) incurriendo en un supuesto de *ultra vires*. La habilitación legislativa ordenaba al gobierno refundir en un mismo texto la antigua Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 y las normas sectoriales fruto de la trasposición de normas comunitarias «*regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos*» con lo cual habrá de determinarse hasta qué punto la variación siquiera nominal del concepto de consumidor está amparada o no por el mandato legislativo. En este sentido parece que, dado que el cambio no implica la extensión del concepto sino una reformulación del mismo para situarlo en la línea del concepto comunitario tal cambio no habría mayores problemas para salvar el riesgo de extralimitación legislativa apuntado. Convenimos en este punto con lo afirmado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: ob. cit. p. 90.

⁵ El concepto de consumidor que esta norma contenía se definía doblemente desde un punto de vista positivo y negativo. Desde un punto de vista positivo la norma atribuía la consideración de consumidores a «*las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*». Desde el punto de vista negativo «*No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*». MIRANDA SERRANO, L.M.: ob. cit. p. 200 afirma que, a la vista de las carencias técnicas del artículo 1 LGDCU, se impone la necesidad de corregir por vía interpretativa la desafortunada redacción del legislador. A tal efecto ha de interpretarse que el verdadero núcleo de la definición se encuentra en el artículo 1.2 mientras que el artículo 1.3 no hace sino completarlo (con poco acierto) definiendo en negativo los criterios con arreglo a los cuales un sujeto no es destinatario final del bien. Esa formulación negativa es la que a juicio del autor (que compartimos) introduce un elemento de distorsión que ha dado lugar a interpretaciones incorrectas del sentido de la norma. De hecho propone una reinterpretación del ar-

el artículo 3 establece lo siguiente: «A efectos de esta norma (...) son consumidores o usuarios⁶ las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional⁷». Esta diferente formulación ha de valorarse positivamente por un doble motivo. En primer lugar porque se acomoda plenamente a la definición históricamente utilizada en el derecho comunitario⁸ y en segundo término porque resulta mucho más clara que la anterior. La atribución de la condición de consumidor ya no depende de la actuación en calidad de destinatario final del bien, un concepto de perfiles un tanto difusos cuya interpretación se había manifestado harto problemática durante los años de vigencia de la ley anterior, sino de que la adquisición se realice al margen de cualquier actividad empresarial o profesional, circunstancia esta de mucha más fácil y objetiva apreciación. La nueva formulación permite superar algunas interpretaciones erróneas de la expresión destinatario final, únicamente centradas en un aspecto puramente locativo según las cuales la mera ausencia de transmisión o reventa del bien era suficiente para calificar al adquirente como consumidor y, *contrario sensu*, cualquier transmisión de que fuera objeto el bien excluía a su adquirente de la consideración como consumidor⁹.

título 1.3 LGDCU que prescindía de algunas de sus expresiones para hallar el verdadero sentido del mismo

⁶ TOMILLO URBINA, J.: ob. cit. p. 43-44 critica la ligereza con que se emplea el término de usuario como sinónimo de consumidor cuando en realidad los vocablos se refieren a dos clases de relaciones jurídicas distintas. El consumidor es quien interviene como parte en una relación jurídica de consumo mientras que el usuario es quien accede a la utilización del producto «merced a una relación jurídica de consentimiento o tolerancia entablada no frente al empresario o profesional sino con el consumidor o adquirente». Aun cuando la cuestión carece de trascendencia jurídica en tanto que a ambos les resulta aplicable el mismo régimen jurídico, razones de corrección técnica reclamarían un uso apropiado de uno y otro término. En el mismo sentido se pronuncia BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: ob. cit. p. 96 quien afirma, no obstante, que la denominación de usuario no sirve para nada salvo para confundir haciendo pensar que el consumidor se refiere a los bienes y el usuario a los servicios, distinción que, afirma, carece de sentido alguno.

⁷ La expresión «empresarial o profesional» constituye una duplicidad inútil puesto que, por definición, todo profesional es empresario. Así lo pone de relieve BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. ob. cit., p. 91 para quien hubiese bastado con referirse la expresión empresario, más amplia y que comprende también a los profesionales.

⁸ También contenido en la Directiva 2011/83, de 25 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre derechos de los consumidores que en su art. 2.1 define al consumidor como «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión».

⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: ob. cit. p. 87 deja claro que quedan excluidos de la consideración como actividad empresarial la producción, transformación, comercialización o prestación a terceros realizadas en favor de amigos y familiares.

Parece claro que en ningún caso puede ser este el único criterio de discernimiento puesto que conduciría a calificar erróneamente tanto los consumos empresariales como las transmisiones en el ámbito familiar o doméstico. En el primer caso y aun cuando las mercancías adquiridas no sean objeto de reventa es claro que se emplean en la realización de una actividad empresarial y que quien las adquiere no necesita una protección especial¹⁰. En el segundo, aun cuando se pueda realizar una transmisión lo cierto es que la misma se desenvuelve en el ámbito puramente doméstico o familiar y siempre al margen de cualquier actividad empresarial o profesional¹¹. Del mismo modo, la adquisición de bienes que con posterioridad van a ser sometidos a algún tipo de transformación o manufactura también quedará protegida por la norma siempre y cuando tal actividad de manipulación no se realice de manera empresarial o profesional¹².

2.2. *La revisión del concepto operada en 2014. Especial referencia al consumidor persona jurídica*

La Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras normas complementarias aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE n.º 76, de 28 de marzo) se

¹⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: ob. cit. p. 88 afirma textualmente que «no basta pues que quien adquiera bienes o servicios no proceda a su reventa o comercialización ulterior. De ahí que el destino final empresarial o profesional de un bien o servicio no transforme a su adquirente en un consumidor». El mismo autor cita, como ejemplo de un incorrecto entendimiento de la expresión «destinatario final» la SAP de Madrid, sección 10ª, de 26 de abril de 2004 (AC 2004\1201) que considera consumidor al adquirente de un equipo informático para traducciones de carácter profesional por no tener como destino su reventa.

¹¹ TOMILLO URBINA, J. L., ob. cit. p. 43 sostiene idéntica opinión referida al concepto de consumidor contenido en la ley cántabra de protección de los consumidores y usuarios que, con algunas diferencias que no inciden en este punto, resulta similar al que ha adoptado el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias.

¹² Este sería el supuesto ya citado con anterioridad de adquisición de semillas para cultivar un huerto familiar o de lana para confeccionar prendas de abrigo. Aun cuando en puridad tales productos se ven sometidos a un proceso de transformación o manufactura, lo cierto es que, por desenvolverse tal manipulación en el ámbito puramente doméstico, no puede despojarse al sujeto que los adquiere de la protección reforzada que le otorga la consideración de consumidor. La teleología de las normas de protección al consumidor en ningún caso ampararía semejante conclusión.

aprobó con el objetivo de trasponer a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta norma ha tenido como principal efecto, en lo que ahora nos interesa, la modificación del artículo 3 LGDCU referido al concepto de consumidor para adaptarlo (copiarlo literalmente para ser más exactos) al contenido de la Directiva. En relación con las personas físicas la modificación apenas tiene consecuencias prácticas puesto que la nueva definición es sustancialmente idéntica a la anterior. En ambos casos lo relevante es que la adquisición del bien o del servicio se materialice en un ámbito ajeno a cualquier actividad empresarial o profesional. Solamente algunos pequeños matices sin mayor trascendencia diferencian ambos conceptos. En el concepto de 2007 se hacía referencia a la actuación en un «*ámbito ajeno*» mientras que en la nueva definición se hace referencia a la actuación con «*propósito ajeno*» sin que ello suponga que el enfoque objetivo se reemplaza por otro de carácter subjetivo; la referencia a la «*actividad empresarial o profesional*» del texto originario se sustituye por la alusión a la «*actividad comercial, empresa, oficio o profesión*» sin que de nuevo el cambio suponga alteración del ámbito al que se refiere, antes al contrario, se introducen en el nuevo texto reiteraciones innecesarias en relación con la actividad comercial, el oficio o la profesión en tanto que todos estos conceptos resultan comprendidos en la expresión más genérica de actividad empresarial que puede ir referida a cualquier sector, incluido el comercial y el profesional. Se trata en definitiva de pequeños matices que nada añaden con respecto a la formulación anterior y que deberían ser corregidos por el legislador¹³.

¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 3», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.): *Comentarios al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras normas complementarias*, 2.ª ed., Cizur Menor, 2015, p. 60. En el mismo sentido MARÍN LÓPEZ, M. J.: «El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n.º 9, 2014, pp. 9-16 y en particular en la p. 10 y 11 se sitúa en la misma línea aunque llama la atención sobre otra modificación que la Ley 3/2014 opera en el artículo 3 y que, pese a la apariencia inicial no resulta tampoco ser de gran calado. Se refiere al autor al hecho de que en el nuevo texto se haga referencia a la actuación con propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión mientras que la redacción anterior se refería a la actuación ajena a una actividad empresarial o profesional. A la vista del cambio podría pensarse que el nuevo texto está dando cabida en el concepto

La normativa española de protección a los consumidores presenta una particularidad que debe ser analizada en este punto. Y es que, a diferencia de las normas comunitarias, la calificación de consumidor se ha venido predicando históricamente no sólo a las personas físicas sino también a las jurídicas¹⁴. Esta arraigada tendencia¹⁵, tradicionalmente amparada en el principio de armonización mínima de las normas de protección a los consumidores, genera, sin embargo, ciertas asimetrías de regulación entre la normativa comunitaria y la nacional lo que

de consumidor a aquellos empresarios que adquieren bienes o contratan servicios que pertenecen al ámbito de su especialidad sino que guardan con ésta una relación instrumental o mediata (Ej.: un abogado que contrata una alarma para su despacho). De ser así estaríamos ante un cambio de gran trascendencia en tanto que se incorporaría al derecho de consumo a los empresarios no especialistas. Sin embargo, una interpretación sistemática de la norma en relación con la exposición de motivos en la que se alude a que el empleo de los bienes en una actividad empresarial no puede ser ni directo ni indirecto y con el propio artículo 3.2 donde se sigue haciendo referencia a la actuación al margen de una actividad empresarial o profesional nos llevan a concluir que el cambio no tiene la envergadura que pudiera parecer inicialmente y no es más que una variación, probablemente inconsciente, en la formulación del precepto que carece de consecuencias prácticas.

¹⁴ Las normas comunitarias así como la jurisprudencia del TJCE siguen una clara línea en cuya virtud las personas jurídicas no gozan de la consideración de consumidores. En este sentido se ha pronunciado el TJCE en sentencia de 22 de noviembre de 2001 [Cape Snc contra Idealservice Srl (C-541/99) y Idealservice MN RE Sas contra OMAI Srl (C-542/99)]. Idealservice procedió a la instalación de sendas máquinas expendedoras de bebidas en los establecimientos mercantiles de las demandantes (Cape y OMAI) destinadas exclusivamente a dar servicio a los trabajadores de éstas. En la ejecución del contrato se generó una controversia que motivó la demanda de Cape y OMI en la que alegaban la nulidad de determinadas cláusulas contractuales amparándose en la protección que les dispensaba la directiva sobre cláusulas abusivas en la contratación consumidores. La defensa de Idealservice niega el carácter de consumidor de las demandantes y, por ende, la aplicabilidad de la directiva. En la sentencia el tribunal se pregunta si una persona jurídica y más concretamente una sociedad puede considerarse consumidor concluyendo de forma tajante que «*El concepto de «consumidor», tal como se halla definido en el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas.*»

¹⁵ Esta tendencia no ha sido corregida tampoco con la aprobación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 probablemente por el tenor del mandato que recibió el ejecutivo que únicamente se encontraba facultado a refundir, armonizar y coordinar, nunca a introducir modificaciones de calado como habría sido la alteración del tradicional concepto de consumidor. Como una de las normas que excepcionalmente restringe la condición de consumidor a las personas físicas cabe citar la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de crédito al consumo que en su artículo 2.1 afirma que «*a efectos de esta Ley, se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional.*»

ha sido objeto de numerosas y fundadas críticas que, con buen criterio, evidencian la necesidad de proceder a una reforma de nuestro derecho en este punto¹⁶.

Aun cuando podría admitirse que determinadas colectividades (personas jurídicas pero no sólo personas jurídicas) que no realizan labores de producción, transformación y comercialización en el mercado puedan encontrarse en una posición equiparable a la de una persona física y por tanto requieran similares medidas de protección, no puede, sin embargo, generalizarse tal afirmación. La referencia genérica a las personas jurídicas resulta muy criticable. Utilizando una expresión coloquial pero muy ilustrativa, ni son todas las que están ni están todas las que son. En primer lugar porque no todas las personas jurídicas podrán considerarse consumidoras. Habría de tratarse de una persona jurídica que actúe al margen de cualquier actividad empresarial o profesional¹⁷,

¹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: «El concepto de consumidor», en AZPAREN LUCAS; A. (dir): *Hacia un código del consumidor*, 2006, pp. 19-37, en concreto, pp. 32 a 34. Según el autor, lo realmente problemático es que la noción de consumidor de la LGDCU (que incluye a las personas jurídicas) no se puede aplicar en las leyes que trasponen Directivas comunitarias donde la noción de consumidor se refiere exclusivamente a las personas físicas. Y ello porque el principio de armonización mínima permite a los Estados ampliar los derechos reconocidos por las normas comunitarias pero en ningún caso sustenta la ampliación del ámbito de aplicación de las mismas que es lo que ocurre cuando se extiende la noción de consumidor a las personas jurídicas. El autor advierte, asimismo, que este principio de armonización mínima no debe aplicarse a las medidas de protección de los consumidores que se adopten «*en el marco de la realización del mercado interior*» (artículo 153.3.a del Tratado de la Unión Europea), circunstancia que claramente concurre en la regulación de los efectos del contrato de compraventa. Por todo ello, el autor se muestra partidario de terminar con la inveterada tradición española de extender la noción de consumidor a las personas jurídicas.

¹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: ob. cit. p. 41 no considera consumidoras a las cooperativas de consumidores por entender que realizan una actividad de comercialización dentro del mercado en tanto que no sólo proveen de bienes a sus asociados sino a terceros ajenos y siempre mediante contraprestación económica. Según este autor, la persona jurídica consumidora deberá carecer de ánimo de lucro y transmitir a título gratuito los bienes o servicios adquiridos, de una manera similar a lo que acontece en las cesiones dentro del ámbito familiar o doméstico lo que, según él, ocurre con las fundaciones o asociaciones o con las comunidades de propietarios, «*que adquieren bienes o servicios para que sean utilizados por los miembros de la entidad o por personas a ellas vinculadas pero siempre que la cesión individualizada de los bienes o servicios para su utilización se haga a título gratuito*». Esta interpretación chocaba con la propia realidad puesto que en buena parte de los casos la prestación de servicios por parte de asociaciones, fundaciones y comunidades de bienes a sus miembros se realiza de forma onerosa. Ha de hacerse notar que con la nueva redacción de la LGDCU de 2007, que únicamente exige la actuación en un ámbito ajeno a cualquier actividad empresarial o profesional, podría prescindirse de la consideración tanto del ánimo de lucro como de la gratuidad de los bienes o servicios superándose la in-

circunstancia esta que permitiría excluir, por ejemplo, a las sociedades mercantiles, sujetos paradigmáticos de la actividad empresarial. En segundo lugar porque existen otras realidades sin personificación jurídica que, por estar en idéntica posición al consumidor, debieran tener su misma consideración y, sin embargo, no tendrían cabida en la norma. Tal es el caso de las comunidades de bienes a las que una interpretación estricta de la LGDCU situaría fuera del ámbito de la ley por carecer de personalidad jurídica aun cuando no parece que existan inconvenientes para considerarlas consumidores cuando su función no excede de la pura gestión y administración de bienes comunes titularidad de los comuneros¹⁸.

El artículo 3 LGDCU que en su redacción originaria incluía en la misma proposición a las personas físicas y a las jurídicas ha quedado ahora dividido en dos apartados dedicados a cada una de ellas. El apartado 3.2 LGDCU declara que «*Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*». En este caso, las diferencias introducidas por la Ley 3/2014 sí son de calado y recogen algunas de las críticas que la doctrina había formulado con respecto a la ya inveterada tradición es-

terpretación un tanto forzada que el autor se ve obligado a articular para justificar la exclusión de las cooperativas al tiempo que la inclusión de asociaciones, fundaciones y comunidades de bienes. Con la redacción de 2007 todas ellas quedarían cubiertas siempre que no realicen una actividad de carácter empresarial o profesional y ello aun cuando puedan prestar servicios a sus miembros mediante contraprestación económica. En este sentido se manifiesta BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: ob. cit. p. 94. El tratamiento jurisprudencial de esta cuestión ha sido profundamente equivocado y existen numerosas sentencias en las que se aplican normas de protección al consumidor a relaciones jurídicas trabadas entre dos sociedades mercantiles, ambas en el pleno ejercicio de su actividad empresarial. Así resultan llamativas, por descabelladas, la STS de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8601) que resuelve un conflicto entre una sociedad anónima dedicada a la comercialización de productos deportivos y turísticos con otra sociedad, también anónima, ambas partes en un contrato de *leasing*, y en la que el tribunal anula por abusivas y contrarias al artículo 10 de la por entonces vigente Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 1984 determinadas cláusulas del contrato; la SAP de Valencia de 26 de enero de 1999 (AC 1999\100), en la que el tribunal anula por abusivas a la luz de la LGDCU de 1984 varias cláusulas de un contrato de concesión entre dos sociedades mercantiles.

¹⁸ Así lo entiende BERCOVITZ, R.: ob. cit. p. 94 que, sin embargo, excluye a aquellas comunidades que no se dediquen a la gestión y administración de un bien común sino a la realización de actividades empresariales. La jurisprudencia se ha mostrado con mucha frecuencia partidaria de una interpretación *inclusiva* de la LGDCU que permitiera extender la aplicación de sus normas a las comunidades de propietarios en sus relaciones con las empresas proveedoras de servicios de mantenimiento, ascensores, etc.

pañola de considerar a las personas físicas como consumidoras¹⁹. Y es que la forma en que se hacía ese reconocimiento pecaba no tanto por exceso como por defecto al no incluir ningún criterio de ponderación. Particularmente grave era la exclusión de los entes sin personalidad jurídica como las comunidades de bienes que, por carecer de la personalidad quedaban al margen del derecho de consumo siendo uno de los colectivos más necesitados de protección (en relación con la contratación de servicios de ascensor, mantenimiento, seguros, etc.). Con la expresa referencia a las entidades sin personalidad jurídica el problema queda definitivamente resuelto y a salvo de pronunciamientos judiciales contradictorios.

La inclusión de las personas jurídicas, como decimos, completada con las entidades sin personalidad jurídica, se condiciona al cumplimiento de dos requisitos que el propio artículo recoge: la actuación al margen de cualquier actividad empresarial o profesional y la ausencia de ánimo de lucro. El primero de los requisitos ya se encontraba en el texto anterior y resulta, además, plenamente lógico en tanto que sigue la línea marcada para las personas físicas. De manera que la inclusión en el concepto de consumidor queda reservada únicamente a aquellas personas jurídicas o entidades sin personalidad que actúen al margen de una actividad empresarial o profesional. Lo que supone excluir a todas las sociedades mercantiles y aquellas sociedades civiles cuyo objeto sea el desempeño de una actividad empresarial²⁰. En cuanto a las fundaciones habría que distinguir los casos en los que estas realizan una actividad empresarial, que excluiría su condición de consumidor, de aquellos otros en los que no se produzca una actividad de esa naturaleza²¹. La actuación al margen de una actividad empresarial o profesional por parte de las asociaciones y, por ende, su

¹⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: ob. cit. p. 61 afirma que ello no supone problemas de encaje en la Directiva 2011/83/CE pues aunque la misma se plantea como de armonización máxima, se trataría de una cuestión que quedaría fuera de su ámbito de aplicación (únicamente referido a las personas físicas) y del alcance armonizador con lo que los Estados conservarían plena libertad de regulación. Así lo indica el párrafo decimotercero de la exposición de motivos de la Directiva.

²⁰ CÁMARA LAPUENTE, S.: «El concepto legal de consumidor en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de derecho transnacional*, marzo 2011, vol. 3, n.º 1, pp. 84-117 afirma en la p. 100 que las fundaciones y las cooperativas no podrían ser consideradas como consumidores en tanto que revisten rasgos de operadores económicos o participantes en el mercado (aunque el artículo 23.1.2 LGDCU equipara las cooperativas de consumidores a las asociaciones de consumidores). Quedarían incluidas únicamente las asociaciones siempre que no lo fuesen de empresarios o de profesionales.

²¹ MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. p. 14.

hipotética consideración como consumidoras, viene determinada por quiénes sean los destinatarios de los bienes o servicios que contratan de forma que en los casos en que esos servicios revierten en el ámbito interno de la asociación cabría su consideración como consumidoras²².

La novedad del artículo 3 reside en la exigencia de que las personas jurídicas no tengan ánimo de lucro ni directa ni indirectamente, exigencia que no se contemplaba hasta el momento aunque había sido referida por la doctrina. Podría considerarse como una exigencia prescindible en tanto que no siendo un requisito necesario para la calificación de un sujeto como empresario ningún sentido tiene que lo sea para la calificación inversa y porque, acreditada la circunstancia de que el sujeto no está realizando una actividad empresarial, no hay razón para que la concurrencia de ánimo de lucro prive de protección a determinados sujetos en el marco de auténticas relaciones de consumo²³.

Ninguna duda suscita la inclusión en el concepto de consumidor de las comunidades de bienes que no desempeñen una actividad empresarial. De hecho es muy probable que la inclusión de estas en el concepto de consumidor haya sido el motivo fundamental por el que el legislador ha decidido reformar el concepto de consumidor más allá de lo que estaría obligado para trasponer la Directiva²⁴

3. El caso de las cooperativas de consumidores. ¿consumidor o empresario?

Uno de los supuestos en los que cabría cuestionarse si el sujeto puede ser calificado como empresario a los efectos de sujeción a las

²² Así lo entiende MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. p. 14.

²³ Así lo considera, a nuestro juicio con acierto, CÁMARA LAPUENTE, S.: ob. cit. p. 101 refiriéndose al ejemplo de una asociación de vecinos que adquiere una motocicleta para sortearla y recaudar fondos y que, sin embargo, ve cómo la motocicleta padece faltas de conformidad. MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. p. 15 concibe el ánimo de lucro no como la sola intención de obtener ganancias sino la intención de repartir esas ganancias entre los socios o miembros de la persona jurídica. Ello permitiría ensanchar el ámbito del concepto de consumidor al permitir la inclusión de entidades que, persiguiendo la obtención de dicha ganancia, no la destinan al reparto entre los socios sino a la consecución de los fines asociativos.

²⁴ En este sentido se pronuncia BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. ob. cit. p. 64. MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. p. 15 saluda positivamente la referencia a estas entidades tan largamente reclamada por doctrina y jurisprudencia.

normas de protección jurídica de los consumidores lo constituye el caso de las cooperativas de consumidores y usuarios. Incluso cabe plantearse, al igual que en el supuesto de fundaciones y asociaciones si, *contrario sensu*, podrían calificarse como consumidoras cuando intervienen en determinadas relaciones. Habría que distinguir en este punto dos planos: aquel en el que la cooperativa interviene como proveedora de bienes o servicios, considerando tanto las relaciones con sus socios como con terceros y un segundo plano en el que la cooperativa actúa no como proveedor de bienes o servicios sino como adquirente de los mismos.

3.1. *La cooperativa como proveedora de bienes o servicios*

Uno de los argumentos utilizados para negar la vinculación de la cooperativa por las normas de protección al consumidor es la ausencia de contraposición de intereses en las relaciones que la cooperativa mantiene con sus socios. Si el derecho de consumo surge como una herramienta para proteger a la parte débil en una relación contractual caracterizada por la existencia de intereses opuestos entre las partes, en el momento en que tal contraposición deje de producirse el propósito tuitivo quedaría sin justificación. Si la cooperativa se constituye, precisamente, para proporcionar a sus asociados las óptimas condiciones de acceso a los bienes y servicios que comercializa resultaría ciertamente difícil considerar que entre ellos existe el enfrentamiento posicional característico de las relaciones de consumo. Se dice que la cooperativa no es sino la suma de sus asociados y que por tal razón el acto de intercambio de bienes y servicios con sus socios no sería un acto de consumo en el sentido técnico del término no resultando, por ende, aplicable el derecho de consumo²⁵.

En nuestra opinión, siendo apreciable este argumento, cabría realizar algunos matices importantes. Y es que el derecho de consumo surge sobre todo para atribuir al consumidor una serie de derechos y garantizarle su protección. Ciertamente es que, con carácter general casi unánime, la agresión de tales derechos se verifica en el seno de relaciones posicionalmente desequilibradas pero ello no significa que los escenarios de alteridad sean los únicos en los que se producen tales agresiones. La falta de alteridad no es en ningún caso un «antídoto» frente al abuso por parte

²⁵ CRACOGNA, D.: «La legislación de defensa del consumidor y las cooperativas», *Boletín de la asociación internacional de derecho cooperativo*, n.º 45, 2011, p. 54-56.

de la organización²⁶. De forma tal que las cooperativas serán responsables frente a sus socios de los daños que la comercialización de sus bienes o servicios les puedan irrogar. De otra forma nos encontraríamos con que, siendo las cooperativas de consumidores un tipo societario consagrado a la protección de los mismos, se llegaría a la perversa situación en la que los socios de una cooperativa gozarían de un menor nivel de protección de sus derechos que el que les correspondería cuando contratan con otro empresario. Sería muy difícilmente sostenible que cuando un producto adquirido en una cooperativa padezca, por ejemplo, una falta de conformidad, la misma no va a generar ningún tipo de responsabilidad a la parte vendedora por ser la misma una cooperativa mientras que sí existiría tal responsabilidad en caso de haberse adquirido de un empresario persona física o de una sociedad. Por lo tanto, la cooperativa deberá cumplir con las normas de protección al consumidor aun cuando la relación de consumo se articule con sus socios.

Si clara resulta la vinculación de la cooperativa cuando contrata con sus socios, diáfana sería en el caso de comercialización de bienes y prestación de servicios a terceros no socios.

3.2. *La cooperativa como adquirente de bienes o servicios de otros empresarios*

Procede analizar ahora la otra perspectiva. Cuando la cooperativa adquiere bienes o servicios de otros empresarios para posteriormente emplearlos en su actividad cooperativizada ¿es merecedora de la protección que el ordenamiento reconoce al consumidor? Si por consumidor la LGDCU entiende aquel sujeto persona física o jurídica que actúa al margen de cualquier actividad empresarial o profesional cabría deducir fácilmente que la cooperativa no puede ser considerada como consumidora en tanto que cuando adquiere tales bienes lo hace con el propósito de revenderlos a sus socios o incluso a terceros lo que no es sino una genuina manifestación de una actividad empresarial²⁷. Ciertamente

²⁶ En el ámbito societario y salvando todas las distancias con el caso que nos ocupa se reconocen mecanismos como la acción individual de responsabilidad mediante los cuales el socio de una sociedad pueda accionar contra la misma en el caso de que su actuación le haya irrogado cualquier tipo de perjuicio. Nos encontramos con un supuesto similar a la relación entre socio y cooperativa.

²⁷ Procede traer a colación la ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas así como todas las normas autonómicas que califican las cooperativas de consumidores y usuarios como aquellas que «*tienen por objeto el suministro de bienes y servicios adquiridos a terceros o producidos por sí mismas, para uso o consumo de los socios y de quienes con*

es que la cooperativa no tiene un ánimo de lucro asimilable al de las demás sociedades mercantiles pero desde el momento en que el ánimo de lucro no constituye un requisito tipificador de la condición de empresario su ausencia no tiene por qué suponer la calificación inversa.

Pese a todo ello sí que es cierto que en determinados ámbitos (suministros de telefonía, electricidad, acceso a internet, servicios bancarios y financieros y servicios aseguradores) de estructura oligopólica la posición de la cooperativa y en general de los pequeños empresarios frente a los proveedores de tales servicios dista mucho de ser una posición homogénea. La asimetría posicional de la cooperativa, que normalmente no tiene las dimensiones de los operadores en esos mercados, frente a las grandes corporaciones se aproxima a la que padece el consumidor en tanto que ambos carecen de cualquier fuerza negociadora. En este escenario la única norma comúnmente aplicable (aun cuando los consumidores pueden beneficiarse adicionalmente de las normas complementarias de la LGDCU) a consumidores y a los empresarios que padezcan esta situación de inferioridad es la normativa sobre condiciones generales de la contratación. En efecto, cualquier empresario puede beneficiarse de las medidas que la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de su contratación contempla su aplicación tanto a las relaciones verticales trabadas entre un empresario (que actúa como predisponente del contrato) y un consumidor (adherente) como a las relaciones de carácter horizontal interempresarial proporcionando a todos ellos las mismas herramientas de defensa frente al empleo de condiciones generales de la contratación que, por vulnerar una norma imperativa o prohibitiva en perjuicio del adherente, puedan considerarse nulas²⁸.

ellos conviven, así como la educación, formación y defensa de los derechos de sus socios en particular y de los consumidores y usuarios en general (...).

²⁸ El debate en torno a la posible extensión de la protección propia de los consumidores a los pequeños y medianos empresarios se suscitó durante la tramitación de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores a raíz de un dictamen del Comité Económico y Social de la UE en el que se instaba a la Comisión «a que considere en un futuro muy próximo la posibilidad de prohibir las cláusulas abusivas en todos los contratos, independientemente de que estos se celebren o no con consumidores, teniendo particularmente en cuenta los problemas experimentados por las PYME» (DOCE C 159, de 17 de junio de 1991). También en el marco de la contratación mediante condiciones generales LETE ACHIRICA, J.: «La transposición de la directiva de 5 de abril de 1993 en el derecho francés: la ley de 1 de febrero de 1995, sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos», *La Ley (Diario 3974)*, de 14 de febrero de 1996, pp. 1720-1728 se muestra igualmente partidario de una concepción extensiva del concepto de consumidor que incluya a los pequeños y medianos empresarios incluso cuando estos sean personas jurídicas. Hace re-

4. Bibliografía

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: «El concepto de consumidor», en AZPAREN LUCAS, A. (dir.): *Hacia un código del consumidor*, 2006, pp. 19-37.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 3» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentario al texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y otras normas complementarias*, Cizur Menor, 2008.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 3», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.): *Comentarios al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras normas complementarias*, 2.ª ed., Cizur Menor, 2015.
- CALAIS AULOY, J.: *Droit de la consommation*, 9.ª ed, París, 2015.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: «El concepto legal de consumidor en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de derecho transnacional*, marzo 2011, vol. 3, n.º 1, pp. 84-117.

ferencia el autor a la nutrida jurisprudencia francesa en tal sentido y particularmente a la sentencia del tribunal de casación de 28 de abril de 1987 en la que se dirime el conflicto entre una sociedad anónima dedicada al negocio inmobiliario y otra sociedad que le instala un sistema de alarma. El tribunal considera que el contrato celebrado «*escapa a la competencia profesional*» de la agencia inmobiliaria «*cuya actividad de agente inmobiliario es extraña a la técnica muy especial de los sistema de alarma*» y por esa razón «*estaba en el mismo estado de ignorancia que cualquier otro consumidor*». Se trata de la primera sentencia que considera consumidor a una persona jurídica permitiendo entender incluido en la noción amplia de consumidor a cualquier profesional que contrata fuera de su ámbito normal de actividad. En una línea similar se pronuncian la sentencia de la Corte de Casación de 25 de mayo de 1992 o la sentencia 24 de enero de 1995. En todos los casos se considera que cuando el empresario adquiere un bien o contrata un servicio que no está directamente relacionado con su tráfico empresarial padece idéntica situación de desprotección a la de un consumidor y por ello merece ser protegido de igual forma. Si bien no se trata de la línea jurisprudencial consolidada existen algunos pronunciamientos que van más allá y han considerado merecedores de especial protección incluso a empresarios que contrataban en el ámbito de su propia actividad profesional o empresarial. Así, la sentencia del Tribunal de Angers de 16 de diciembre de 1987 en la que se reconoce a un grupo de agricultores que sufrieron un corte de suministro eléctrico en sus explotaciones, la condición de consumidores frente a la compañía eléctrica alegando que «*hayan utilizado la energía eléctrica para sus necesidades domésticas o para calentar sus invernaderos (...) en cuanto a la electricidad, se encuentran en el mismo estado de ignorancia que cualquier otro consumidor*». El autor considera, sin embargo, que una ampliación excesiva de la noción de consumidor como la que propugnan los tribunales franceses puede convertirla en superflua por demasiado general. Se muestra partidario, en su lugar, de revisar la *ratio* de la protección y universalizar el control de las condiciones generales prescindiendo de la consideración subjetiva del adherente como finalmente han hecho las leyes nacionales en materia de control de condiciones generales de la contratación.

- CRACOGNA, D.: «La legislación de defensa del consumidor y las cooperativas», *Boletín de la asociación internacional de derecho cooperativo*, n.º 45, 2011, p. 54-56.
- LETE ACHIRICA, J.: «La transposición de la directiva de 5 de abril de 1993 en el derecho francés: la ley de 1 de febrero de 1995, sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos», *La Ley (Diario 3974)*, de 14 de febrero de 1996, pp. 1720-1728.
- MARÍN LÓPEZ, M. J.: «El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n.º 9, 2014, pp. 9-16.
- MIRANDA SERRANO, L.M.: «La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales», en MIRANDA SERRANO, L.M./VELA TORRES, P. J./PRIÉS PICARDO, A.: *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, 2006, pp. 179 -221.
- RECALDE CASTELLS, A.: «El derecho de consumo como derecho especial», en TOMILLO URBINA, J (dir.): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Navarra, 2008, pp. 537-568.
- TOMILLO URBINA, J.: «Realidad y futuro del sistema arbitral de consumo: una aproximación crítica desde la experiencia cántabra», en TOMILLO URBINA, J. (dir.): *Práctica arbitral de consumo*, Cizur Menor, 2007, pp. 29-67.
- VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2008.

La concepción societaria del Derecho Romano como referente para el perfeccionamiento de la regulación de la cooperativa en Cuba

Orisel Hernández Aguilar
Orestes Rodríguez Musa
Universidad de Pinar del Río (Cuba)

Recibido: 16-04-2018
Aceptado: 18-05-2018

Sumario: Introducción. I. La experiencia de las cooperativas en Cuba: pautas generales de su regulación legal y sus limitaciones. II. La doctrina sobre la naturaleza jurídica de la cooperativa y la concepción societaria del Derecho Romano: reflexiones sobre posibles puntos de coincidencia. II. 1 Generalidades sobre el debate doctrinal entorno a la naturaleza jurídica de la cooperativa. II. 2 Reflexiones sobre la concepción societaria del Derecho Romano a la luz del debate sobre la cooperativa. III. La concepción societaria del Derecho Romano enfocada hacia los retos de la regulación legal de las cooperativas en Cuba: algunos aspectos a considerar. IV. Conclusiones.

Resumen: Luego de que las proyecciones de los Lineamientos se materializaran mediante un importante paquete normativo a finales del año 2012, el análisis sobre las cooperativas en el contexto de la construcción del socialismo en Cuba se ha vuelto a poner en el centro de la atención. En tal sentido, se mantiene como un punto crucial el tema de la naturaleza jurídica de esta institución en el ordenamiento jurídico cubano. Dadas las insuficiencias teóricas y prácticas que se han detectado en el desarrollo cooperativo, conviene recurrir a un enfoque alternativo que puede servir como referente para el perfeccionamiento de la actual regulación legal de las cooperativas en la isla: el de la concepción societaria del Derecho Romano.

Palabras clave: cooperativa, sociedad, Derecho Romano.

Abstract: After the projections of the Guidelines materialized by means of an important normative packet of the end of 2012, the analysis of cooperatives in the context of the construction of socialism in Cuba has returned to the center of attention. In this regard, the issue of the legal nature of this institution in the Cuban juridical order remains a crucial point. Given the theoretical and practical inadequacies that have been detected in coopera-

tive development, it is convenient to resort to an alternative approach that can serve as a reference for the improvement of the current legal regulation of cooperatives on the island: that of the societary conception of the Roman Law.

Keywords: cooperative, society, Roman Law.

Introducción

Para comprender la relevancia de las reflexiones que ocupan a este artículo, relativas a las cooperativas dentro de la realidad cubana, resultan imprescindibles algunas aclaraciones preliminares, todas ellas encaminadas a determinar el lugar que corresponde a dicha institución dentro del modelo de construcción de un proyecto socialista con sus propias características.

En este sentido, la primera idea que debe quedar sentada es que en la concepción de los clásicos del marxismo¹ respecto del rol que corresponde a esta forma de organización de los trabajadores nunca fue negativa, de hecho, llegaron a considerarla protagonista del proceso transformador, en tanto la naturaleza del cambio requiere de cuotas de libertad, participación y control que resultan consecuentes con la cooperativa como con ningún otro ente de la sociedad². Sus críticas se centraron en refutar aquellas posiciones idealistas que evadían los antagonismos de clase como el problema del que debía surgir y al que debía dirigir sus soluciones³. Por tanto, lejos de rechazarlas, se les presenta como una alternativa viable para abolir el trabajo asalariado y así a las diferencias de clase⁴; siempre que fuera expreso este propósito que, en última instancia, será también antagónico a la implicación de las cooperativas con cualquier institución ajena a intereses populares.

¹ Vid. RODRÍGUEZ MUSA, O.: «Socialismo, Cooperativismo y Derecho. Dialéctica necesaria para la actualización del modelo económico cubano», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, Bilbao, No. 46, 2012, pp. 79-105.

² «... si la producción cooperativa ha de ser algo más que una impostura y un engaño; si ha de substituir al sistema capitalista; si las sociedades cooperativas unidas han de regular la producción nacional con arreglo a un plan común, tomándola bajo su control y poniendo fin a la constante anarquía y a las convulsiones periódicas, consecuencias inevitables de la producción capitalista, ¿qué será eso entonces, caballeros, sino comunismo, comunismo <realizable>?» MARX, C.: *La guerra civil en Francia*, en <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/gcfran/guer.htm>, consultado el 29 de septiembre de 2010.

³ «El que los obreros quieran establecer las condiciones de producción colectiva en toda la sociedad (...) solo quiere decir que laboran por subvertir las actuales condiciones de producción, y eso nada tienen que ver con la fundación de sociedades cooperativas con la ayuda del Estado, [las que] solo tienen valor en cuanto son creaciones independientes de los propios obreros, no protegidas ni por los gobiernos, ni por los burgueses». MARX, C.: *Crítica del Programa de Gotha*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2009, p. 38.

⁴ «...cuando los medios de producción pertenecen a la sociedad, cuando es un hecho el triunfo de la clase del proletariado sobre la burguesía, el régimen de los cooperadores cultos es el socialismo». LENIN, V.I.: «Sobre la Cooperación», *Obras escogidas en tres tomos*, t. 3, Ed. Progreso, Moscú, 1961, p. 781.

En segundo lugar, debe reconocerse que la cooperativa en Cuba cuenta con una historia propia, de tal manera que tomando como referente las características de su regulación jurídica, puede agruparse en tres grandes etapas. La primera, que arranca con el traslado de las instituciones peninsulares hacia la Cuba española a finales del siglo XIX y se extiende hasta que los principios constitucionales de 1940 oxigenan la institución, se distingue por su simple reconocimiento, sin atribuirle régimen jurídico propio, ni cobija legal apropiada para desarrollarse en su doble aspecto económico y social. La segunda, evidencia la relevancia de la Constitución de 1940, que pese a que descuidó su contenido asociativo, previó un régimen jurídico que tuteló su carácter de empresa y un mandato para su fomento desde lo local, como mecanismo para favorecer servicios públicos, aunque lamentablemente, el contexto político no favoreció que germinara como un medio para la satisfacción de las necesidades socioeconómicas de la población. La tercera y última etapa, después de un período de tránsito, se identifica —con mayor claridad— a partir del texto constitucional de 1976, y produjo el desmontaje del diseño anterior hacia la estatalización de la propiedad, resultado de la copia acrítica del modelo socialista soviético, reduciéndose la cooperativa a algunas áreas de la esfera agropecuaria.

Por último, y como punto de convergencia de los dos elementos antes apuntados, debe considerarse el proceso de perfeccionamiento institucional que se desarrolla desde hace un quinquenio en la isla⁵, que contempla la expansión de la utilización de la cooperativa en sectores distintos del agropecuario. En el texto original de los Lineamientos se declara que el objetivo que se persigue es el «de garantizar la

⁵ Al cual sirven de guía los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución (*Vid.* VI CONGRESO DEL PARTIDO COMUNISTA DE CUBA: *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*, consultado en <http://www.prensa-latina.cu/Dossiers/LineamientosVICongresoPCC.pdf>, en fecha 1 de julio de 2012. (En lo adelante «Lineamientos») y VII CONGRESO DEL PARTIDO COMUNISTA DE CUBA y ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR: *Actualización de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el periodo 2016-2021*, consultado en <http://www.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2016/09/aqu%C3%AD.pdf>, en fecha 20 de septiembre de 2016. (En lo adelante «Actualización de los Lineamientos»), la Conceptualización del Modelo Económico y Social Cubano de Desarrollo Socialista (*Vid.* VII CONGRESO DEL PARTIDO COMUNISTA DE CUBA: *Conceptualización del Modelo Económico y Social Cubano de Desarrollo Socialista*, publicación en forma de tabloide, 2016) y el Plan nacional de desarrollo económico y social hasta 2030: propuesta de visión de la nación, ejes y sectores estratégicos (*Vid.* VII CONGRESO DEL PARTIDO COMUNISTA DE CUBA: *Plan nacional de desarrollo económico y social hasta 2030: propuesta de visión de la nación, ejes y sectores estratégicos*, publicación en forma de tabloide, 2016).

continuidad e irreversibilidad del Socialismo, el desarrollo económico del país y la elevación del nivel de vida de la población, conjugados con la necesaria formación de valores éticos y políticos de nuestros ciudadanos», y en tal sentido, «el sistema económico que prevalecerá continuará basándose en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción, donde deberá regir el principio de distribución socialista «de cada cual según su capacidad a cada cual según su trabajo»».

Estas proyecciones de los Lineamientos, materializadas mediante un importante paquete normativo de finales de 2012, han vuelto a poner en el centro de la atención el análisis sobre las cooperativas en el contexto de la construcción del socialismo en Cuba. En tal sentido, conviene abordar el tema esencial de la naturaleza jurídica de la institución en el ordenamiento jurídico cubano, esta vez, a la luz de la concepción societaria del Derecho Romano, ya que esta pudiera servir como referente para el perfeccionamiento de la actual regulación legal de las cooperativas en la isla.

I. La experiencia de las cooperativas en Cuba: pautas generales de su regulación legal y sus limitaciones

La actual plataforma legal de la cooperativa en Cuba se integra por un conjunto de normas jurídicas que presenta poca sistematicidad y coherencia entre sí, caracterizadas en atención al sector de la economía en que se desarrolla.

En primer orden tenemos a la Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976 (en lo adelante Constitución) que si bien en su artículo 20 reconoce a la cooperativa, le otorga un lugar secundario con respecto al Estado, además de que constriñe a la esfera agropecuaria su espacio de subsistencia y a los agricultores pequeños el derecho a asociarse en cooperativas.

Por su parte, el Código Civil, Ley 59 de 16 de julio de 1987 (en lo adelante CC) en sus artículos del 145 al 149 amplía —tímidamente— los fundamentos constitucionales sobre la figura en busca de desempeñar el rol supletorio que le corresponde⁶, pero producto —entre otras razones— a la lectura patrimonialista que ofrece sobre el fenómeno, no luce trascendencia práctica en este sentido.

⁶ *Vid.* Artículo 8 Ley No. 59/1987 «Código Civil de la República de Cuba», Ministerio de Justicia, La Habana, 1998.

También con rango de Ley (o equiparable a ella), pero esta vez con valor especial, complementan la Constitución el Decreto-Ley 142 de 20 de septiembre de 1993, «Sobre las Unidades Básicas de Producción Cooperativa» (en lo adelante DL142/93) y la «Ley de Cooperativas de Producción Agropecuaria y de Créditos y Servicios», Ley 95 del 2 de noviembre de 2002 (en lo adelante L95/02), ambas disposiciones destinadas a regular formas de cooperación presentes en el sector agropecuario de la economía pero a las que se les ofrecen regímenes legales distintos en atención a la titularidad de la tierra que administran.

Sobre este marco legal de la cooperativa agropecuaria en Cuba ha advertido el profesor FERNÁNDEZ PEISO que además de «...disperso y carente de organicidad, tiene en común que, el modelo jurídico adoptado, está distanciado de la naturaleza social de la institución cooperativa, pues en él se privilegia el componente administrativo-patrimonial, sobre el asociativo, lo cual las sume en condicionamientos administrativos, económicos y culturales, que no viabilizan su gestión...»⁷, realidad que apunta a cambiar de acuerdo al nuevo contexto.

Sin referirse en sus POR CUANTOS al texto constitucional, quien no explicita fundamentos para ello, fue aprobado el Decreto-Ley 305 de 11 de diciembre de 2012, «De las Cooperativas no Agropecuarias» (en lo adelante DL305/12), que funge como plataforma legal para ordenar las experiencias pilotos de este tipo en el proceso de perfeccionamiento del modelo socioeconómico nacional. En este sentido resulta curioso que sí se refiera en los POR CUANTOS de este Decreto-Ley al CC, cuando este último adolece de las mismas limitaciones que la Constitución en la regulación de la cooperativa. Resalta también en este Decreto-Ley la tendencia a entender la naturaleza jurídica de la figura apegada a las sociedades mercantiles, lo que supera la concepción administrativo-patrimonial de las cooperativas agrarias.

Por último, complejizan aún más el sustento legal de la cooperativa en Cuba las disposiciones emanadas de diversos órganos u organismos estatales destinadas a reglamentar sus diversas formas. En este sentido destacan, para regir las Cooperativas de Producción Agropecuaria (CPA) y las de Créditos y Servicios (CCS), sendos Reglamentos Generales aprobados por Acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros el 17 de mayo de 2005 (en lo adelante RG/05 de la CPA y RG/05 de la CCS); para las Unidades Básicas de Producción Cooperativa (UBPC) la Resolución 574 de 13 de agosto de 2012 del Ministerio de la

⁷ FERNÁNDEZ PEISO, A.: *Lecturas en pro del cooperativismo, ante las imprescindibles transformaciones económicas del socialismo cubano*, Ed. Universo Sur, Cienfuegos, 2006, p. 27.

Agricultura, «Reglamento General de las Unidades Básicas de Producción Cooperativa»⁸ (en lo adelante RG/12 de las UBPC); y por último, destinado a las Cooperativas no Agropecuarias, el Decreto 309 de 28 de noviembre de 2012, «Reglamento para las Cooperativas no Agropecuarias de Primer Grado» (en lo adelante D309/12).

Tanto el nuevo Reglamento General para las Unidades Básicas de Producción Cooperativa como la legalización de las cooperativas no agropecuarias, son posteriores a los Lineamientos aprobados por el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba en abril de 2011. Ello puede ayudar a explicar que estas nuevas regulaciones presenten incoherencias de fondo con el resto del ordenamiento jurídico.

Teniendo en cuenta estos elementos, pueden apuntarse como las principales limitaciones del ámbito jurídico-institucional actual de las cooperativas en Cuba las siguientes:

1. *Limitaciones en su concepción constitucional*, en tanto el magno texto no reconoce a las cooperativas más allá del sector agropecuario de la economía; no tutela el derecho de otros trabajadores diferentes a los agricultores pequeños a asociarse en ellas; reduce su naturaleza jurídica a forma de propiedad y, en definitiva, no contiene una noción jurídica del cooperativismo como sistema autónomo con responsabilidad social, que le garantice políticas públicas favorables. Por tanto, para que la Constitución pueda guiar de manera efectiva su implementación legal hacia una perspectiva integral, es necesario su redimensionamiento en estos aspectos.
2. *Ausencia de una legislación especial unificadora y armonizadora del sector*, actualmente regulado por normas dispersas (algunas con carácter experimental) que lo fracturan entre lo agropecuario y lo no agropecuario, y que presentan poca sistematicidad y coherencia entre sí. Ello unido a antinomias o contradicciones derivadas del reglamentarismo excesivo y de la diversidad en las bases contextuales a las que responden. Todo ello redundando en afectaciones a la identidad y al empoderamiento del movimiento cooperativo nacional.
3. *Persistencia de un modelo absorbente hacia el Estado*, que aunque en los últimos años se observa una tendencia a su flexibili-

⁸ Deroga las Resoluciones 525 de 6 de noviembre de 2003 del Ministerio del Azúcar y 629 de 7 de septiembre de 2004 del Ministerio de la Agricultura, contentivas de los Reglamentos Generales destinados a las unidades de este tipo, vinculadas a los respectivos sistemas productivos.

zación⁹, afecta la autonomía cooperativa desde el proceso para su constitución y hasta el de su disolución, pasando por la determinación de su objeto social, por la planificación de su actividad económica y por las características de sus relaciones contractuales.

4. *Ausencia de un ente público encargado de rectorar, diseñar e impulsar la política de atención al movimiento*, que pondere la identidad universalmente reconocida de la cooperativa por sobre la esfera de la economía en que se manifieste¹⁰. Contar con un Instituto Cubano de Desarrollo Cooperativo, con dependencias territoriales bien apertrechadas y delimitación jurídica de sus límites, facilitaría la integración del movimiento y la sistematicidad en sus relaciones con terceros. En suma, fortalecer el sector hasta que alcance niveles propicios para asumir —paulatinamente— su propia organización, regulación y control.
5. *Constreñimiento legal de la figura a la modalidad de cooperativas de trabajo*, que desaprovecha otras formas como las de crédito o de consumo, que resultarían útiles para la sociedad cubana al enfrentar sus carencias económicas y la especulación de los intermediarios que proliferan por la flexibilización del modelo económico.
6. *Falta de cultura jurídico-cooperativa*, cuya necesidad se potencia al complejizarse el escenario con las nuevas experiencias. Esto ha generado avidez en la población por conocer sobre el tema y especialmente entre aquellos profesionales del sector jurídico que, carentes en su formación de las herramientas del Derecho Cooperativo, han asesorado el proceso de constitución y funcionamiento de las cooperativas no agropecuarias. Lo anterior ha derivado en que se arrastren hacia las cooperativas los esquemas de las empresas estatales o, peor aún, se importen de la empresa capitalista.

Sobre esta base puede concluirse que en la actual etapa por la que atraviesan las cooperativas en Cuba, prima la voluntad política de favorecer un proceso para su expansión hacia otras esferas de la economía

⁹ Vid. RODRÍGUEZ MUSA, O.: «La autonomía cooperativa y su expresión jurídica. Una aproximación crítica a su actual implementación legal en Cuba», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, No. 47, Bilbao, 2013, pp. 142 y ss.

¹⁰ Vid. MARÍN DE LEÓN, I.: *Perfeccionamiento de las relaciones Estado — cooperativas Cuba en los marcos de la actualización del modelo económico*, Tesis en opción al Título Académico de Máster en Administración de Empresas Agropecuarias, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Pinar del Río, 2011.

nacional además de la agropecuaria. Sin embargo en la práctica, como resultado de las limitaciones de la plataforma jurídico-institucional que soporta este proceso, así como de las carencias objetivas o subjetivas que caracterizan el contexto, se vienen presentando dificultades que podrían afectar el redimensionamiento del sector.

A tono con planteado, desde el 31 de mayo del 2015, Raúl Castro Ruz, Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros ratificó el principio de «no masificar la creación de cooperativas, la prioridad deberá ser consolidar las que existen e ir avanzando de forma gradual, pues de lo contrario estaríamos generalizando los problemas que se presentan»¹¹. Esta idea ha sido reiterada en su discurso en la clausura del IX Período Ordinario de Sesiones de la VIII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, en el Palacio de Convenciones, el 14 de julio de 2017, en el cual —además— dejó claro que «no vamos a retroceder ni a detenernos, ni tampoco permitir estigmas y prejuicios hacia el sector no estatal, pero es imprescindible respetar las leyes, consolidar lo avanzado, generalizar los aspectos positivos, que no son pocos, y enfrentar resueltamente las ilegalidades¹² y otras desviaciones que se apartan de la política establecida»¹³.

Aunque las insuficiencias que se experimentan en el cooperativismo cubano no pueden atribuirse en exclusiva al presente estado de la regulación jurídico-institucional del sector, tampoco es factible negar que una plataforma legal como la vigente, caracterizada por una profunda

¹¹ Raúl: «Lo que hacemos debe ser sometido constantemente a la crítica constructiva por parte de todos», publicado en <http://www.granma.cu/cuba/2015-05-31/raul-lo-que-hacemos-debe-ser-sometido-constantemente-a-la-critica-constructiva-por-parte-de-todos>, consultado en fecha 12 de octubre de 2017.

¹² En este sentido ha trascendido que entre las principales ilegalidades y desviaciones de la idea original sobre el desempeño de las cooperativas no agropecuarias se encuentran: apropiación indebida de recursos y de ingresos; personas que fungen como socios de varias cooperativas a la vez; deficiencias en los registros contables; utilización de créditos bancarios con fines diferentes para los cuales se otorgaron; hechos de corrupción; cooperativas que funcionan como empresas privadas; en las actividades de la gastronomía, no se logran aún la transformación necesaria para lo cual fueron constituidas, ni en imagen, ni en calidad, ni en los precios; en la actividad de la construcción se realiza la contratación inadecuada de fuerza de trabajo. *Vid. Autoridades explican nuevas medidas respecto a cooperativas no agropecuarias*, publicado en <http://www.cubadebate.cu/noticias/2017/08/09/autoridades-explican-nuevas-medidas-respecto-a-cooperativas-no-agropecuarias/#.WcVnV8Zx3IU>, y consultado en fecha 2 de octubre de 2017.

¹³ Raúl Castro: *Seguiremos avanzando en el camino escogido soberanamente por nuestro pueblo*, publicado en <http://www.cubadebate.cu/especiales/2017/07/14/raul-castro-seguiremos-avanzando-en-el-camino-escogido-soberanamente-por-nuestro-pueblo/#.WeCLpjtx3IU>, consultado en fecha 15 de julio de 2017.

dispersión normativa, que no escapa de antinomias y contradicciones derivadas de la diversidad de sus bases contextuales, así como al reglamentarismo excesivo, genera un ambiente poco propicio para el auto-control y la autorregulación cooperativa.

Por tanto, se impone desde la ciencia del Derecho repensar las bases teóricas que han de fundamentar y guiar la instrumentación de una regulación que unifique, sistematice y flexibilice el tratamiento legal de la institución. Para cumplimentar este propósito, es imprescindible partir de una concepción uniforme y coherente con el sistema jurídico-político nacional sobre la naturaleza de la cooperativa.

II. **La doctrina sobre la naturaleza jurídica de la cooperativa y la concepción societaria del Derecho Romano: reflexiones sobre posibles puntos de coincidencia**

La correcta delimitación de la naturaleza jurídica de una institución permite no solo determinar el régimen jurídico aplicable a ella (registro, competencia judicial, normas principales y supletorias a aplicar, etc.), sino además el papel que le corresponde jugar al interior del orden socioeconómico y político en que se deba desarrollar. De ahí el alcance y la connotación de la temática a tratar.

Para comprender la relación que puede establecerse entre la doctrina relativa a la naturaleza jurídica de la cooperativa y la concepción societaria del Derecho Romano, es prudente, en primer lugar, explicar los principales puntos sobre los que se asienta la controversia inconclusa en torno a la naturaleza jurídica de la cooperativa y, a partir de esto, entonces reflexionar sobre las posibles soluciones que los romanistas pueden aportar.

II.1. *Generalidades sobre el debate doctrinal entorno a la naturaleza jurídica de la cooperativa*

Cuando se estudia el tratamiento jurídico —doctrinal y legal— de la cooperativa, se advierten —entre otras— algunas cualidades que son de pacífica aceptación en su definición, con independencia del contexto sociopolítico desde el cual hayan sido aportadas, a saber: la cooperativa es un ente con personalidad jurídica propia, que se constituye a partir del acuerdo de voluntades de una pluralidad de sujetos con necesidades comunes que buscan su satisfacción a partir del esfuerzo conjunto.

Esta definición general provoca la entrada en el complejo mundo de las asociaciones, donde existe multiplicidad de figuras jurídicas, incluso con esencias diferentes, que se contraponen. De ellos han resultado tres alternativas básicas sobre la naturaleza de la institución cooperativa: la que la considera una asociación, la que la considera una sociedad y la que la considera una figura autónoma.

La postura que considera a las cooperativas como asociaciones, fue mayoritaria hasta hace pocas décadas, y su principal sustento descansa en el hecho, poco discutido hasta entonces, de que estas entidades no solo carecen de ánimo de lucro, sino que además tienen un fin social que justifica un mandato de su fomento para la Administración Pública, incluso desde los textos constitucionales. En consecuencia, si las cooperativas carecen de uno de los elementos esenciales del concepto de sociedades (ánimo de lucro), no pueden ser más que parte del concepto genérico de asociaciones.

Ante la posición anterior, han ganado terreno las tesis revisionistas, en defensa de la cooperativa como una sociedad mercantil. Desde esta postura se distinguen tres vertientes que intentan justificarla, a saber:

- La interpretación amplia del ánimo de lucro: Sus defensores consideran que para que haya sociedad, es suficiente con que los socios persigan una finalidad de carácter patrimonial, susceptibles de aportarles una ventaja, ya sea con un incremento positivo de la riqueza; permitiendo el ahorro o evitando pérdidas.

Sobre esta base, la cooperativa de consumo (destinada a aportar a los miembros condiciones ventajosas para la obtención de productos o servicios) y las cooperativas de producción (constituidas para favorecer las condiciones de trabajo), constituirían —en términos amplios— entidades lucrativas, y por tanto debe considerárseles sociedades.

- La interpretación amplia del concepto de sociedad: Con ella se niega que el ánimo de lucro sea un elemento de imprescindible presencia en la sociedad, y al reducirse las notas esenciales del concepto de sociedad tan solo al origen negocial y la índole común del fin promovido por todos los socios, se abarca dentro de los marcos del fenómeno societario, a otras figuras asociativas como la cooperativa. La profesionalidad en la actividad económica de la cooperativa, destinada a cubrir las necesidades de sus miembros, supone la estabilidad y la continuidad de su actuar, constituyendo un modelo de empresa que presenta afinidades básicas con el resto de las figuras empresariales que operan en el mercado, sin que de ello se derive —necesariamente— el

ánimo de lucro, sino tan solo la exigencia de mantener rentabilidad o economicidad¹⁴.

- La existencia de cooperativas lucrativas: Esta vertiente de pensamiento, para justificar la naturaleza societaria de la cooperativa, es mucho más radical, al considerar al *animus lucran* como uno de sus elementos constitutivos. Se fundamenta en la tendencia del derecho positivo que, de sostener expresamente el fin no lucrativo de las cooperativas, ha pasado a omitir tal aspecto en sus definiciones, lo que se ha interpretado como una permisividad legal para que concurra este elemento. Esta flexibilidad —por omisión—, que acerca el régimen de las cooperativas al de las sociedades capitalistas, se aprecia también en el reconocimiento legal de socios puramente capitalistas y en la posibilidad de participación de la cooperativa en sociedades capitalistas.

Por último, resalta la postura que considera a la cooperativa como una figura autónoma, con minoritario respaldo doctrinal y legal, pero no por ello menos importante. En ella no se acepta el carácter societario de la cooperativa por carecer de ánimo de lucro —elemento que se considera consustancial a la sociedad— y a su vez se niega que sean asociaciones propiamente dichas, por no perseguir los fines públicos de éstas, y además, por tener una serie de rasgos diferenciadores: «La Cooperativa constituye una entidad de naturaleza especial. Se ha sostenido que no es comercial, ni civil. Por tanto el régimen y principios jurídicos que ordenan su funcionamiento y actividades son propios y específicos de estas entidades»¹⁵. Pero en este caso, ¿cuál sería el derecho supletorio aplicable para dirimir un conflicto en caso de ser insuficiente la normativa especial? ¿Acaso los principios cooperativos? ¿Y cuál la jurisdicción competente para resolver un conflicto entre cooperativas?

El principal mérito de esta vertiente intermedia, es el de reconocer el carácter *sui generis* de la cooperativa: destaca sus rasgos, que si bien en ocasiones coinciden con los de las tradicionales asociaciones, y en otras con los de las sociedades, en su conjunto poseen la suficiente sustancia como para dotarlas de una identidad propia.

¹⁴ Cfr. LLOBREGAT HURTADO, M.L.: *Mutualidad y empresa cooperativa*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 37.

¹⁵ MONTENEGRO DE SIQUOT, O.J. y DE GREGORIO, E.: *El marco jurídico del cooperativismo y las entidades de economía social en la Argentina*, consultado en www.fundace.org.br/cooperativismo/arquivos_pesquisa.../047-siquot.pdf, en fecha 15 de diciembre de 2009, p. 10.

En sentido general se puede sostener que entre los rasgos que individualizan a la cooperativa, se encuentran su carácter mutuo y su organización y funcionamiento democrático.

La mutualidad alude a la doble condición de socio-usuario de sus miembros, o sea que «...la actividad empresarial, cuyo desarrollo constituye el objeto social de la cooperativa, tenga como (...) destinatarios a los socios de la misma que, de este modo, satisfacen la necesidad que les llevó a participar en la constitución de la sociedad cooperativa»¹⁶. Y es que sus miembros participan no solo aportando las sumas de capital necesarias para su funcionamiento, sino además como proveedores en las cooperativas de producción, como clientes en las de consumo y como trabajadores en las de trabajo asociado. Por tanto, la cooperativa ha constituido un espacio alternativo, creado por los propios asociados para cubrir necesidades que el medio natural en que se desenvuelven incrementa.

Pese a que bajo el rubro de mutualidades se reconocen a otras figuras, lo que diferencia al fenómeno cooperativo de otras actividades genéricamente mutualistas, es justamente el organizarse para el desarrollo de una empresa. Quizás sea esta una de las causas para que su concepción doctrinal y legal haya venido sufriendo importantes transformaciones.

En opinión de CANO LÓPEZ, «la cooperativa solo será socialmente útil si es capaz de operar en el mercado sometida a criterios de economía, (...) y ello exige un real y progresivo abandono del principio de mutualidad, (...) en otras palabras, que la mutualidad no constituye un elemento esencial, ni para la constitución, ni para el posterior funcionamiento de la sociedad cooperativa»¹⁷. Esta afirmación, alude a una realidad objetiva: la ampliación del objeto social de la cooperativa hacia la realización de actividades con terceras personas que no tengan la condición de socio.

Existe coincidencia en que la crisis de la mutualidad de la cooperativa tiene fundamento en un reacomodo de la figura, como única alternativa para garantizar su supervivencia: «Hoy la cooperativa como empresa debe poder enfrentarse en el mercado a otras empresas ordinarias. A tal fin, la empresa cooperativa debe contar con un mercado de desembocadura más amplio que el configurado tradicionalmente por su sola base social»¹⁸.

¹⁶ CANO LÓPEZ, A.: «El complejo estatuto legal de la cooperativa en España: un apunte sobre algunas líneas de tendencia», en *Internacionalización de las Cooperativas*, Universidad de Alicante, Valencia, 2008, p. 75.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ PASTOR SEMPERE, C.: «Empresa cooperativa y modelo constitucional: una aproximación», *Revista de Derecho de Sociedades*, No. 17, 2001, p. 11.

Pareciera por tanto que las cooperativas han entrado en el juego competitivo del mercado. Pero debe admitirse, siguiendo a PASTOR SEMPERE, que si bien capital y trabajo ya no se muestran antagónicos en la cooperativa, el primero es un medio para el fortalecimiento y la rentabilidad del segundo, «...se trata de un instrumento, no de un fin en sí mismo. Esta es la difícil traducción que el legislador debe realizar de esta realidad, si no se quiere vaciar de sentido la estructura organizativa de la sociedad cooperativa»¹⁹.

Por otra parte, al analizar el rasgo relativo a su desenvolvimiento democrático, se debe fijar que esto, necesariamente, implica participación e influencia —en niveles efectivos— para la toma de decisiones.

El primer elemento para fundamentar la existencia de tal régimen en la cooperativa, es que los sujetos de la participación muchas veces son aquellos sobre los que se proyectan sus decisiones. Ser el consumidor su propio empresario suministrador (en las cooperativas de consumo, por ejemplo), podría representar un elemento estabilizador de la política de precios y de la economía en general.

En segundo lugar, opera una distinción: a diferencia de la empresa capitalista, donde el aporte patrimonial de los socios determina —proporcionalmente— el grado de influencia de estos en la administración, control y destino de la sociedad (anónima, comanditaria, etc.), en la cooperativa existe una igualdad real de los derechos político-empresariales entre sus miembros que «de hecho son diferentes y desiguales en trabajo y patrimonio, bajo el principio de una común condición: seres humanos dotados de razón y palabra»²⁰. La idea anterior se expresa en el principio cooperativo de un hombre un voto, enarbolado por la ACI, y se concreta, fundamentalmente, en la adopción de los acuerdos del órgano supremo cooperativo que es la Asamblea General, con la sujeción a ella del órgano de ejecución, que también —en principio— debe estar configurado plenamente por asociados.

La estructura y el funcionamiento de la cooperativa descansa —básicamente— sobre el elemento del *intuitu personae*, pues lo que se pone en común no es ni el patrimonio de los miembros, ni el poder económico de cada uno de ellos, sino las prestaciones de índole per-

En este mismo sentido, LLOBREGAT HURTADO, M.L.: ob. Cit., p. 34 (nota al pie 50), plantea que «...el ánimo de lucro ha sido de hecho sustituido por el principio de economicidad, es decir por la tendencia a obtener el máximo de rendimiento con un mínimo de inversión de factores productivos».

¹⁹ PASTOR SEMPERE, C.: ob. cit., p. 13.

²⁰ CANO LÓPEZ, A.: ob. cit., p. 78.

sonal que realizan a la empresa cooperativa²¹; o como también se ha dicho, «no existe una división especializada de funciones entre el empresario y el trabajador, pues los roles de responsabilidad e iniciativa empresarial por un lado, y ejecución de tareas, por el otro, son asumidos por la misma persona (...), es un vínculo asociativo opuesto a la relación de trabajo en dependencia, en el que la organización horizontal, la participación democrática en las decisiones, la igualdad y equidad en los resultados económicos, y la confusión de empleador —propietario y socio— trabajador son los principios rectores»²².

Sin embargo, CANO LÓPEZ²³ arremete nuevamente contra cualquier idea estática sobre los rasgos cooperativos. Plantea tres puntos que ilustraran la línea de tendencia del control y la participación democrática en la cooperativa, a saber:

- Posibilidad legal de que miembros del órgano de ejecución de la sociedad cooperativa, carezcan de la condición de socio.
- El derecho de voto en la Asamblea General de socios «colaboradores», o meros aportadores de capital —inversores lucrativos—, vinculándose por demás dichos votos —como en las sociedades capitalistas— a la participación de estos socios en el capital social; con lo que se introduce el principio plutocrático no solo en la participación de los excedentes, sino además en la toma de decisiones del principal órgano cooperativo.
- Los estatutos incluso, podrán establecer el voto plural ponderado en función de la actividad desplegada por cada uno de los socios cooperativos, lo que determina un ataque frontal al histórico principio cooperativo de un socio, un voto.

Aun cuando muchos continuamos defendiendo a la cooperativa, la realidad objetiva demuestra una coyuntura desfavorable para que esta conserve su identidad. Sus rasgos jurídicos, parecen enrumbar hacia su paulatina confusión con los de cualquier otra entidad capitalista.

Una naturaleza jurídica que se debate en la peligrosa frontera entre lo público y lo privado, que solo se encuentra a buen recaudo con método dialéctico; la elasticidad de conceptos como los de sociedad mercantil y ánimo de lucro, funcionando con perfección para justificar o tolerar el sumergimiento de la cooperativa en el mercado; y una mutualidad que desaparece, para dar paso a una empresa participativa, aun cuando cuesta comprender como se sostendrá en condicio-

²¹ Cfr. LLOBREGAT HURTADO, M.L.: *ob. cit.*, p. 30.

²² MONTENEGRO DE SIQUOT, O.J. y DE GREGORIO, E.: *ob. cit.*, p.15.

²³ Cfr. CANO LÓPEZ, A.: *ob. cit.*, pp. 79 y 80.

nes tan hostiles; justifican hablar de una crisis de la identidad cooperativa.

La adaptación de los fenómenos sociales a su tiempo, más que necesaria es inevitable. El papel ordenador y canalizador del Derecho en la instrumentación de este proceso de cambio es vital. Solo con espíritu crítico y apego a sus raíces históricas, se conseguirá que el proceso dialéctico de transformación de la cooperativa sea en verdad revolucionario.

II.2. *Reflexiones sobre la concepción societaria del Derecho Romano a la luz del debate sobre la cooperativa*

La vuelta a los orígenes de las instituciones resulta siempre ilustrativa para comprender —y tal vez corregir— el estado presente las regulaciones vigentes. En el caso que nos ocupa, recurrir al Derecho Romano supone un reto en dos sentidos: el primero, implica un significativo ejercicio de síntesis en cuanto a la basta literatura existente luego de tantos siglos de permanente contribución a las fuentes romanas; el segundo, consiste en presentar un enfoque poco usual —y aspiramos revolucionario— para insertarnos en el debate existente en torno a la naturaleza jurídica de la cooperativa.

La afirmación precedente excluye el posible debate en torno a un punto esencial de la actual definición de las cooperativas: ¿qué tipo de persona jurídica es?. El término «persona jurídica» tiene sin dudas una relevante historia propia²⁴, pero que es por completo ajena al Derecho Romano, toda vez que su primera mención aparece bajo la rúbrica de Sinibaldo Fieschi, Pontífice con el nombre de Inocencio IV²⁵.

²⁴ «Nei Paesi dell'area romano-germanica, di «persona morale» inizia a parlare il codice civile austriaco, che rimonta al 1811». («En los países del área romano-germánica, de "persona moral" comienza a hablar el Código Civil austriaco, que se remonta a 1811». (Traducción de los autores))

BASILE, M. y FALZEA, A.: «IV. Persona giuridica a) Diritto Privato», en Enciclopedia del Diritto, Vol. XXXIII, Giuffrè Editore, Varese, 1990, p. 235.

²⁵ Fue Papa desde 1243 hasta su muerte.

Vid. LOBRANO, G. y ONIDA, P. P.: «RAPPRESENTANZA o/e PARTECIPAZIONE. Formazione della volontà «per» o/e «per mezzo di» altri nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo», Diritto e Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana, Anno XV - 2016 - Quaderno N. 14, consultado en <http://www.dirittoestoria.it/14/contributi/Lobrano-Onida-Rappresentanza-o-e-partecipazione.htm>, en fecha 10 de octubre de 2017.

La aparente simplicidad de esta tesis, hasta este punto, puede resultar engañosa. La negación de la persona ficticia implica, además, el distanciamiento con el *genus* de los actos jurídicos que hoy se realizan a través de la representación, toda vez que la solución adoptada para dar vida a la persona jurídica fue la de realizar una abstracción por medio de la cual la voluntad de los representados se reduce a la del representante, que funge como un sustituto de estos²⁶.

En sede romanista, la solución adoptada para regular la inevitable existencia de agrupaciones humanas, de toda índole, resulta diametralmente opuesta a la anteriormente expuesta. Se asume una concepción unitaria de la pluralidad de hombres, entendidos como colectividad, que no se desmaterializa. Por tal razón, a dicho «*corpus societario*», corresponde un régimen marcado por su participación voluntaria y activa, el cual es, simplemente, el de la democracia. Dentro de esta dinámica figura entonces el mandato como medio del que se valen los mandantes para comunicar su voluntad, cuando no les es posible hacerlo por ellos mismos²⁷.

Sin discusión, esta repercusión en cuanto a las reglas de funcionamiento de la «no persona jurídica» dentro del Derecho Romano, coincide perfectamente con las reglas de las cooperativas y, como no da espacio a alternativas extrañas a ella, crea un marco general dentro del cual es válida cualquier actuación que no suponga una ruptura con esta premisa, sin necesidad de hacer un catálogo cerrado de posibilidades.

Es absolutamente aceptado que cuando dos o más personas convienen poner en común bienes o industria, a fin de compartir las ganancias y las pérdidas mientras ejecutan un objeto social lícito, estamos en presencia de un contrato consensual, bilateral perfecto, que se denomina sociedad. En tal enunciado no es posible encontrar razón alguna que refute la pertenencia de la cooperativa a dicha categoría y, a la par, simplifica el debate sobre la naturaleza jurídica de la figura, al reducirlo a la de un contrato que es muy funcional y flexible, como se verá a continuación.

Aunque al respecto se pueden encontrar múltiples definiciones, más o menos extensas²⁸, la exposición que sigue se guiará por la con-

²⁶ Vid. D'AMICO, P.: «Rappresentanza, I. Diritto civile», en *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIV, Roma, 1991.

²⁷ Vid. LOBRANO, G. y ONIDA, P. P.: *ob. cit.*

²⁸ V. gr.: «il contratto consensuale di *societas* aveva la funzione tipica di impegnare le parti ad impiegare direttamente e lecitamente, nell'interesse comune, beni o attività che le parti stesse dovevano apprestare secondo l'occorrenza, ripartendo tra loro i van-

ceptualización que aportara ARANGIO-RUIZ, para quien se trata de «*un contratto consensuale e bilaterale (od anche, all'occasione, plurilaterale), senza riflessi sulla posizione dei contraenti in confronto dei terzi, in virtù del quale due o più persone s'impegnano a mettere in comune beni et attività allo scopo di dividerne secondo una proporzione prestabilita i profitti e la perdite*»²⁹.

El primer elemento que debe destacarse de la *societas* es su consensualidad. La particularidad de la voluntad de las partes en cuanto a este contrato, radica en que no basta con su sola emisión al momento de la constitución del negocio jurídico, sino que, dado que se comprometen a una secuencia de operaciones legales y económicas, se hace necesario que siempre esté presente.

La figura también resulta flexible por cuanto puede adoptar cuantos objetos sociales queden fuera de la única limitación establecida para ella: la ilicitud. A pesar, de que no existen en las fuentes clasificación alguna al efecto, se ha asumido como tal un pasaje de GAYO en el que se mencionan la *societas totorum (od omnium) bonorum*, que puede identificarse con una sociedad universal, y la *societas unius aliquius negotii*, que sería la dedicada a una actividad industrial o comercial determinada, aunque eventualmente compleja³⁰.

Sobre las bases hasta aquí expuestas, puede evidenciarse lo innecesario que resulta el debate sobre si el objeto perseguido por las sociedades (entiéndase también las cooperativas) puede ser o no de Derecho Público o de Derecho Privado³¹. Como bien señalan LOBRANO y ONIDA resulta del Título 4 del tercer libro del Digesto de Justiniano³²

taggi ed eventualmente gli svantaggi conseguiti agli impieghi». (GUARINO, A.: *La società in Diritto Romano*, Jovene Editore, Napoli, 1998, p. 59).

«Era el contrato por el cual dos o más personas se obligaban a poner en común bienes o industria con un fin, lícito, para obtener y repartirse una ganancia. Era un contrato de tipo consensual, bilateral perfecto, de bona fidei y principal». (COLECTIVO DE AUTORES: *Manual de Derecho Romano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 148).

²⁹ «un contrato consensual y bilateral (o, en ocasiones, plurilateral), sin reflejo de la posición de los contrayentes en frente de terceros, en virtud del cual dos o más personas se comprometen a poner en común bienes y actividades para dividirlos por una proporción predeterminada de ganancias y pérdidas. (Traducción de los autores).

ARANGIO-RUIZ, V.: *La società in Diritto Romano*. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1982, p. 60.

³⁰ *Vid.* ARANGIO-RUIZ, V.: *ob. Cit.*, p. 120.

³¹ Al respecto vale indicar que existe una clara distinción entre el contenido de dicha terminología en el Derecho Romano y el que se le atribuye en la actualidad. *Vid.* FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Separata de Derecho Público Romano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999, pp. 3-12.

³² «*Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes,*

que «las categorías utilizadas para indicar la *societas*, como ente unitario y concreto son, tanto desde el punto de vista del Derecho Público, como desde la perspectiva del Derecho Privado, *universitas* y *corpus*». Así, tanto se opere en servicio de un tipo u otro de fines, las reglas generales no varían.

Otra consecuencia que deriva de la lógica societaria es la eficacia solo interna del contrato. Para tratar esta cuestión, debe recurrirse nuevamente a ARANGIO-RUIZ quien teorizó al respecto con amplitud. Según este romanista, como regla, aun cuando un socio desarrolle una actividad contractual con un tercero como parte del ejercicio social, no se crea una relación del resto de los socios (de la sociedad) con esa tercera persona. Es decir, «*ciò non ha rilievo per quanto riguarda la titolarità attiva o passiva delle obbligazioni contratte, o l'appartenenza dei beni: infatti, per il principio del diritto romano che esclude la rappresentanza diretta, pur agendo per conto degli altri, quel socio agirà esclusivamente in nome proprio, con effetti immediati soltanto nei propri riguardi, e sarà in un secondo momento che, compiendo gli atti opportuni, egli trasferirà agli altri quanto loro spetti degli utili e ne percepirà quanta parte delle perdite sia di loro pertinenza. Avverrà, insomma, tutto ciò che avverrebbe se, invece di agire in virtù del contratto di società, quel contraente avesse agito quale mandatario o quale gestore di negozii*»³³.

Este constituye otro punto de ruptura con las construcciones teóricas que priman en la doctrina moderna sobre la institución de la «sociedad». Sin embargo, en sede de Derecho Cooperativo, asumir esta con-

arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat».

(«Mas á los que se permitió tener corporación de colegio, sociedad, ó de otra cosa cualquiera con ese nombre, les es propio tener, á ejemplo de la República, bienes comunes, caja común, y apoderado ó síndico, por medio de quien, como en la República, se trate y haga lo que deba tratarse y hacerse en comunidad.») GARCIA DEL CORRAL, I.L. (Trad.) Cuerpo del Derecho Civil Romano, primera parte, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1889, p. 321.

³³ «esto no es relevante con respecto a la titularidad activa o pasiva de las obligaciones contraídas o la pertenencia de los bienes: de hecho, por el principio del derecho romano que excluye la representación directa, mientras actúa por cuenta de otros, ese socio actuará exclusivamente en su nombre, con efectos inmediatos solo para sí mismo, y será en un segundo momento que, haciendo los actos oportunos, transferirá a los demás su parte de los beneficios y recibirá cuánto de la pérdida le pertenezca. En resumen, todo sucedería como si, en lugar de actuar bajo un contrato de la sociedad, ese contraente actuara como mandatario o gestor de negocios». (Traducción de los autores)

ARANGIO-RUIZ, V.: ob. cit., p. 85.

cepción permite comprender por qué el acto cooperativo³⁴ debe contar con un régimen jurídico diferente a los «actos no cooperativos»³⁵. Dada la naturaleza de la sociedad, cual colectividad reunida en torno a un interés común, sería un contrasentido que se obtenga la ganancia a expensas de sus mismos miembros.

Ese fin común que congrega a los socios, se ha identificado con «alcanzar tanto al repartimiento de los beneficios, cuando estos existieran, como al enfrentamiento de las pérdidas, si estas se producían»³⁶. Esta afirmación no debe interpretarse en sentido restrictivo, pues al igual que la finalidad de obtener un lucro, también podrían existir otras distintas. Así, al decir de GUARINO, la *societas* «*poteva anche essere costituita a fini di culto, assistenza (mutua o nei confronti di terzi), svago. (...) Certo, l'essenziale era che le prestazioni delle parti fossero, secondo la regola generale delle obbligazioni, economicamente valutabili*»³⁷.

Admitir que existe la sociedad, cuando esta sirve al fin común, sin la disyuntiva entre el lucro o no lucro, puede ayudar también a po-

³⁴ Este acto constituye el medio o instrumento principal para la realización práctica de la razón de ser de la cooperativa. SALINAS PUENTE se refiere a él como «el supuesto jurídico, ausente de lucro y de intermediación, que realiza la cooperativa en cumplimiento de un fin preponderantemente económico y de utilidad social». SALINAS PUENTE, A.: *Derecho Cooperativo*, Ed. Cooperativismo, México, 1954, p. 2.

En la misma dirección explica CRACOGNA las notas esenciales y consustanciales a estos actos que permiten afirmar que no tienen una naturaleza civil ni comercial ni otra cualquiera, sino una que les es propia y que los distingue dada la propia finalidad de la institución: a) intervención de socio y cooperativa; b) objeto del acto idéntico al objeto de la cooperativa; y c) espíritu de servicio, donde hay un corpus (el objeto material o inmaterial sobre el que versa) y un animus (el espíritu de servicio que informa la relación). CRACOGNA, D.: *Estudios de Derecho Cooperativo*, INTERCOOP Ed. Cooperativa Ltda., Buenos Aires, 1986, p. 21.

³⁵ «... ato não-cooperativo é aquele ato normal da cooperativa, também chamado de *negócio-fim*, ou negocio principal, que realiza o objetivo social da empresa cooperativa, só que não realizado com associado, e sim realizado com terceira pessoa.» («...el acto no cooperativo es aquel acto normal de la cooperativa, también llamado de negocio-fin, o negocio principal, que realiza el objetivo social de la empresa cooperativa, sólo que no realizado con un asociado, sino realizado con una tercera persona») (Traducción de los autores)

LOPES BECHO, R.: *Elementos de Direito Cooperativo*, Editorial Dialética, São Paulo, 2002, p. 172.

³⁶ COLECTIVO DE AUTORES: *Manual de Derecho Romano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 149.

³⁷ «también podía ser constituida para fines de culto, asistencia (mutua o con terceros), ocio. (...) Por supuesto, lo esencial era que las prestaciones de las partes fueran, de acuerdo con la regla general de las obligaciones, susceptibles de valoración económica.» (Traducción de los autores)

Guarino, A.: *La società in Diritto Romano*, Jovene Editore, Napoli, 1998, pp. 67-68.

ner en perspectiva el debate sobre las cooperativas. Si bien admiten su esencia no lucrativa, tampoco se desnaturalizarían solo por realizar actividades de tal tipo de forma coyuntural, siempre que mantuvieran fijos los restantes elementos que la deben informar.

Como corolario de los aspectos ya abordados, se presenta un último efecto de entender la naturaleza de la sociedad según el Derecho Romano: no es propio de esta dar lugar a un patrimonio separado. Al respecto nos ilustra GUARINO, citando a WIEACKER, para quien «*la creazione del patrimonio comune non è richiesta, ma il contratto sociale (...) fa sì che si enuclei nella vita giuridica una gestione comune di comune interesse dei soci, una «gemainsame und gemainnützige Geschäftsführung» di cespiti (beni e attività) tenuti uniti solo sul piano contabile, che viene necessariamente meno, dando luogo alla fase liquidativa*»³⁸. Con ello se pone el punto final a la negación de la persona jurídica, al refutar que su existencia sea necesaria para actuar en representación de una masa patrimonial dada.

En grandes líneas puede resumirse que hay significativos puntos de coincidencia entre la *societas* romana y la cooperativa, los cuales pueden servir de base para dirimir algunas de las controversias de la doctrina entorno a dicha figura. Entre ellos se pueden contar la relevancia de la voluntad constante y la participación; la flexibilidad de fines perseguibles dentro del marco de la licitud; la relevancia solo interna de la figura, de manera que pueden desarrollarse actividades lucrativas con terceros, aunque ese no sea su fin principal porque —de hecho— solo hay «sociedad» hacia adentro, entre los socios, siendo esa su esencia. Según este enfoque, la cooperativa podría ser considerada la «forma de sociedad moderna»³⁹ más cercana al ideal societario romano, de-

³⁸ «la creación del patrimonio común no es obligatoria, aunque el contrato social (...) causa un manejo común de los intereses comunes de los miembros en la vida jurídica, una «gemainsame und gemainnützige Geschäftsführung» de los activos (bienes y actividad) que se mantienen unidos solo sobre la base contable, que es necesaria, dando lugar a la fase de liquidación». (Traducción de los autores)

GUARINO, A.: ob. Cit., Napoli, 1998, p. 38.

³⁹ «La, però, caratteristiche differenziate rispetto alla società moderna, le quali consistono soprattutto nel fatto che alla *societas* romana mancano —non che la personalizzazione— l'autonomia patrimoniale comunque intesa e la rilevanza del vincolo sociale nei confronti dei terzi».

(Las características que la diferencian de la sociedad moderna, consisten principalmente en el hecho de que las *societas* romanas carecen de personalización, autonomía patrimonial comoquiera que sea entendida y la relevancia del vínculo social frente a terceros. (Traducción de los autores))

TALAMANCA, M.: «I. Società in generale a) Diritto Romano», en Enciclopedia del Diritto, Vol. XXXIII, Giuffrè Editore, Varese, 1990, p. 814.

jando con ello superadas las dificultades de atribuirle personalidad jurídica a una entidad abstracta⁴⁰, que no es otra cosa que un contrato.

III. La concepción societaria del Derecho Romano enfocada hacia los retos de la regulación legal de las cooperativas en Cuba: algunos aspectos a considerar

Según los romanistas, en la *societas* «i contraenti sono uguali, sono soci e perseguono una utilità unica, che, per definizione, è la stessa per ciascuno di essi. Il contratto di società non impone né produce rinunce ai contraenti-soci; al contrario, esso è la macchina sofisticata che consente di potenziare le capacità e le utilità individuali ben oltre la loro semplice somma, ma ciascun contraente-socio deve sapere e volere transitare, attraverso l'*artificium* e la ascesi della mediazione costituita della determinazione-perseguimento della utilità collettiva»⁴¹.

La síntesis contenida en este planteamiento se aviene con los postulados marxistas que conciben la necesidad en el socialismo de formas de organización donde predomine el trabajo asociado, gestionado democráticamente y guiado por intereses sociales. Entender a la cooperativa como una figura de naturaleza societaria —en el sentido romanista— no implica alejarse de la finalidad del sistema, sino todo lo contrario, se trata de fortalecer el diseño existente, haciendo del trabajo cooperativo un coadyuvante de la socialización, por tratarse de grupos no excluyentes de individuos que se organizan bajo los principios de igualdad de derechos y deberes, contribución y participación.

⁴⁰ Vid. BASILE, M. y FALZEA, A.: «11. Crisi del concetto e crisi della disciplina. IV. Persona giuridica a) Diritto Privato», en *ob. cit.*, pp. 274-275.

⁴¹ «los contrayentes son iguales, son socios y persiguen una utilidad única, que, por definición, es la misma para cada uno de ellos. El contrato de sociedad no impone ni produce renuncia al contrayente-socio; por el contrario, es la máquina sofisticada que permite potenciar las capacidades y las utilidades individuales mucho más allá de su simple suma, pero cada socio debe conocer y querer pasar, por medio del *artificium* y el ascenso de la mediación consistente en la determinación-búsqueda de la utilidad colectiva» (Traducción de los autores)

LOBRANO, G.: «Dell' homo artificialis — deus mortalis dei Moderni comparato alla societas degli Antichi», en Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio, Roma 2003, citado en ONIDA, P.P.: «Tensioni non risolte nel nuovo diritto societario: una lettura romanistica», en Diritto e Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana, No. 3, mayo de 2004, consultado en <http://www.dirittoestoria.it/3/TradizioneRomana/Onida-Tensioni-non-risolte.html> en fecha 1 de noviembre de 2017.

Sobre esta base, es posible encontrar el punto de unificación para armonizar la dispersa regulación del sector en Cuba, partiendo de la Constitución. En tal empeño se ha de considerar que en el magno texto existen valores jurídicamente jerarquizados como la justicia social, la solidaridad humana⁴² y la igualdad⁴³, que aseguran la coherencia de la admisión de la naturaleza societaria de la figura cooperativa, cuyo sustrato axiológico es la fraternidad⁴⁴.

A ello se ha de sumar que, por cuanto «la *societas* non presupponeva quindi, la creazione di un condominio: la disponibilità dei mezzi finanziari necessari per il raggiungimento dello scopo sociale non dipendeva dall'esistenza di una contitolarità di tali mezzi»⁴⁵, no es posible reducirla⁴⁶ a una versión economicista y patrimonialista, que limita su naturaleza a reconocer y delimitar el régimen de los bienes que la cooperativa controla.

Tomando como base todo lo anterior, la cooperativa en la Constitución cubana debe concebirse como una sociedad entre personas naturales; que pueden gestionar una empresa económica propia; y cuya finalidad es la de satisfacer las necesidades socioeconómicas de sus miembros, a cuyo efecto sostiene con estos relaciones jurídicas fundamentales y no lucrativas. Regular a la cooperativa desde estas premisas,

⁴² Vid. Art 1, Constitución de la República de Cuba (vigente), Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Especial, La Habana, 24/02/1976, reformada por la Ley de Reforma Constitucional, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, N.º 9, La Habana, 13/07/1992 y por la Ley de Reforma Constitucional, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, N.º 10, La Habana, 16/07/2002.

⁴³ Vid. Art. 41, Constitución de la República de Cuba (vigente).

⁴⁴ «la sociedad contiene en sí en cierto modo un derecho de fraternidad». GARCÍA DEL CORRAL, I.L. (Trad.): *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, primera parte, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1889, p. 880.

Vid. ONIDA, P.P.: «Fraternitas e societas: i termini di un connubio», en *Diritto e Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, No. 6, 2007, consultado en <http://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Onida-Fraternitas-e-societas.htm>, en fecha 1 de noviembre de 2017.

⁴⁵ «la *societas* no presupponía, por lo tanto, la creación de un condominio: la disponibilidad de los medios financieros necesarios para la consecución de un fin social no dependía de la existencia de una cotitularidad de tales medios» (Traducción de los autores) TALAMANCA, M.: *ob. cit.*, p. 828.

⁴⁶ En el plano doctrinal, la cooperativa agropecuaria ha sido estudiada a profundidad en sus diferentes manifestaciones por FERNÁNDEZ PEISO, quien al decir que «es un patrimonio con personalidad jurídica, no una sociedad de personas» y que el modelo jurídico adoptado en Cuba «...está distanciado de la naturaleza social de la institución cooperativa, pues en él se privilegia el componente administrativo-patrimonial, sobre el asociativo», desnuda la clave de sus deformaciones con respecto a la identidad del fenómeno. FERNÁNDEZ PEISO, A.: *ob. cit.*, p. 27.

es sustento primordial para que pueda manifestarse como un espacio asociativo contra-capitalista (contra-especulación; contra-intermediarios; contra-patronato; contra-lucro) ideal para la práctica de los valores y los principios que aderezan la naturaleza jurídica del fenómeno como la voluntariedad, la solidaridad, la honestidad, la independencia, el control democrático, la participación económica equitativa, la educación cooperativa y la responsabilidad social; entre otros generalmente presentes en las definiciones legales o políticas del país y que el constituyente podrá explicitar en la medida en que lo considere pertinente.

Asentar constitucionalmente a la cooperativa sobre estos presupuestos, contribuiría a evitar la confusión o tergiversación de la naturaleza jurídica de la institución, favorecería su concepción y desarrollo jurídico unitario en ley especial, como garantía de respeto a su identidad y como pauta interpretativa ante lagunas o insuficiencias de la ley ordinaria.

A tono con lo antes expuesto, sería más sencillo para el Estado favorecer legalmente la gestión de políticas públicas coherentes, descentralizadas y participativas, marcadas por la unidad del sector cooperativo, que paulatinamente habrá de asumir las funciones de fomento, regulación y control de las cooperativas como herramientas al servicio de la satisfacción de las necesidades socioeconómicas de sus miembros y de la comunidad.

IV. Conclusiones

A modo de síntesis puede sostenerse que:

- La presencia de la cooperativa como parte de los actores de la transformación socialista en Cuba, cuenta con el respaldo que ofrece la doctrina marxista y la importante oportunidad que presuponen los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución.
- Las dificultades del movimiento cooperativo, en general, y aquellas que son propias de su desarrollo en Cuba, tienen una significativa relación con la ausencia de una clara concepción teórica sobre la naturaleza de la institución que le da nombre.
- A partir de la concepción societaria del Derecho Romano, es posible ofrecer un enfoque jurídico alternativo sobre la cooperativa, que puede servir de punto de partida para superar las dificultades asociadas al desarrollo de la figura, a partir de la sustracción del debate y la construcción teórica de aquellos elementos que resultan contradictorios y extraños al origen de la idea de sociedad.

Bibliografía

Textos

- ARANGIO-RIUZ, V.: *La società in Diritto Romano*, Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene, Napoli, 1982.
- BASILE, M. y FALZEA, A.: «IV. Persona jurídica a) Diritto Privato», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXIII, Giuffrè Editore, Varese, 1990.
- CANO LÓPEZ, A.: «El complejo estatuto legal de la cooperativa en España: un apunte sobre algunas líneas de tendencia», en *Internacionalización de las Cooperativas*, Universidad de Alicante, Valencia, 2008.
- COLECTIVO DE AUTORES: *Manual de Derecho Romano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Separata de Derecho Público Romano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.
- CRACOGNA, D.: *Estudios de Derecho Cooperativo*, INTERCOOP Ed. Cooperativa Ltda., Buenos Aires, 1986.
- D'AMICO, P.: «Rappresentanza, I. Diritto civile», en *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIV, Roma, 1991.
- FERNÁNDEZ PEISO, A.: *Lecturas en pro del cooperativismo, ante las imprescindibles transformaciones económicas del socialismo cubano*, Ed. Universo Sur, Cienfuegos, 2006.
- GARCÍA DEL CORRAL, I.L. (Trad.) *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, primera parte, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1889.
- GUARINO, A.: *La società in Diritto Romano*, Jovene Editore, Napoli, 1998.
- LENIN, V.I.: «Sobre la Cooperación», en *Obras escogidas en tres tomos*, t. 3, Ed. Progreso, Moscú, 1961.
- LOBRANO, G.: «Dell' *homo artificialis* — *deus mortalis* dei Moderni comparato alla *societas* degli Antichi», en *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio*, Roma 2003, citado en ONIDA, P.P.: «Tensioni non risolte nel nuovo diritto societario: una lettura romanistica», en *Diritto e Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, No. 3, mayo de 2004, consultado en <http://www.dirittoestoria.it/3/TradizioneRomana/Onida-Tensioni-non-risoltell.htm> en fecha 1 de noviembre de 2017.
- LOBRANO, G. y ONIDA, P. P.: «RAPPRESENTANZA o/e PARTECIPAZIONE. Formazione della volontà «per» o/e «per mezzo di» altri nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo», *Diritto e Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, No. 14, 2016, consultado en <http://www.dirittoestoria.it/14/contributi/Lobrano-Onida-Rappresentanza-o-e-partecipazione.htm>, en fecha 10 de octubre de 2017.
- LLOBREGAT HURTADO, M.L.: *Mutualidad y empresa cooperativa*, Bosch, Barcelona, 1990.
- LOPES BECHO, R.: *Elementos de Direito Cooperativo*, Editorial Dialética, São Paulo, 2002.

- MARÍN DE LEÓN, I.: *Perfeccionamiento de las relaciones Estado — cooperativas Cuba en los marcos de la actualización del modelo económico*, Tesis en opción al Título Académico de Máster en Administración de Empresas Agropecuarias, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Pinar del Río, 2011.
- MARX, C.: *La guerra civil en Francia*, en <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/gcfran/guer.htm>, consultado el 29 de septiembre de 2010.
- MARX, C.: *Crítica del Programa de Gotha*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2009.
- MONTENEGRO DE SIQUOT, O.J. y DE GREGORIO, E.: *El marco jurídico del cooperativismo y las entidades de economía social en la Argentina*, consultado en www.fundace.org.br/cooperativismo/arquivos_pesquisa.../047-siquot.pdf, en fecha 15 de diciembre de 2009.
- ONIDA, P. P.: «Fraternitas e societates: i termini di un connubio», *Diritto e Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, No. 6, 2007, consultado en <http://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Onida-Fraternitas-e-societas.htm>, en fecha 1 de noviembre de 2017.
- PASTOR SEMPERE, C.: «Empresa cooperativa y modelo constitucional: una aproximación», *Revista de Derecho de Sociedades*, No. 17, 2001.
- RODRÍGUEZ MUSA, O.: «Socialismo, Cooperativismo y Derecho. Dialéctica necesaria para la actualización del modelo económico cubano», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, No. 46, Bilbao, 2012.
- RODRÍGUEZ MUSA, O.: «La autonomía cooperativa y su expresión jurídica. Una aproximación crítica a su actual implementación legal en Cuba», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, No. 47, Bilbao, 2013.
- SALINAS PUENTE, A.: *Derecho Cooperativo*, Ed. Cooperativismo, México, 1954.
- TALAMANCA, M.: «I. Società in generale a) Diritto Romano», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXIII, Giuffrè Editore, Varese, 1990.

Otros documentos

- Autoridades explican nuevas medidas respecto a cooperativas no agropecuarias*, publicado en <http://www.cubadebate.cu/noticias/2017/08/09/autoridades-explican-nuevas-medidas-respecto-a-cooperativas-no-agropecuarias/#.WcVnV8Zx3IU>, y consultado en fecha 2 de octubre de 2017.
- Raúl Castro: Seguiremos avanzando en el camino escogido soberanamente por nuestro pueblo*, publicado en <http://www.cubadebate.cu/especiales/2017/07/14/raul-castro-seguiremos-avanzando-en-el-camino-escogido-soberanamente-por-nuestro-pueblo/#.WeCLpjtx3IU>, consultado en fecha 15 de julio de 2017.
- Raúl: «Lo que hacemos debe ser sometido constantemente a la crítica constructiva por parte de todos»*, publicado en <http://www.granma.cu/cuba/2015-05-31/raul-lo-que-hacemos-debe-ser-sometido-constantemente-a-la-critica-constructiva-por-parte-de-todos>, consultado en fecha 12 de octubre de 2017.

- VI Congreso del Partido Comunista de Cuba: *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*, consultado en <http://www.prensa-latina.cu/Dossiers/LineamientosVICongresoPCC.pdf>, en fecha 1 de julio de 2012.
- VII Congreso del Partido Comunista de Cuba y Asamblea Nacional del Poder Popular: *Actualización de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el periodo 2016-2021*, consultado en <http://www.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2016/09/aqu%C3%AD.pdf>, en fecha 20 de septiembre de 2016.
- VII Congreso del Partido Comunista de Cuba: *Conceptualización del Modelo Económico y Social Cubano de Desarrollo Socialista*, publicación en forma de tabloide, 2016.
- VII Congreso del Partido Comunista de Cuba: *Plan nacional de desarrollo económico y social hasta 2030: propuesta de visión de la nación, ejes y sectores estratégicos*, publicación en forma de tabloide, 2016.

Legislación

- Constitución de la República de Cuba (vigente), Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Especial, La Habana, 24/02/1976, reformada por la Ley de Reforma Constitucional, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, N.º 9, La Habana, 13/07/1992 y por la Ley de Reforma Constitucional, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, N.º 10, La Habana, 16/07/2002.
- Ley No. 59/1987, Código Civil de la República de Cuba, Ministerio de Justicia, La Habana, 1998.
- Decreto Ley No. 305 «De las Cooperativas no Agropecuarias», de 15 de noviembre de 2012, Gaceta Oficial No. 053 Extraordinaria, La Habana, 11/12/2012.

Políticas públicas de fomento de sociedades cooperativas y laborales. Especial referencia a las actuaciones de difusión de la economía social

Luis Diez Ácimas

Gerente Territorial de Justicia de Cantabria

Recibido: 16-04-2018

Aceptado: 18-05-2018

Sumario: I. Introducción. II. El artículo 129.2 de la Constitución Española. III. La Ley de Economía Social. IV. Política de fomento. 1. Actuaciones que tienen como destinatarias a las empresas de economía social. 2. Actuaciones que tienen como destinatarias a entidades que contribuyen al fomento y difusión de la economía social. 3. Comentarios sobre las actuaciones que tienen como destinatarias a entidades que contribuyen al fomento y difusión de la economía social. 4. Crítica de la evolución de algunas medidas tradicionales de fomento de la economía social. 5. Revisión de las actuaciones realizadas por las administraciones públicas. V. Diferentes actuaciones de divulgación de la economía social. 1. Actos de reconocimiento institucional al cooperativismo y la economía social. 2. Reconocimiento institucional a las empresas de economía social. 3. Actuaciones diversas que contribuyen a acercar la economía social a la sociedad. VI. Conclusiones.

Resumen: Los poderes públicos tienen la obligación de fomentar la economía social. La Administración General del Estado y las administraciones de las Comunidades Autónomas gestionan programas de subvenciones. Estas tienen como objeto principal la creación y consolidación de empresas con forma jurídica de sociedad cooperativa o sociedad laboral. También, se financian actuaciones de entidades asociativas, fundaciones, universidades, ayuntamientos... que tienen como objetivo dar formación en materia de economía social y difundir este sector entre los potenciales emprendedores, los asesores de los mismos y la sociedad, en general. En este campo, creemos que se pueden realizar más actuaciones que mejoren la visibilidad de cooperativas y sociedades laborales. Por último, en este estudio vamos a comentar diversas iniciativas públicas, privadas o mixtas que contribuyen a la divulgación de los principios y valores de las empresas de economía social.

Palabras clave: Economía social. Fomento. Formación. Difusión. Divulgación.

Abstract: The public authorities have an obligation to promote the social economy. The General State Administration and the administrations of the Autonomous Communities manage programs of subventions. These subventions

have as main object the creation and consolidation of companies with legal form of cooperative society or labor society. They also financed actions of associative entities foundations, universities, municipalities that aim to provide training in the field of social economy management of associations, foundations, universities, town halls, etc. and also spread this sector among the potential entrepreneurs, the consultants of them and society, in general. We believe that in this field more actions that improve the visibility of cooperatives and labour societies can be done. Finally, in this study we will discuss various private, public or mixed initiatives that contribute to the dissemination of the principles and values of the social economy enterprises.

Keywords: Social Economy. Promotion. Training. Diffusion. Divulagation.

I. Introducción

La trascendencia de la economía social va más allá de su importancia en un sentido estricto económico-empresarial, ya que 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 que viene consagrado en el artículo 129.2 de la Constitución Española (C.E.), manifestado explícitamente, en el caso de las sociedades cooperativas y sin nombrarlas expresamente a otras figuras empresariales que tendrían cabida en el sector de la economía social, como son las sociedades laborales.

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 Social, que supone un fuerte impulso legal a las políticas de fomento. También, se incide en este aspecto en las diferentes leyes de cooperativas, que fijan como objeto de las mismas, no sólo la regulación de este tipo de sociedades; sino, a su vez, determinar las directrices básicas de las medidas de fomento de estas. Lo mismo podemos decir de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, que fija alguna medida fiscal y una disposición general sobre los beneficios en materia de empleo y seguridad social que tengan por objeto impulsar la realización de actuaciones de promoción, difusión y formación de la economía social.

Al amparo de la legislación incentivadora de las fórmulas de economía social, tanto el Estado como las diferentes Comunidades Autónomas convocan ayudas para fomentar la creación y consolidación de estas empresas, así como la generación y mantenimiento de empleo en las mismas. Pero, aquí no queremos reflejar exclusivamente esas medidas de fomento de cooperativas y sociedades laborales, consistentes básicamente en el otorgamiento de diferentes subvenciones a estas empresas, sino que queremos destacar, también, las actuaciones públicas, privadas o mixtas, tendentes a difundir el sector de la economía social entre toda la sociedad. Por lo tanto, no nos centraremos solamente en las políticas de subvenciones, sino que también reflexionaremos sobre las prácticas que contribuyen a dar a conocer la economía social a los emprendedores, los estudiantes, los asesores,... y a difundir las experiencias más positivas; y, así crear un ambiente favorable a su constitución y a participar en las mismas.

II. El artículo 129.2 de la Constitución Española

Las administraciones públicas vienen obligadas a realizar actuaciones de fomento de este sector por imperativo derivado directamente de la Constitución Española de 1978. Esta 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 cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción»*¹.

Como podemos observar, se cita expresamente a las cooperativas; pero, no a las sociedades laborales, ya que nacen días después del texto constitucional, mediante una Orden de 12 de enero de 1979.

Este triple mandato constitucional se ha plasmado de diversas maneras en nuestra normativa jurídica. Así podemos ver como se manifiestan en la legislación las previsiones de este precepto:

1. La promoción de las diversas formas de participación en la empresa

La obligación constitucional de facilitar la participación de los trabajadores en la empresa tiene diversas manifestaciones en la normativa promulgada con posterioridad a la CE, tales como:

- El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, configura como un derecho básico de los trabajadores en la relación laboral la información, consulta y participación (artículo 4.1 g). Se regulan las figuras de los delegados de personal

¹ CALVO ORTEGA, R., «Las figuras de la Economía Social en la Constitución Española de 1978», *CIRIEC-España*, n.º 47, 2003, pp. 159-174. En este artículo se hace un extenso análisis de este precepto constitucional, en el que se hacen, según el autor, varias afirmaciones de trascendencia; y, todas ellas de futuro. El texto indica «promoverán, fomentarán y establecerán». Por tanto, imperatividad y futuro son las notas que se extraen de esta norma. Es un mandato del constituyente a todos los poderes públicos, tanto estatales, como autonómicos; e, incluso, locales. Concluye que resulta difícil, decir si este precepto constitucional ha jugado un papel importante en la creación de empresas de economía social, aunque podamos mostrar cifras positivas del periodo constitucional, siempre queda la duda 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.

- y comités de empresa, consagrando la participación a través de estos órganos, aunque el artículo 61 reconoce otras fórmulas al añadir expresamente «sin perjuicio de otras formas de participación».
- La Ley Orgánica 11/1985, de 8 de agosto de Libertad Sindical, que regula la acción sindical en el seno de la empresa.
 - La Ley 31/1995, de 8 de marzo, de Prevención de Riesgos Laborales, que prevé los mecanismos de consulta y participación de los trabajadores en las cuestiones de prevención de riesgos laborales.
 - Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que otorga a los representantes de los trabajadores competencias para ser oídos, en asuntos tales como el cierre de instalaciones del concursado o en la propuesta de convenio.

2. *El fomento mediante una legislación adecuada de las sociedades cooperativas*

En el cumplimiento de la obligación impuesta a los poderes públicos de fomentar las sociedades cooperativas, mediante una legislación adecuada, podemos constatar la existencia de una amplia normativa sobre la materia. Respecto a la regulación general de este tipo de sociedades, contamos con una Ley de Cooperativas, de ámbito estatal (Ley 27/1999, de 16 de julio), dieciséis leyes autonómicas de carácter general² y diversas leyes sobre aspectos concretos (cooperativas de pequeña dimensión, secciones de crédito, ...). Además, contamos con una legislación específica sobre cooperativas de crédito (básicamente la Ley 13/1989, de 26 de mayo) o una regulación del régimen fiscal propio de estas sociedades (Ley 20/1990, de 19 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Cooperativas). El análisis de estas regulaciones, nos podría llevar al debate de si esa legislación es «adecuada», como exige la C.E. Evidentemente, este no es el lugar para plantear esa discusión; pero, una proliferación de normas como la descrita no parece el marco legal más propicio para el desarrollo del sector, lo que ha originado, en ocasiones, fuertes críticas³.

² Únicamente, la Comunidad Autónoma de Canarias no dispone de ley propia en materia de sociedades cooperativas.

³ CANO LÓPEZ, A.: «El derecho de la Economía Social: entre la Constitución y el mercado, la equidad y la eficiencia», *CIRIEC*, n.º 18, 2007, pp. 1-20.

3. *El establecimiento de las medidas que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción*

En el último inciso de este artículo, se identifica la participación con la propiedad de la empresa. Este precepto ofrece extraordinarias posibilidades para la actuación política, tanto en la selección de los mecanismos de participación como en la determinación cualitativa de los mismos.

Esto se plasma en la promoción de fórmulas fundamentalmente de carácter económico-financiero que contribuyan a la superación de los condicionantes que limitan el acceso a la propiedad de esos bienes y faciliten el acceso al accionariado por parte de los trabajadores. Manifestaciones características de este proceso son las diferentes legislaciones que se han promulgado para regular las sociedades laborales y, más recientemente, las sociedades participadas, cuya finalidad es conseguir nuevos modelos de creación de empleo y fomentar la participación de los trabajadores en la empresa, dando cumplimiento, así, a este mandato constitucional.

III. **La Ley de Economía Social (LES)**

La Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social ha contribuido decisivamente a acotar y visualizar, según Montesinos Oltra⁴, un sector de la realidad social de cuya importancia difícilmente puede dudarse, tanto en términos cuantitativos como, sobre todo, cualitativos, que son los que permiten considerarlo un «polo de utilidad social» como se señala en el Informe de la Subcomisión para el Fomento de la Economía Social creada en el seno de la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados y justifican el reconocimiento de tratamientos favorecedores o promocionales desde la perspectiva de la actividad financiera de las administraciones públicas.

La promulgación de la LES, pone fin, al menos, de forma momentánea, al intenso debate vivido desde el ámbito doctrinal, el sector empresarial en su conjunto y de las entidades asociativas de las diferentes realidades que se consideraban merecedoras de llevar esta etiqueta. Este debate, incluso, tenía su reflejo en las diferentes administraciones públicas que incluían más o menos tipos de empresas de su ámbito de actuación, dentro de las estructuras administrativas dedicadas a la atención de la economía social.

⁴ MONTESINOS OLTRA, S., «La Ley de Economía Social, interés general y regímenes tributarios especiales», *CIRIEC- España, Revista Jurídica*, n.º 23, 2012, pp. 1-27.

La ley fija, por primera vez, en una norma jurídica, cuáles son las empresas que deben ser incluidas en este sector. Al citar las entidades que forman parte de la economía social, que se recogen en el artículo 5⁵, sitúa en primer lugar las cooperativas. Su tradición histórica, su presencia en los cinco continentes y en todas las actividades económicas, además de su reconocimiento social y su arraigo en todo el Estado, son las razones que justifican su colocación a la cabeza del listado. También, se cita a las sociedades laborales. Ambas son las figuras principales, por su volumen, del sector de mercado de la economía social y el objeto básico de este estudio.

Para las políticas de fomento de la economía social en España, esta ley es un punto de inflexión; realmente, abre, al menos teóricamente, una nueva etapa en esta materia. Y, decimos teóricamente, porque está pendiente una necesaria y apasionante labor de desarrollo de esta ley. Como indica Pérez de Uralde⁶, «ningún desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo a pesar de los mandatos de la LES en tal sentido. Estamos ante una ley de mínimos que precisaría de algún soporte reglamentario para conseguir una cierta eficacia. Pero ni tan siquiera lo más necesario ha sido abordado».

Destacan dos aspectos en los que se aprecia el nuevo marco en el que se mueve este sector:

- a) Reconocimiento del sector de la economía social como interlocutor en los procesos de elaboración de las políticas públicas (artículo 7). Lo que constituía una reivindicación histórica del sector, como se exigía ya en 2003 por quien en ese momento ostentaba la presidencia de CEPES⁷.
 1. En el ámbito estatal. Se otorga representación en los órganos de participación institucional de la Administración General del Estado que se ocupen de las materias que afectan a sus intereses económicos y sociales a las confederaciones intersectoriales de ámbito estatal representativas. También,

⁵ El artículo 5.1 de la LES establece que forman parte de la economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos en el artículo anterior.

⁶ PÉREZ DE URALDE, J. M.: «Aplicación, desarrollo y reforma de la Ley 5/2011, de Economía Social, ¿un derecho debilitado?», *REVESCO Revista de Estudios Cooperativos*, Vol. 125, 2017, pp. 134-158.

⁷ DE CASTRO SANZ, M.: «La economía social como agente económico: necesidad de su participación como interlocutor social», *CIRIEC — España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 47, extraordinario, noviembre de 2003, pp. 41-57.

- tendrán representación en los órganos de la Administración General del Estado, las organizaciones de ámbito estatal que agrupen mayoritariamente a las entidades de la economía social, en todas aquellas actividades de representación que les sean propias por su naturaleza jurídica y actividad (art. 7.3).
2. En el ámbito autonómico. Declara que las organizaciones, federaciones o confederaciones representativas de cada Comunidad Autónoma tendrán representación en los órganos de participación institucional de las Administraciones de las Comunidades Autónomas que se ocupen de las materias que afectan a sus intereses económicos y sociales. Esta participación se concretará en la forma en que se prevea por las diferentes Comunidades Autónomas.
- b) Concepción de una amplia gama de políticas de fomento de la economía social (artículo 8). Se reconoce como tarea de interés general, la promoción, estímulo y desarrollo de las entidades de la economía social y de sus organizaciones representativas. Además, impone a los poderes públicos determinados objetivos en sus políticas de promoción de la economía social, tales como:
- 1) Remover los obstáculos que impidan el inicio y desarrollo de una actividad económica de las entidades de la economía social. Para ello se prestará especial atención a la simplificación de trámites administrativos para la creación de entidades de la economía social.
 - 2) Facilitar las diversas iniciativas de economía social.
 - 3) Promover los principios y valores de la economía social.
 - 4) Promocionar la formación y readaptación profesional en el ámbito de las entidades de la economía social.
 - 5) Facilitar el acceso a los procesos de innovación tecnológica y organizativa a los emprendedores de las entidades de economía social.
 - 6) Crear un entorno que fomente el desarrollo de las iniciativas económicas y sociales en el marco de la economía social.
 - 7) Involucrar a las entidades de la economía social en las políticas activas de empleo, especialmente en favor de los sectores más afectados por el desempleo, mujeres, jóvenes y parados de larga duración.
 - 8) Introducir referencias a la economía social en los planes de estudio de las diferentes etapas educativas.
 - 9) Fomentar el desarrollo de la economía social en áreas como el desarrollo rural, la dependencia y la integración social.

Como puede verse se incluyen medidas muy diversas, unas tendentes a eliminar obstáculos jurídicos para la creación de estas empresas, otras dirigidas a difundir, formar, investigar e innovar en este campo, otras a fomentar el sector entre colectivos específicos, especialmente vulnerables y otras destinadas a facilitar la inclusión de la economía social en diversas políticas sectoriales.

IV. Política de fomento

En este apartado sobre las políticas públicas de fomento, distinguiremos básicamente entre las actuaciones que tienen como destinatarias a las propias empresas y las que van dirigidas a diferentes tipos de entidades para la realización de acciones de difusión de la economía social en diferentes ámbitos.

1. *Actuaciones que tienen como destinatarias a las empresas de economía social*

Como hemos repetido con insistencia, el artículo 129.2 de la CE exige una legislación adecuada como mecanismo para el fomento, en concreto, de las sociedades cooperativas, lo que nos puede llevar a pensar que el legislador constituyente consideró que la normativa preconstitucional al respecto no era la correcta para lograr los objetivos propuestos. Pese a ello, podemos observar un alto grado de continuidad de las políticas de fomento. Con anterioridad a la aprobación de la CE existían medidas fiscales, recogidas en el Estatuto Fiscal de las Cooperativas de 1969 y ayudas provenientes del Fondo Nacional de Protección al Trabajo con destino a financiar inversiones y a la creación de empleo. Las medidas fundamentales de fomento ejecutadas después de la entrada en vigor de la CE son básicamente fiscales, subvenciones con las mismas finalidades y capitalización de la prestación por desempleo; con lo que podemos apreciar esa continuidad básica que anunciábamos anteriormente⁸.

El contenido de las ayudas estatales y autonómicas en esta materia son objeto de análisis pormenorizado en diferentes trabajos, bien referidos a la

⁸ CALVO ORTEGA, R.: *Sociedades Laborales*, Cuadernos Civitas, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 13.

economía social, en general⁹ o a alguna figura empresarial en concreto¹⁰. Así, podemos indicar que se otorgan ayudas destinadas a fomentar la creación y consolidación de empresas y del empleo y aumentar su competitividad; así, de forma meramente enunciativa, tenemos subvenciones a:

- La creación de nuevas empresas con forma jurídica de sociedad cooperativa o sociedad laboral.
- La incorporación de socios a estos tipos de empresas.
- Proporcionar asistencias técnicas con diversas finalidades.
- La realización de inversiones. Tanto subvenciones directas sobre las mismas como bonificaciones del tipo de interés.
- La promoción del desarrollo tecnológico.
- Favorecer la internacionalización de las empresas.
- Incentivar la conciliación de la vida laboral y familiar.

No podemos ocultar, al hablar de estas ayudas, que existen voces discrepantes con la existencia de medidas específicas favorecedoras de las empresas de economía social; pero, los motivos para que éstas existan son claros. Estas sociedades participan de principios y valores (gestión democrática, prioridad de la persona sobre el capital,...), y gozan 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 desaparece¹¹. Los va-

⁹ FAJARDO GARCÍA, G.: «El fomento de la economía social en la legislación española», *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº107, 2012, pp. 58-97. Como ejemplo de medidas de fomento a la generalidad del sector.

¹⁰ CHAVES ÁVILA, R., ABAD, F., LOWITZSCH, J.: «La política económica dirigida hacia las sociedades laborales». En <https://even3storage.blob.core.windows.net/anais/77130.pdf>. Como ejemplo de fomento de una forma empresarial determinada, en este caso, las sociedades laborales.

¹¹ 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 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. Di-

lores referidos son reconocidos por el preámbulo de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social¹², al reconocer que la economía social es fuente de creación de empleo estable, de calidad y no deslocalizable y es una importante plataforma de acceso al empleo para aquellos que, por sus especiales circunstancias, encuentran mayores dificultades de inserción laboral y/o que se encuentran en riesgo de exclusión social. Constituyen, añade, un elemento clave de cohesión social muy necesario tras la larga crisis que ha atravesado nuestro país.

2. *Actuaciones que tienen como destinatarias a entidades que contribuyen al fomento y difusión de la economía social*

Nos referimos, ahora, a las ayudas que tienen como destinatarias a las entidades asociativas de empresas de economía social u otro tipo de asociaciones o fundaciones que tengan entre sus objetivos el fomento de la economía social, las universidades, los ayuntamientos, los colegios profesionales... con la finalidad de fomentar y difundir este sector.

Estas actuaciones no tienen como objetivo inmediato facilitar la creación o consolidación de empresas, sino que pretenden dar a conocer el sector a los potenciales emprendedores, a los profesionales que asesoran a estos, a los profesores y a la sociedad en general, favoreciendo, a medio y largo plazo, el conocimiento sobre el sector, y un posible crecimiento futuro del mismo. Se otorgan ayudas para:

- Ofrecer formación en materia de economía social.
- Elaboración de estudios, trabajos de documentación, análisis e investigación
- Organización de congresos, seminarios, jornadas,...
- Edición de publicaciones, tanto científicas como con destino a los potenciales emprendedores o a los socios y trabajadores de estas empresas.
- Campañas publicitarias para la promoción del sector.

cho 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.

¹² Esta ley modifica el artículo 9 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, estableciendo incentivos a la incorporación de trabajadores a entidades de economía social.

- Fortalecer las estructuras asociativas de empresas de economía social.
- Actividades de investigación, docencia y difusión sobre temas relacionados con la economía social realizados por universidades¹³.

3. *Comentarios sobre las actuaciones que tienen como destinatarias a entidades que contribuyen al fomento y difusión de la economía social*

Entendemos que el panorama actual a este respecto, no es el marco más propicio para conseguir la finalidad propuesta. Pondremos algunos ejemplos de lo que decimos.

3.1. En los programas de formación y difusión vemos constantemente la celebración de congresos, seminarios, encuentros, cursos,... en los que los participantes son de forma reiterada los estudiosos del tema, los dirigentes del movimiento asociativo o de las empresas más importantes del sector, los responsables de la materia en las administraciones públicas; pero, no acceden a ellos habitualmente los promotores de empresas asociativas, los prescriptores de formas jurídicas empresariales (asesores, agentes de desarrollo local, orientadores de empleo, personal de las Cámaras de Comercio,...) que son los que tienen la llave para la creación efectiva de sociedades cooperativas y laborales; pero que, de momento, no son las fórmulas más recomendadas por estos.

3.2. Se otorgan ayudas para el mantenimiento de las estructuras de las organizaciones representativas del sector, financiando sus gastos ordinarios sin exigir ninguna contrapartida. Debe de financiarse a estas entidades, pero como compensación por su labor en la creación de cooperativas y sociedades laborales, de puestos de trabajo, de servicios efectivos prestados a sus asociados, a los emprendedores demandantes de orientación... De esta manera, se conseguiría una mayor eficacia y aprovechamiento de los recursos públicos y una vinculación directa de

¹³ JULIA, J.F, MELIA, E., LAJARA, N.: «Universidad, ciencia y economía social», *REVESCO*, n.º 119, tercer cuatrimestre, 2015. Destacan la importancia de la universidad en este ámbito y concluyen manifestando, «En relación a la economía social, no hay más camino que potenciar su visibilidad a través de foros, jornadas, etc, pero también trabajando en el reconocimiento de las revistas especializadas en esta temática, de forma que la investigación en este campo sea visible al resto de la comunidad científica y de la sociedad».

las ayudas a la actividad que realizan las organizaciones en favor de la creación y consolidación de empresas.

3.3. La LES y las diferentes leyes autonómicas de cooperativas reclaman la enseñanza del cooperativismo y de la economía social en los diferentes niveles educativos. Esto es algo que está pendiente y parece que muy lejos de conseguir. Se llega a un puñado de centros de enseñanza secundaria a los que se acercan las entidades asociativas del sector a presentar estos modelos empresariales y a un reducido número de centros universitarios que realizan acciones de difusión, normalmente financiadas con cargo a programas públicos de fomento; pero, no se introduce el estudio de la cooperación y de la economía social, salvo muy loables excepciones, en los programas educativos. En el ámbito universitario, el grado de penetración de la economía social es aún muy bajo¹⁴.

4. *Críticas a la evolución de algunas medidas tradicionales de fomento de la economía social*

Podemos afirmar que algunas medidas provenientes de épocas anteriores han visto reducidas claramente las ventajas para las sociedades cooperativas y laborales. Pongamos unos ejemplos:

- Los tipos de gravamen ordinarios del Impuesto de Sociedades en 1990, cuando se aprueba la Ley sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas, eran muy superiores a los actuales, y los de las sociedades cooperativas no se han modificado, con lo que la diferencia de tributación entre las cooperativas y otras sociedades se ha reducido considerablemente.
- Las bonificaciones en el Impuesto sobre Actividades Económicas previstas en dicha ley, se han convertido desde 1 de enero de 2003, con carácter general, en exenciones a las empresas de pequeña dimensión.
- La capitalización de la prestación por desempleo prevista en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el

¹⁴ FLORES RUIZ, D., GUZMÁN ALFONSO, C., BARROSO GONZÁLEZ, M.: «La formación en economía social, análisis de la oferta universitaria de posgrado en España», *REVESCO*, n.º 121, segundo cuatrimestre 2016. Destaca el dato de que «la formación específica de posgrado específica en economía social sólo representa alrededor del 4% de la oferta total de titulaciones del sistema universitario español en la rama de Económicas y Empresariales.

abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como medida de fomento de empleo, que durante mucho tiempo era una medida específica para incentivar su incorporación como socio en una sociedad cooperativa o laboral (o establecimiento como autónomo de trabajadores con discapacidad) se ha generalizado para el inicio de la actividad profesional por parte de los trabajadores autónomos. No cuestionamos que estos puedan acceder a esta medida, solamente lo indicamos para reflejar que las ventajas anteriores se han ido diluyendo.

- La medida fiscal más importante a la que pueden acogerse las sociedades laborales es la libertad de amortización de los elementos del inmovilizado material, intangible e inversiones inmobiliarias, adquiridos durante los primeros cinco años desde la calificación como tal, que se regula en la Ley del Impuesto de Sociedades; pero, esta medida ha perdido su carácter de promoción específica de estas sociedades al extenderse esta medida, con matizaciones, a las empresas de pequeña dimensión en general.

Con estos datos, se acredita que se ha producido una pérdida de las ventajas competitivas que podían tener en otra época las cooperativas y; en menor medida, las sociedades laborales y que aconsejan una revisión de las medidas de fomento de estas, si de verdad se desea dar cumplimiento a los mandatos constitucionales, anteriormente referidos de forma reiterada.

5. Revisión de las actuaciones realizadas por las administraciones públicas

De las valoraciones realizadas anteriormente, podemos concluir que la Administración General del Estado, así como las Administraciones de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de economía social deben elaborar programas estructurados de fomento de la economía social, no adoptar medidas dispersas, inconexas y reiterativas, como ocurre habitualmente, aunque no hayan demostrado su utilidad. Se debe partir del análisis de los resultados de las medidas implementadas con anterioridad y de la fijación de los objetivos que se pretenden conseguir para determinar las medidas que se deben ejecutar en el futuro.

Estas medidas, una vez constatada su eficacia, tienen que ser estables en el tiempo y no estar sujetas a eventualidades económi-

cas o cambios políticos, para ofrecer la seguridad a los potenciales promotores de este tipo de empresas de cuál va a ser la respuesta de las administraciones públicas respecto a sus proyectos empresariales.

Para conseguir que las figuras empresariales de economía social calen en el mundo del emprendimiento hay que lograr un mayor conocimiento de las mismas, tanto por parte de los trabajadores y sus representantes, como por los potenciales emprendedores futuros, es decir, los estudiantes universitarios y de enseñanzas medias. Es necesario dar a conocer estas formas empresariales de economía social a los profesionales que asesoran a los emprendedores en los inicios de la actividad, ya que los prescriptores de formas jurídicas empresariales no ofrecen estas fórmulas, habitualmente, a las personas que se acercan a ellos con un proyecto empresarial.

También, sería necesaria la formación específica de los socios; y, en su caso, de los socios trabajadores, ya que ellos son los responsables de fijar los criterios de gestión y los objetivos de su empresa, además de conocer en profundidad el modelo empresarial por el que han optado. En este campo, nos encontramos con la dificultad añadida de que, normalmente, tienen difícil encaje en los programas de ayudas para conseguir financiación pública, porque estos socios y trabajadores no forman parte de los colectivos prioritarios de destino de las acciones subvencionables, al no tener la condición de desempleados.

A la vista de los comentarios vertidos anteriormente, resulta necesario que en la política de fomento y difusión se trabaje de forma conjunta con los colegios profesionales, con las autoridades educativas, con las universidades, con las administraciones locales... para conseguir una mejor penetración de la economía social en estos ámbitos; y, en consecuencia, en el entramado económico-empresarial de nuestro país.

V. Diferentes actuaciones de divulgación de la economía social

Exponemos a continuación algunos ejemplos de diferentes actuaciones que contribuyen a la divulgación de la economía social en distintos ámbitos de la sociedad o en esta en su conjunto. Son medidas muy dispares entre sí y a las que nos referimos a modo de ilustración, sin que eso suponga una elección por considerarlas mejores que otras que no indicamos.

1. *Actos de reconocimiento institucional al cooperativismo y la economía social*

— Año Internacional de las Cooperativas. La Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó 2012 como el Año Internacional de las Cooperativas y resaltó la contribución de estas al desarrollo económico y social, especialmente, su impacto en la reducción de la pobreza, la creación de empleos y la integración social.

Bajo el lema «Las empresas cooperativas ayudan a construir un mundo mejor», el Año Internacional de las Cooperativas se marcó tres objetivos principales:

- a) Crear mayor conciencia del público sobre la contribución de las cooperativas al desarrollo económico y social, y al logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.
- b) Fomentar la constitución y el crecimiento de cooperativas, compuestas de personas e instituciones, para abordar sus necesidades económicas mutuas además de lograr una plena participación económica y social.
- c) Alentar a los gobiernos y organismos reguladores a implementar políticas, leyes y normativas que propicien la constitución y el crecimiento de las cooperativas.

Con motivo de esta celebración, fueron numerosos los organismos y administraciones públicas que realizaron actos de reconocimiento del cooperativismo y se formularon numerosas declaraciones institucionales en apoyo del sector. Así se hizo por el Congreso de los Diputados, y por numerosos gobiernos y parlamentos autonómicos, diputaciones provinciales y ayuntamientos. Estos actos y declaraciones, que son muy positivos, para visibilizar el mundo cooperativo y que este sea objeto de atención de los poderes públicos y de los medios de comunicación, deberían haber tenido continuidad con otras actuaciones de apoyo a la economía social, una vez conseguida la implicación de las instituciones, y no quedarse en una actuación aislada.

— Día Mundial del Cooperativismo. Es habitual que las entidades asociativas de cooperativas celebren anualmente su día. A veces, las administraciones públicas respaldan estos eventos y participan de los mismos. En el caso de la Región de Murcia, la entidad representativa de las cooperativas de trabajo celebra este día, además de con otros actos, entregando el premio Arco Iris para reconocer a las personas, organizaciones e instituciones que más

han destacado y mejor representan los valores del cooperativismo. Podemos decir lo mismo que antes, están muy bien esas celebraciones, pero hay que conseguir que se hable por los representantes públicos y los medios de comunicación con mayor asiduidad del cooperativismo y la economía social; y, en ese objetivo, es muy importante la actuación de las entidades asociativas de empresas de economía social.

- Día Nacional de las Cooperativas. En el caso de Nicaragua, por ejemplo, para dar solemnidad a esta celebración, se reconoce este día con una norma con rango de ley. Se declara, por la Ley n.º 775, el 19 de febrero de cada año «Día Nacional del Cooperativismo en Nicaragua», obligando a la Asamblea Nacional a celebrar una sesión especial en conmemoración de ese día, al que se invitará a los diferentes representantes del sector cooperativo para que participen. También dispone que los centros de enseñanza realizarán actos conmemorativos y se celebrarán jornadas de información y divulgación. Esta medida se justifica en el preámbulo de la ley con la afirmación de que existen (en el momento de promulgación de la ley, 2011) más de tres mil quinientas cooperativas, con más de doscientos mil asociados y que benefician a un millón de nicaragüenses; además, considera al cooperativismo como un baluarte de la economía social, sobre todo, en dos aspectos fundamentales para la paz social, como son la generación de empleos y la producción alimentaria nacional.

2. Reconocimiento institucional a las empresas de economía social

Si antes nos referíamos al reconocimiento al movimiento o al sector en su generalidad, ahora nos referimos a las actuaciones de las administraciones para reconocer a las empresas de economía social que destacan por su trayectoria, generación de empleo, contribución a la igualdad de oportunidades, protección del medio ambiente, carácter innovador,... así nos encontramos con varias Comunidades Autónomas que convocan anualmente premios para reconocer a estas empresas. Nos referiremos a dos:

- a) Premios Arco Iris del Consejo Andaluz de Cooperación. Con estos se reconocen a las cooperativas andaluzas, otorgándose premios a la mejor cooperativa, a la más innovadora, a la mejor experiencia juvenil, a la mejor integración cooperativa,... Ade-

más, se reconoce a la mejor labor de fomento y a la mejor investigación en la materia.

- b) Premios de la Comunidad de Castilla y León al cooperativismo y la economía social. Se reconoce anualmente a la mejor empresa cooperativa y a la mejor iniciativa cooperativa, además de a una empresa con otras formas jurídicas de economía social. Se premia, también, a la persona o entidad que se haya distinguido por su contribución al desarrollo del cooperativismo y la economía social.

3. *Actuaciones diversas que contribuyen a acercar la economía social a la sociedad*

Recogeremos en este apartado, actuaciones muy diversas, con el único nexo de unión entre ellas, que tienen el objetivo de dar a conocer la economía social a diferentes públicos, más allá del mundo empresarial o científico de la economía social.

- a) Teatro. La Dirección Xeral de Trabajo e Economía Social de la Xunta de Galicia, ha llevado a cabo un programa de divulgación del cooperativismo en la enseñanza secundaria (dirigida a alumnos de 3.º y 4.º de ESO), a través de una obra teatral titulada «Coopérate». Es una obra de carácter lúdico y cómico, que divulga el modelo cooperativo de una manera amena y positiva. Conecta con los intereses y el sentido del humor del público destinatario y formula mensajes claros en torno a las cooperativas y a sus valores. La obra se complementa con la realización de una actividad final de reflexión y debate que busca reforzar los contenidos didácticos de la obra, la reflexión activa por parte del público y consolidar con más fuerza los conocimientos sobre cooperativismo que dan sentido a esta actividad.
- b) Festival musical. El «Festival Río Grande canta al cooperativismo» es una promoción del Servicio Nacional de Aprendizaje del Cooperativismo del Estado de Rio Grande do Sul, de Brasil. El año 2017, se celebró la 10.ª edición de este festival, que eligió para esa edición el lema «Cada día es día de cooperar».

Este festival tiene los siguientes objetivos:

1. Promover la integración de los dirigentes de cooperativas, asociados, colaboradores, familiares y comunidad, conforme se establece en los objetivos del programa de educación y cultura cooperativista.

2. Promover los principios y valores del cooperativismo para niños, jóvenes, mujeres y comunidad, a través de la música.
3. Proporcionar a los artistas cooperativistas del Estado de Rio Grande do Sul una mayor integración e intercambio de experiencias entre los músicos y poetas, además de proporcionar condiciones adecuadas para que puedan expresar su arte.
4. Estimular a los socios, a los empleados de cooperativas y a sus familiares la participación en eventos culturales, promoviendo el bienestar social y la mejor calidad de vida.
5. Editar en CD y DVD la etapa final del festival.

Para que los autores puedan presentar obras al festival, al menos, uno de ellos, debe ser socio o empleado de una cooperativa regular del Estado de Rio Grande do Sul.

Para potenciar la localidad donde se celebra cada año el evento, al menos, una de las veinte obras seleccionadas para la fase final del festival, deberá ser de autor o autores asociados a una cooperativa, o empleados de cooperativa, establecida en la ciudad sede del evento, promoviendo así el estímulo y la participación de aquella comunidad en el programa de educación y cultura cooperativista.

Entre los títulos finalistas de las dos últimas ediciones, se encuentran algunos tan sugerentes para el mundo cooperativo como «Nosotros somos la cooperación», «El poder de la unidad», «En cada verso un principio», «Hermanos de sueños iguales», «De vivir y cooperar», «Las puertas están abiertas»,...

- c) Escuela Cooperativa Móvil. Es una campaña centrada en la divulgación de las potencialidades del cooperativismo como salida laboral dirigida a la juventud gallega en la red de centros «Eusumo»¹⁵. Es un aula itinerante que cuenta con equipos informáticos y proyector y que, además de asistir a actividades de fomento del cooperativismo (encuentros, ferias, jornadas de divulgación,...), recorre los centros educativos de sus inmediaciones (centros de formación profesional, de formación ocupacio-

¹⁵ La red «Eusumo» fue creada por la Xunta de Galicia para promover el cooperativismo y la economía social en todo el territorio de Galicia, por medio de acciones de formación, divulgación y asesoramiento para el autoempleo colectivo. Se configura esta red como un instrumento de acción descentralizada, constituida por las entidades promotoras de la economía social, administraciones locales, centros colaboradores y la propia Consellería a través de la Dirección Xeral de Trabajo e Economía Social y del Consello Galego de Cooperativas

nal, de formación secundaria y centros universitarios) con el fin de promover y divulgar la fórmula cooperativa entre los más jóvenes. Cuenta con personal técnico especializado en cooperativismo que muestra a los alumnos las ventajas de las cooperativas mediante sesiones prácticas. Tiene la finalidad de transmitir a los participantes los valores del cooperativismo, las habilidades sociales cooperativas, los pasos necesarios para crear una cooperativa, así como el análisis de casos de cooperativas de éxito.

Asimismo, también presta asistencia y apoyo técnico a la red de centros «Eusumo» y atención a sus usuarios.

Se trata de una campaña de información y sensibilización social centrada en la promoción de las potencialidades del cooperativismo como salida laboral para la juventud. El autoempleo cooperativo le permite a los jóvenes realizar su proyecto profesional en un marco participativo, democrático y autogestionado que promueve el desarrollo de las capacidades individuales y colectivas puestas a disposición de un proyecto empresarial emprendido en común. Para esto los técnicos imparten charlas formativas en grupos de 25 alumnos aproximadamente con explicaciones didácticas y con puesta a disposición de material de divulgación y formación cooperativa. Asimismo llevan a cabo talleres de elaboración de proyectos cooperativos, donde los técnicos asesoran y elaboran junto con los alumnos proyectos empresariales cooperativos. Otras de las actividades llevadas a cabo en la Escuela Cooperativa Móvil son la elaboración de seminarios de generación de ideas.

Además de los alumnos, los técnicos imparten formación al profesorado de cada centro a través de un módulo de conocimientos técnicos en cooperativismo específico, con el objetivo de que la campaña tenga continuidad a través de su labor docente.

VI. Conclusiones

Entendemos que tanto las administraciones públicas, como las empresas de economía social y sus entidades asociativas representativas deben hacer un gran esfuerzo por fomentar y divulgar las potencialidades de este sector. La colaboración entre administración y empresas es imprescindible para lograr objetivos relevantes en esta materia.

Se debe conseguir una mayor presencia de la economía social en la formación, en todos los niveles educativos; así como tener un contacto

mayor con los potenciales emprendedores y los profesionales que les orientan y asesoran en las fases iniciales de sus proyectos.

Creemos que todos los agentes implicados en el desarrollo de este sector tienen que conseguir una mayor visibilidad del mismo por parte de la sociedad en general, por lo que es conveniente realizar acciones innovadoras, que despierten el interés de los medios de comunicación y con un amplio potencial de destinatarios.

Bibliografía

- CANO LÓPEZ, A.: «El derecho de la Economía Social: entre la Constitución y el mercado, la equidad y la eficiencia», *CIRIEC*, n.º 18, 2007, pp. 1-20.
- CALVO ORTEGA, R.: «Las figuras de la Economía Social en la Constitución Española de 1978», *CIRIEC-España*, n.º 47, 2003, pp. 159-174.
- CALVO ORTEGA, R.: *Sociedades Laborales*, Cuadernos Civitas, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- CHAVES ÁVILA, R., ABAD, F., LOWITZSCH, J.: «La política económica dirigida hacia las sociedades laborales». En <https://even3storage.blob.core.windows.net/anais/77130.pdf>.
- DE CASTRO SANZ, M.: «La economía social como agente económico: necesidad de su participación como interlocutor social», *CIRIEC — España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 47, extraordinario, noviembre de 2003, pp. 41-57.
- FAJARDO GARCÍA, G.: «El fomento de la economía social en la legislación española», *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, número 107, 2012, pp. 58-97.
- FLORES RUIZ, D., GUZMÁN ALFONSO, C., BARROSO GONZÁLEZ, M.: «La formación en economía social, análisis de la oferta universitaria de posgrado en España», *REVESCO*, n.º 121, segundo cuatrimestre 2016.
- JULIÁ, J.F., MELIÁ, E., LAJARA, N.: «Universidad, ciencia y economía social», *REVESCO*, n.º 119, tercer cuatrimestre, 2015.
- MONTESINOS OLTRA, S.: «La Ley de Economía Social, interés general y regímenes tributarios especiales», *CIRIEC- España, Revista Jurídica*, n.º 23, 2012, pp. 1-27.
- PÉREZ DE URALDE, J. M.: «Aplicación, desarrollo y reforma de la Ley 5/2011, de Economía Social, ¿un derecho debilitado?», *REVESCO Revista de Estudios Cooperativos*, vol. 125, 2017, pp. 134-158.
- 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 2003, pp. 199-219.

La Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil, en el escenario de las cooperativas financieras brasileñas

José Eduardo de Miranda

Doctor en Derecho

Victória Corrêa Lima de Miranda

Estudiante de Derecho

En la cooperativa todos somos responsables por todo.
(Arizmendiarieta, 1983, 61)

Recibido: 16-04-2018

Aceptado: 18-05-2018

Sumario: Introducción; I. El sistema financiero brasileño y la misión del Banco Central de Brasil; II. Las cooperativas financieras en el contexto del sistema financiero brasileño; III. El objetivo de la Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil, y el sentido de la Política de Responsabilidad Socio Ambiental; IV. La Resolución 4.327/2014 en el escenario de las cooperativas financieras; V. La tenacidad de los principios cooperativos de la educación e información y de la preocupación por la comunidad en el proceso de ejecución de la Resolución 4.327/2014; VI. A título de conclusión: las políticas de responsabilidad social y ambiental son una tarea de casa de las cooperativas financieras; VII. Referencias.

Resumen: El sistema financiero brasileño fue instituido por la Ley 4.595, del 31 de diciembre de 1964. En el núcleo de su estructura normativa, el Banco Central de Brasil compone el subsistema normativo. Para mantener la conexión de las instituciones financieras con el compromiso del desarrollo sostenible, el Banco Central de Brasil editó la Resolución 4.327/2014, determinando que la obligación de las instituciones financieras implementar políticas de responsabilidad socio ambiental. En este contexto, las cooperativas financieras, sumisas a las reglas del sistema financiero brasileño, tienen en los valores y principios cooperativos una herramienta adecuada a la promoción de la responsabilidad socio ambiental.

Palabras clave: Cooperativas financieras. Banco Central de Brasil. Resolución 4.327/2014.

Abstract: The Brazilian financial system was instituted by Law 4.595, of December 31, 1964. At the core of its regulatory structure, the Central Bank of Brazil composes the normative subsystem. In order to maintain the connection of financial institutions with the commitment of sustainable development, the Central Bank of Brazil issued Resolution 4.327/2014, determining that the obligation of financial institutions to implement socio-environmental responsibility policies. In this context, financial cooperatives, submissive to the rules of the Brazilian financial system, have an adequate tool in the values and cooperative principles to promote socio-environmental responsibility.

Keywords: Financial cooperatives. Central Bank of Brazil. Resolution 4.327/2014.

Introducción

El sistema financiero brasileño surgió con la edición de la Ley 4.595, del 31 de diciembre de 1964, publicada para reglamentar la política, las instituciones monetarias, bancarias, de crédito, y crear el Consejo Monetario brasileño.

Dentro de esta perspectiva, la Constitución brasileña de 1988 establece, por el artículo 192, que el sistema financiero de Brasil es estructurado con el designio de viabilizar el desarrollo equilibrado del país, sirviendo a los intereses de la colectividad, en todas las partes que la componen, alcanzando a las cooperativas financieras.

Teniendo en cuenta la necesidad de adherir a las pautas internacionales inherentes al desarrollo sostenible, el sistema financiero de Brasil, a través del Banco Central, editó la Resolución 4.327/2014, instituyendo el carácter obligacional de implementación de políticas de responsabilidad socio ambiental por las instituciones financieras.

Por este camino, la resolución editada por el Banco Central brasileño determina que dichas políticas de responsabilidad socio ambiental necesitan atender a las directrices de los principios de la relevancia y de la proporcionalidad.

En este sentido, y una vez integrante del marco financiero brasileño, las cooperativas financieras tuvieron que ajustar sus estatutos sociales, dimensionando, o redimensionando, las normas destinadas a las prácticas sostenibles. Más allá de mencionar su elenco de principios, y manifestar la existencia de los valores del Cooperativismo, los estatutos sociales de las cooperativas financieras tuvieron que adecuarse a las exigencias de la Resolución 4.327/2014.

Por ello, comprendiese importante un análisis de la referida Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil, desde la óptica del Cooperativismo, especialmente el Cooperativismo financiero. Es importante observarse que el objetivo de la Resolución 4.327/2014 confluye a la finalidad del propio Cooperativismo, que es, arriba del todo, viabilizar la realización plena del hombre, permitiéndole encontrar las mejores condiciones de existencia digna.

Más allá de la prestación de unos servicios específicos a los cooperados y a sus clientes, las cooperativas financieras no pueden perder de su blanco la responsabilidad con la condición humana. Toda norma de regulación, fiscalización y control no puede quitárseles de un camino histórico que preserva todas las clases de cooperativas conectadas con unos valores y principios propios de quienes se han preocupado por el bien común de las gentes. «Aunque valiéndose de métodos que les son peculiares, las sociedades cooperativas

todavía representan una mecánica de esfuerzo para defensa, realce y emancipación del Hombre».¹

Defender, realzar y promover la emancipación del hombre, no es permitirle solamente la independización económicamente, sino que dársele los medios adecuados para que reconozca que sus comunes y el medio ambiente natural son indispensables para su propio perfeccionamiento material, espiritual y moral. Hay que llevarse en cuenta, así, que los principios de la educación e información y de la preocupación por la comunidad representan una herramienta que anticipa la acción cooperativa en el desarrollo de prácticas y actitudes de responsabilidad social y ambiental.

De este modo, el presente trabajo hará un análisis de las principales características del Sistema Financiero brasileño, presentando-se las peculiaridades de la Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil. Asimismo, se presentará la vinculación de las cooperativas financieras al sistema financiero de Brasil, para, después, revelarse que en materia cooperativa, la preocupación socio ambiental antecede la acción económica y la disposición normativa. También, se quiere mostrar que los principios cooperativos de la educación y de la preocupación por la comunidad son indispensables para que las políticas de responsabilidad socio ambiental dejen de ser únicamente una pauta documental derivada del cumplimiento de una regla reguladora, teniendo en cuenta que significan básicamente un deber que las cooperativas necesitan cumplir sistemáticamente.

I. El sistema financiero brasileño y la misión del Banco Central de Brasil

En Brasil, el sistema financiero fue instituido por la Ley 4.595, del 31 de diciembre de 1964, bajo un aspecto de representar el conjunto de normas jurídicas destinadas al reglamento del ejercicio de toda institución que actúa en el mercado financiero, para optimizar la transferencia de recursos económicos superavitarios a los deficitarios.²

De acuerdo con Fortuna, el sistema financiero es «um conjunto de instituições que se dedicam, de alguma forma, ao trabalho de propiciar

¹ MIRANDA, José Eduardo de: *De la crisis de identidad al rescate de la génesis del cooperativismo*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 15.

² ASSAF NETO, A.: *Mercado financeiro*, 4.^a ed, Atlas, São Paulo, 2001, 67.

condições satisfatórias para a manutenção de um fluxo de recursos entre poupadores e investidores»³.

Bajo este aspecto, el artículo 192, de la Constitución Federal brasileña, establece que «o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.»⁴

A par de ello, se puede decir que más allá de instituir el sistema financiero, la Constitución brasileña se encarga de constitucionalizar algunos de sus principios, definiendo que toda su estructura debe pautarse en la promoción del desarrollo equilibrado, y sirviendo a los intereses de la sociedad.

Con el propósito de atender el objetivo de su creación, el sistema financiero brasileño es compuesto por el Consejo Monetario brasileño, por el Banco Central de Brasil, por el Banco de Brasil S/S, por el Banco brasileño de Desarrollo Económico y por todas las demás instituciones públicas y privadas.

Independientemente de la naturaleza de las instituciones que forman el sistema financiero brasileño, el artículo 192 de la Constitución brasileña deja en evidencia que todas ellas, sean públicas o privadas, están sujetas al cumplimiento de funciones sociales bien caracterizadas.

Por ello, y cuando refiriese al artículo 192 de la Constitución Federal de Brasil, Silva es categórico en el sentido de que el «dispositivo trata das relações institucionais do sistema financeiro, ou seja, aqui o que se busca regular são as relações do Poder Público com as instituições financeira públicas ou privadas».⁵

Vista esta funcionalidad, hay que destacarse la importancia del Banco Central de Brasil en la organización del sistema financiero, pues está encargado de desarrollar las funciones de monopolio de emisión, banquero del gobierno, banco de los bancos, supervisor del propio sistema financiero, ejecutor de la política monetaria, ejecutor de la política cambial y de las reservas internacionales.

³ FORTUNA, E.: *Mercado Financeiro: Produtos e Serviços*, 16.ª ed, Qualitymark, Rio de Janeiro, 2005, p. 16.

⁴ BRASIL: *Constitución Federal de 1988*. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acceso en el 08 may. 2018.

⁵ SILVA, José A.: *Curso de Direito Constitucional*, 26 ed, Malheiros, São Paulo, 2006, p. 826.

Verificada su funcionalidad, el Banco Central de Brasil asume la misión de «assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda e um sistema financeiro sólido e eficiente. No exercício das suas diversas funções, o BCB, por sua atuação autônoma, pela qualidade dos seus produtos e serviços e pela competência dos seus servidores, é uma instituição essencial à estabilidade econômica e financeira, indispensável ao desenvolvimento sustentável e à melhor distribuição de renda no Brasil»⁶.

Indiferentemente de la responsabilidad por el arreglo de las situaciones que se despliegan en el orden económico, el Banco Central brasileño no puede alejarse de las cuestiones sociales y ambientales. Su ejercicio regulador y fiscalizador debe materializar un compromiso efectivo con los matices que orientan hacia el desarrollo sostenible, de modo que todas las operaciones no pueden, bajo cualquier hipótesis, poner en riesgo la integridad del hombre y del medio ambiente natural.

Causa de ello, queda muy clara la idea de que la relación del Banco Central de Brasil con la comunidad «caminha rumo à transparência e ao diálogo, no esteio do processo de redemocratização do país e também de uma mudança global em termos da relação do Estado com a sociedade. O Bacen possui responsabilidade social singular, relativamente a outras organizações, sejam públicas ou privadas»⁷.

Hoy por hoy, la actuación del Banco Central de Brasil está pautada en la observación de criterios socio ambientales para la emisión de normas reguladoras, inherentes al funcionamiento de las instituciones que integran el sistema financiero brasileño, y de la relación de estas con sus clientes. El Banco Central de Brasil posee responsabilidad socio ambiental integrada a la organización de su estructura y constante de las normas que edita.

No obstante, es inevitable destacar que el Banco Central de Brasil tiene una responsabilidad social y ambiental distinta de las otras instituciones que integran el sistema financiero brasileño y diferente de la responsabilidad de otros Bancos Centrales. Lima puntea que, «como órgão regulador e supervisor do sistema financeiro, o Bacen busca estabelecer padrões de funcionamento para as instituições financeiras,

⁶ BANCO CENTRAL DO BRASIL: *Funções do Banco Central do Brasil*. Disponible en <http://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/FAQs/FAQ%2011-Fun%C3%A7%C3%B5es%20do%20Banco%20Central.pdf>. Acceso en el 08 may. 2018.

⁷ SOUZA LIMA, Sérgio A.: «Banco Central e Responsabilidade Social», *Boletim Responsabilidade Social Ambiental do Sistema Financeiro*, Brasília, BACEN, 2009, p. 1.

sempre alinhados às melhores práticas nacionais e internacionais, que hoje são impregnadas de preocupações socioambientais.»⁸

Asimismo, Souza subraya que el Banco Central de Brasil es el «agente da sociedade destinado à segurança do equilíbrio monetário da Nação, mediante o zelo da liquidez da economia, a garantia da formação de poupança e a estabilidade e aperfeiçoamento do Sistema Financeiro Nacional»⁹.

II. Las cooperativas financieras en el contexto del sistema financiero brasileño

El Cooperativismo de crédito, o Cooperativismo financiero, comprende una de las ramas del Cooperativismo, y tiene como peculiaridad «la prestación de servicios financieros a sus miembros, y de forma limitada, para personas externas al cuadro de asociados, siempre buscando optimizar el atendimento de sus respectivas necesidades de crédito, ahorro y demás servicios»¹⁰.

A par de ello, las sociedades cooperativas financieras desarrollan programas de asistencia financiera y de prestación de servicios a sus cooperados. Su finalidad es la atención a la necesidad de crédito, ofreciéndole con una propuesta actitudinal, que la hace distinta de las demás instituciones financieras, sean públicas o privadas.

De acuerdo con esta realidad, y en atención a la disposición del artículo 192, de la Constitución Federal de Brasil, las cooperativas de crédito son entidades privadas que participan da estructura del sistema financiero brasileño, pues su objeto de actividad es prestar servicios de aspecto financiero, y de crédito.

Las cooperativas financieras son reconocidas como instituciones financieras que hacen parte del contexto estructural del Banco Central de Brasil, una vez que, además de ser personas jurídicas privadas, operan en la «accesoria la coleta, cosecha, intermediación o aplicación de recursos financieros propios o de terceros, en moneda corriente o extranjera, y la custodias de valor de propiedad o terceros»¹¹.

⁸ *Ibid.*, p. 1.

⁹ SOUZA, Leonardo R.: *Cooperativas de crédito: regulação do CMN e os valores cooperativos*, Curitiba, Juruá, 2017, p. 75.

¹⁰ MIRANDA, José Eduardo de: «El sistema de crédito cooperativo brasileño y la identidad cooperativa: la necesidad de vigilancia permanente», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2015, p. 77.

¹¹ BRASIL: *Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Disponible en el http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L4595.htm. Acceso en 08 may 2018.

Sin embargo, para evitar cualquier desvío de finalidad y de naturaleza de la cooperativa financiera, hay que llamarse «la atención al hecho de que en la medida que el artículo primero, de la Ley Complementar 130/2009, de las cooperativas financieras brasileñas, determina que las instituciones constituidas bajo la forma de cooperativas financieras deben someterse a la legislación específica del Sistema Financiero de Brasil». ¹² En este punto, es necesario decir que la Ley 130/2009 dispone sobre el sistema brasileño de cooperativismo financiero, «entendido como a estruturação sistémica do Cooperativismo de crédito em quatro tipos específicos de entidades: as cooperativas singulares de crédito, as cooperativas centrais de crédito, as confederações de cooperativa de crédito e os bancos cooperativos» ¹³.

De outra maneira, Souza advierte que las cooperativas financieras «devem ser classificadas também a partir da sua atividade econômica básica, no caso, proporcionar através da mutualidade e da economia a prestação de serviços financeiros aos seus associados. Dessa forma, ao captar, aplicar e intermediar recursos financeiros de seus associados, as cooperativas de crédito são instituições financeiras e, por isso, estão sujeitas à aplicabilidade da Lei Federal 4.595/1964». ¹⁴

III. El objetivo de la Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil, y el sentido de la Política de Responsabilidad Socio Ambiental

Hace mucho que el Banco Central de Brasil camina al encuentro de las acciones internacionales en materia de responsabilidad social y ambiental, procurando establecer una conducta sólida, y no solamente formal, en la búsqueda por el conocimiento de certificaciones y desarrollo de estudios sobre el tema. En este sentido, se puede decir que la Resolución 4.237, editada en el 25 de abril del 2014, surge para adecuar el ejercicio de las instituciones financieras brasileñas a las prácticas económicas sostenibles.

Es así que dicha resolución instituye las directrices que deben ser observadas para el desarrollo y ejecución de las políticas de responsabilidad socio ambiental, por parte de las instituciones financieras que hacen parte de la estructura del Sistema Financiero de Brasil.

¹² MIRANDA, 2015, p. 78.

¹³ SOUZA, 2017, p. 85.

¹⁴ *Ibid.*, p. 76.

Por tanto, resuelta muy claro que el objetivo de la Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil, es promover la implantación sistémica de la gestión del análisis de los riesgos sociales y ambientales, haciéndoles elemento inherente a los negocios de las instituciones financieras.

A par de ello, es necesario decir que la proyección de unas políticas de responsabilidad social y ambiental corresponde al establecimiento de toda una dinámica de gestión de las instituciones financieras, desarrollada con el propósito de minimizar el riesgo social y ambiental de los negocios que puedan derivar de los negocios económicos, financieros y de crédito.

No se puede olvidar que los riesgos sociales y ambientales «que permeiam os projetos, têm potencial de perdas bastante alto em razão de atrasos e paralisações nas obras, de publicidade negativa, de ameaças de cassação de licenças e de gastos não previstos. Ao mesmo tempo, os danos à reputação de uma empresa podem superar consideravelmente os custos imediatos do projeto. Os riscos socioambientais devem ser identificados pelas instituições financeiras como um componente das diversas modalidades de risco a que estão expostas.»¹⁵

Partiéndose del principio de que los daños socio ambientales están directamente relacionados con la exclusión social, la polución, los daños a la salud humana, la seguridad de las personas y los impactos por eventuales amenazas a la biodiversidad, las instituciones financieras, y por ello, las cooperativas, se muestran expuestas constantes a los riesgos de daños sociales y ambientales, a través de sus respectivos usuarios y clientes. La incapacidad de gerenciamiento de los riesgos sociales y ambientales puede afectar la vida de las instituciones financieras y la propia credibilidad del sistema financiero nacional.

Entonces, las políticas de responsabilidad socio ambiental deben ser desarrolladas en el seno de todas las instituciones financieras, y su conformación necesita observar los principios de la relevancia y de la proporcionalidad. A través del principio de la relevancia, las instituciones necesitan observar el grado de exposición del riesgo social y ambiental de las actividades y operaciones que desarrollan, sean propias o de terceros. El principio de la proporcionalidad, a su vez, establece que la institución debe observar la compatibilidad entre las acciones de responsabilidad social y ambiental con las actividades y servicios que ofrece.

¹⁵ ABBC EDUCACIONAL: *O que é a política de responsabilidade socioambiental para bancos?* Disponible en <http://www.abbc.org.br/cursos/artigo.asp?id=2>. Acceso en 08 may 2018.

La responsabilidad social y ambiental demuestra la humanización de las actividades financieras, pues, una vez que también el riesgo de las actividades económicas desarrolladas por los clientes y usuarios de las instituciones financieras son objeto de análisis, la idea es viabilizar la minimización de daños al medio natural y a las personas, disminuyendo, por supuesto, la afectación a la dignidad humana. Para ello, las políticas de responsabilidad socio ambiental precisan «estabelecer diretrizes sobre as ações estratégicas relacionadas à sua governança, inclusive para fins do gerenciamento do risco socioambiental»¹⁶.

IV. La Resolución 4.327/2014 en el escenario de las cooperativas financieras

Por su condición de entidad parte del Sistema Financiero brasileño, a las cooperativas financieras no les resta otra alternativa que la adaptación de sus estatutos y regimientos a las exigencias de la Resolución 4.327/2014. Es decir, los términos de la resolución debe ser inseridos en el cuerpo normativo de la cooperativa, para que pueda ser materializado a lo largo del ejercicio de su negocio.

El plazo para el ajuste de los estatutos, y la actualización de sus regimientos, promoviendo la inserción de las políticas de responsabilidad social y ambiental agotó en el 31 de julio del 2015. Créese así, que las cooperativas financieras brasileñas cumplieron los términos del artículo 3.º, de Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil, formateando unas políticas de responsabilidad socio ambiental compatible con su porte, con la naturaleza de un negocio y con la complejidad de los productos y servicios ofrecidos.

Para ello, las cooperativas financieras necesitaron involucrar su capital humano, involucrando a los cooperados y empleados, para conformar una propuesta de gestión integrada, a través de la cual se pueda identificar:

- Una estructura de gobernanza exclusiva para las cuestiones de naturaleza social y ambiental;
- Las formas de gestión de los riesgos socio ambientales;

¹⁶ BANCO CENTRAL DO BRASIL: *Resolução 4.237/2014, de 24 de abril de 2014*. Disponible en http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf. Acceso en 08 may 2018.

- La descripción de las actividades y prácticas que deben ser implementadas de acuerdo con los principios de la relevancia, de la proporcionalidad, sin desprecio de los principios de la razonabilidad y eficacia;
- Las técnicas de sensibilización de los cooperados, de los empleados, de los clientes y de la gente de la comunidad;
- Los mecanismos de capacitación de empleados y cooperados;
- La divulgación y las formas de actualización de las políticas de responsabilidad social y ambiental.

Las cooperativas financieras debieron nombrar un Director de Responsabilidad Social y Ambiental, destinándole cuantos empleados fuesen necesarios a la implementación de las respectivas políticas.

Además de ello, el artículo 6.º, de la Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil, las cooperativas financieras tuvieron que establecer un sistema de gestión de riesgos, encargado de desarrollar¹⁷:

- «Sistemas, rutinas y procedimientos para — identificación, clasificación, evaluación y control del riesgo ambiental presente en las actividades y en las operaciones.»
- «El registro de datos referentes a las pérdidas decurrentes de los daños ambientales, por un periodo de cinco años, incluyendo valores, tipo, sitio y sector económico objeto de la operación.»
- «Evaluación previa de los potenciales impactos socio ambientales de nuevas modalidades de productos y servicios.»
- «Procedimientos para la adecuación de la gestión del riesgo socio ambiental a los cambios legales.»

De hecho, y a pesar de la gestión de los riesgos ambientales y sociales constar de las políticas de responsabilidad socio ambiental, su ejecución está vinculada a una unidad, o departamento, de gestión general de los riesgos de la cooperativa financiera.

Además, es conveniente tener en cuenta que las políticas de responsabilidad socio ambiental necesitan ser aprobada por el Consejo de Administración de la cooperativa financiera, para que se tenga asegurada la necesaria integración de la propuesta con todos los órganos y personas vinculadas a cooperativa.

¹⁷ Todo de acuerdo con el texto del artículo 6º, de la Resolución Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil.

V. La tenacidad de los principios cooperativos de la educación e información y de la preocupación por la comunidad en el proceso de ejecución de la Resolución 4.327/2014

La Cúpula de las Naciones Unidas adoptó, en el mes de septiembre del 2015, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, consistente en una Declaración de 17 Objetivos de Desarrollos Sostenible y 169 metas. Esta Agenda resuelta de los trabajos implementados en la Cúpula Mundial sobre Desarrollo Sostenible, del 2002, de la Cúpula de 2010, sobre los ODM, y de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible de 2011, la Río +20¹⁸.

Los 17 objetivos, cuya implementación debe ser promovida a través de la cooperación de los países que firmaran la declaración, son¹⁹:

- «Fin de la pobreza: acabar con la pobreza en todas sus formas y en todos los sitios»;
- «Hambre cero: acabar con el hambre, alcanzar la seguridad alimentaria y la mejoría de la nutrición y promover la agricultura sostenible»;
- «Salud y bienestar: asegurar una vida saludable y promover el bienestar para todos y para todas, en todas las edades»;
- «Educación de calidad: garantizar la educación inclusiva y equitativa de calidad, y promover oportunidades de aprendizaje a lo largo de la vida para todos y todas»;
- «Igualdad de género: alcanzar la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y chicas»;
- «Agua limpia y saneamiento: garantizar la disponibilidad y la gestión del agua y del saneamiento para todos»;
- «Energía asequible y no contaminante: asegurar el acceso confiable, sostenible, moderno y a precio accesible de energía para todos»;
- «Trabajo decente y crecimiento económico: promover el crecimiento económico sustentado, inclusivo y sostenible, empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos»;
- «Industria, innovación y tecnología: construir infraestructuras adaptables, promover la industrialización inclusiva e sostenible y fomentar la innovación»;

¹⁸ CÚPULA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: *Transformar nosso mundo para as pessoas e o planeta*. Disponible en «<https://nacoesunidas.org/pos2015/cupula/>» Acceso en el 06 may. 2018.

¹⁹ Disponibles en <http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>.

- «Reducción de las desigualdades: reducir las desigualdades dentro de los países y entre ellos»;
- «Ciudades y comunidades sostenibles: tornar las ciudades y los asentamientos humanos inclusivos, seguros adaptables y sostenibles»;
- Producción y consumo responsables: garantizar patrones de producción y consumo sostenibles»;
- «Acción por el clima: tomar medidas urgentes para combatir los cambios del clima y sus impactos»;
- «Vida submarina: conservación y uso de los océanos, de los mares y de los recursos marinos para el desarrollo sostenible»;
- «Vida de ecosistemas terrestres: proteger, recuperar y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar de forma sostenible las florestas, combatir la desertificación, detener y revertir la degradación de la tierra, y detener la pérdida de la biodiversidad»;
- «Paz, justicia e instituciones sólidas: promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, proporcionar el acceso a la justicia para todos y construir instituciones eficaces, responsables e inclusivas en todos los niveles»;
- «Alianzas para lograr objetivos: fortalecer los medios de implementación y revitalizar los convenios globales para el desarrollo sostenible».

Mirándose hacia el contenido unificado de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, se puede comprender que la Organización de las Naciones Unidas quiere «garantizar los derechos humanos, acabar con la pobreza, luchar contra la desigualdad y la injusticia, alcanzar la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y chicas, bien cómo enfrentar otros desafíos de nuestros tiempos»²⁰.

De otra forma, es posible observar que los Objetivos de Desarrollo Sostenible son «integrados e indivisibles, y mezclan, de forma equilibrada, las tres dimensiones del desarrollo sostenible: la económica, la social y la ambiental»²¹.

Una vez constatado el carácter integrativo e indivisible de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, es imposible que se aplique uno de los

²⁰ ONUBR. *Roteiro para a Localização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: Implementação e Acompanhamento no nível subnacional*. 2016. Disponible en <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/06/Roteiro-para-a-Localizacao-dos-ODS.pdf>. Acceso en 07 may. 2018.

²¹ *Ibid.*.

objetivos en desprecio de otro, porque el suceso de cualquiera necesita la vigilancia permanente del conjunto.

Es de este modo que, al verificarse el propósito de la Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil, se debe rescatar la idea de que los principios cooperativos determinan las cualidades esenciales que hacen que las cooperativas sean diferentes a los otros tipos de empresa y que el movimiento cooperativo sea valioso. Por tanto, su importancia dogmática es evidente, aunque su transcendencia jurídica queda supeditada a los términos en que hayan sido incorporados en las respectivas legislaciones internas, lo que condiciona notablemente su posible eficacia como criterios correctores de las posibles impurezas del legislador correspondiente»²²

Visto esto, resta muy claro que, indiferentemente de las normas reguladoras de las cooperativas financieras, las cuestiones sociales y ambientales están en su gen actitudinal, teniendo en cuenta que la finalidad del Cooperativismo es la emancipación del hombre, a través de su transformación económica, social, moral, actitudinal...

A par de esto, y conectándose los Objetivos de Desarrollo Sostenible con la esencia de los principios del Cooperativismo, no se puede rechazar la importancia que los principios cooperativos de la educación y de la preocupación por la comunidad tiene en el escenario global, para que el mundo encuentre el verdadero significado de desarrollo sostenible.

Partiéndose de la idea de que la sostenibilidad es un supuesto, o una condicionante de conciencia humana, los principios de la educación e información y de la preocupación por la comunidad son instrumentos que permiten a las cooperativas financieras cumplir con los términos de la Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil, mediante un diferencial práctico de intención y ejecución.

Ambos los principios, junto con los demás, son idénticos al carácter de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, pues, además de integrados e indivisibles, también se funden bajo las dimensiones económica, social y ambiental.

A lo largo del ejercicio de su negocio, las cooperativas financieras precisan hacer valer el principio de la preocupación por la comunidad, aproximando el dialogo con el entorno donde está inserida, para que pueda constatar las respectivas demandas que surgen en el ámbito social, ambiental y económico.

²² GADEA, Enrique; SACRISTÁN, Fernando y VASSEROT, Carlos Vargas: *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma*, Dykinson, S. L., Madrid, 2009, p. 38.

Las cooperativas necesitan ir hacia donde se encuentran las personas, para que sepa lo que precisa, y establezcan las medidas adecuadas para que suplanten sus carencias, tomando todas las actitudes, y desarrollando lo que sea necesario para que cumpla con su responsabilidad social y ambiental.

En este sentido, y de acuerdo con el hilo conductor de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el medio por lo cual las cooperativas pueden destacarse en sus políticas de responsabilidad socio ambiental es a través de una adecuada aplicación del principio de la educación, utilizándole para llevar información sobre inclusión, sostenibilidad y actitud humana hacia el seno de la comunidad.

Las cooperativas financieras, a través de la cooperación preconizada por las Naciones Unidas, deben tomar a cargo la educación de las personas, para que logre una efectiva transformación moral del hombre. Es únicamente a través de la educación y de la información que los ideales de sostenibilidad se harán efectivos en el seno social. No se puede olvidar que la propia Organización de las Naciones Unidas orienta en el sentido de que «as ações de sensibilização devem ter como objetivo incentivar a participação dos cidadãos e das comunidades locais a fim de promover a apropriação da Agenda e o engajamento na busca pelo alcance dos ODS no nível local. Mas a sensibilização não se limita a comunicar a existência dos ODS. É também sobre empoderar os cidadãos a participar ativamente na concretização dos ODS no dia-a-dia»²³.

Por esto, las cooperativas financieras tienen una gran ventaja sobre las demás instituciones que componen el sistema financiero brasileño, pues, solamente ellas tienen en su cultura, y en su genética negocial la tenacidad necesaria para tomar a su cargo la educación de los cooperadores, de sus empleados y de las personas en general, pues, su escuela es la encargada de sembrar la inteligencia de los niños, el Cooperativismo puede cultivar su alma²⁴.

VI. A título de conclusión: las políticas de responsabilidad social y ambiental son una tarea de casa, de las cooperativas financieras

Cuando uno habla del desarrollo de políticas de responsabilidad social y ambiental, en el ámbito del mercado financiero, piensa en el «conjunto de iniciativas implementadas pelos empresários, de forma

²³ ONUBR, 2016.

²⁴ MIRANDA, 2012, p. 48.

vocacional, ou voluntária, para a materialização de ações que respondam suas preocupações de natureza ética, social e ambiental às suas interações com clientes, colaboradores, fornecedores, concorrentes, acionistas, governos e comunidades, e confirmam solidez ao desenvolvimento de empreendimentos efetivamente sustentáveis»²⁵.

Mismo en el escenario de las instituciones financieras, la responsabilidad social y ambiental puede ser traducida «como um princípio ético, aplicado à realidade através de uma gestão que leva em consideração as necessidades e opiniões dos diferentes *stakeholders*, isto é, dos públicos envolvidos ou impactados pelo negócio das empresas: clientes, funcionários, acionistas, comunidades, meio ambiente, fornecedores, governo e outros»²⁶.

Hablase, pues, de un principio ético, porque la inquietud por las cuestiones ambientales y sociales pone el hombre en el centro efectivo de toda la preocupación, de modo que todas las acciones desarrolladas en favor del medio ambiente y de la sociedad alcanzan la persona humana como beneficiaria. Este hecho, por cierto, aproxima la máxima de la responsabilidad socio ambiental al sistema cooperativo.

Es imposible olvidarse que, desde sus orígenes más remotas, el Cooperativismo surgió para aplacar las necesidades humanas, haciendo con que las gentes se aproximasen una de las otras para obrar en conjunto, incluso en el sentido de generar protección colectiva. «El Cooperativismo recorrió la historia de manos dadas con el hombre como una corriente que permitió que las gentes se aproximasen bajo valores y principios comunes, para eliminar todas las formas autoritarias de poder, y para permitir que el propio hombre encontrara los medios necesarios a su completo desarrollo en el ámbito material, económico, social, personal y espiritual»²⁷.

Fue a través de la creación de la sociedad cooperativa que el Cooperativismo enseñó al «mundo y a los hombres la plena posibilidad de existencia de una empresa que suplante las características egoístas y

²⁵ MIRANDA, José Eduardo de: «Do livre exercício da atividade empresarial à responsabilidade social como prerrogativa ético-moral da ordem econômica: a axiologia da cooperação como pressuposto de desenvolvimento sustentável», *Ordem econômica constitucional: compreensão e comparativo da ordem econômica na constituição de 1988 com outros sistemas jurídicos*, Curitiba, Juruá, 2015, p. 286.

²⁶ BSD: *Responsabilidade social empresarial*.

Disponível em <http://www.inmetro.gov.br/multiplicadores/respSocial.pdf>. Acesso em 07 may. 2018.

²⁷ MIRANDA, 2012, p.16.

primordiales de las entidades capitalistas, y se consolide bajo un perfil participativo, solidario, y de ayuda mutua»²⁸.

Por ello que la Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil, no puede generar cualquier impacto en el orden de las cooperativas financieras brasileñas, teniendo en cuenta que su constitución y desarrollo, a pesar de reglamentada por el Sistema Financiero de Brasil, está subrogada a adhesión estatutaria de los valores y principios del Cooperativismo.

Es verdad que las cooperativas financieras en Brasil son reconocidas como instituciones financieras. Se encargan de la prestación de servicios financieros, económicos, y otros similares, a sus miembros y clientes. A pesar de Brasil tener una Ley específica que orienta la constitución y el desarrollo de las cooperativas financieras, la norma reguladora y fiscalizadora de su ejercicio negocial siempre vendrá de los órganos del Sistema Financiera, haciendo sumisa de las Resoluciones del Banco Central de Brasil.

No obstante, la diferencia entre la cooperativa financiera y las demás instituciones que componen el sistema financiero brasileño es justamente su marco de valores y principios, todos determinantes de conductas y actitudes que sitúan la persona humana más arriba del valor del capital y del interés económico.

Se quiere decir, con esto, que el desarrollo de unas políticas de responsabilidad social y ambiental por las cooperativas financieras no puede representar una promoción sencillamente formal, de aspecto obligatorio, pues la esencia de la cooperatividad presupone que el sistema cooperativo existe para la promoción del bien social y del bienestar del hombre.

Los gestores de las cooperativas financieras tienen que percibir que el cumplimiento de las directrices de la Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil, es nada más que poner en práctica la esencia del espíritu cooperativo, emergente de la comprensión de los valores y de los principios del Cooperativismo, determinantes de la ética cooperativa, que orienta a las cooperativas de todas las ramas actuar siempre a partir de una perspectiva de sustentabilidad. Esto, logran haciendo suyos los principios de la educación e información, y preocupación por la comunidad.

Más allá del análisis de riesgo de sus usuarios y clientes, las cooperativas financieras, en conjunto con las «associações e redes locais e re-

²⁸ MIRANDA, José Eduardo de: *Filosofía cooperativa: análisis del proceso de conformación del cooperativismo*, Juruá, Curitiba, 2017, p. 15.

gionais de governo devem realizar campanhas de sensibilização para mobilizar seus membros a compreender suas funções para o alcance dos ODS. Elas devem procurar aumentar o conhecimento e o senso de propriedade em relação aos ODS por todos os governos subnacionais, independentemente de seu tamanho ou nível de recursos, com o apoio dos governos nacionais e organizações internacionais»²⁹.

La Resolución 4.327/2014, del Banco Central de Brasil, se muestra importante para recordar a los cooperativistas que las cuestiones de orden ambiental y social independen de una norma reguladora. Si las cuestiones sociales, y el medio equilibrado son indispensables para el bien de las personas, la responsabilidad socio ambiental está en los genes de las cooperativas financieras, porque el bienestar del hombre es la esencia en si misma del espíritu de la cooperación-cooperativa.

VII. Referencias

- ABBC EDUCACIONAL: *O que é a política de responsabilidade socioambiental para bancos?* Disponible en <http://www.abbc.org.br/cursos/artigo.asp?id=2>. Acceso en 08 may 2018.
- ASSAF NETO, A.: *Mercado financeiro*, 4.^a ed, Atlas, São Paulo, 2001.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL: *Funções do Banco Central do Brasil*. Disponible en <http://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/FAQs/FAQ%2011-Fun%C3%A7%C3%B5es%20do%20Banco%20Central.pdf>. Acceso en el 08 may. 2018.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução 4.327/2014, de 24 de abril de 2014*. Disponible en http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf. Acceso en 08 may 2018.
- BRASIL: *Constituição Federal de 1988*. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acceso en el 08 may. 2018.
- BRASIL: *Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Disponible en http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L4595.htm. Acceso en el 08 may. 2018.
- CÚPULA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: *Transformar nosso mundo para as pessoas e o planeta*. Disponible en <https://nacoesunidas.org/pos2015/cupula/>. Acceso en el 06 may. 2018.
- BSD: *Responsabilidade social empresarial*. Disponible en <http://www.inmetro.gov.br/multiplicadores/respSocial.pdf>. Acceso en el 07 may. 2018.
- SOUZA LIMA, Sérgio A.: «Banco Central e Responsabilidade Social», *Boletim Responsabilidade Social Ambiental do Sistema Financeiro*, Brasília, BACEN, 2009.

²⁹ ONUBR, 2016.

- ETGETO, Anderson Augusto y otros: «Os princípios do cooperativismo e as cooperativas de crédito no Brasil», *Maringá Management: Revista de Ciências Empresariais*, v. 2, n. 1, p. 7-19, jan. /jun. 2005. Disponible en <http://www.maringamanagement.com.br/novo/index.php/ojs/%20article/%20viewFile/30/15>. Acceso en el 08 may. 2018.
- FORTUNA, E.: *Mercado Financeiro: Produtos e Serviços*, 16.ª ed, Qualitymark, Rio de Janeiro, 2005.
- GADEA, Enrique; SACRISTÁN, Fernando y VASSEROT, Carlos Vargas: *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma*, Dykinson, S. L., Madrid, 2009.
- MIRANDA, José Eduardo de: «El sistema de crédito cooperativo brasileño y la identidad cooperativa: la necesidad de vigilancia permanente», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2015.
- MIRANDA, José Eduardo de: «Do livre exercício da atividade empresarial à responsabilidade social como prerrogativa ético-moral da ordem econômica: a axiologia da cooperação como pressuposto de desenvolvimento sustentável», *Ordem econômica constitucional: compreensão e comparativo da ordem econômica na constituição de 1988 com outros sistemas jurídicos*, Curitiba, Juruá, 2015.
- MIRANDA, José Eduardo de: *De la crisis de identidad al rescate de la génesis del cooperativismo*, Dykinson, Madrid, 2012.
- MIRANDA, José Eduardo de: *Filosofía cooperativa: análisis del proceso de conformación del cooperativismo*, Juruá, Curitiba, 2017.
- ONU BR: *Roteiro para a Localização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: Implementação e Acompanhamento no nível subnacional*. Disponible en <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/06/Roteiro-para-a-Localizacao-dos-ODS.pdf>. Acceso en 07 may. 2018.
- SILVA, José A.: *Curso de Direito Constitucional*, 26 ed, Malheiros, São Paulo, 2006.
- SOUZA, Leonardo R.: *Cooperativas de crédito: regulação do CMN e os valores cooperativos*, Curitiba, Juruá, 2017.

Deusto Estudios Cooperativos



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

ENPLEGU ETA GIZARTE
POLITIKETAKO SAILA

DEPARTAMENTO DE EMPLEO
Y POLÍTICAS SOCIALES



Deusto

Facultad de Derecho
Universidad de Deusto