



**Asociación Iberoamericana  
de Derecho Cooperativo,  
Mutual y de la Economía  
Social y Solidaria**

1

# **DERECHO COOPERATIVO Y DE LA ECONOMIA SOCIAL Y SOLIDARIA**

## **MODULO 6 CICLO VITAL DE LA EMPRESA SOLIDARIA**

**ALBERTO GARCÍA MÜLLER**

**MÉRIDA, 2.016**

## **UNIDAD IX. TRANSFORMACIONES**

### TRANSFORMACIONES

- 51. REFORMA DEL ESTATUTO
- 52. CONVERSION
- 53. FUSION
- 54. ESCISIÓN Y TRANSMISION
- 55. EMPRESAS RECUPERADAS

## **UNIDAD X. CICLO VITAL**

- 56. FUNDACION DE LA EMPRESA
- 57. LEGALIZACION
- 58. REGIMEN DE LA DISOLUCION
- 59. RECUPERACION DE EMPRESAS
- 60. REGIMEN DE LA LIQUIDACIÓN

UNIDAD IX. TRANSFORMACIONES.....	6
<b>TRANSFORMACIONES</b> .....	6
TRANSFORMACIONES .....	6
<b>51. REFORMA DEL ESTATUTO</b> .....	12
ASPECTOS GENERALES .....	12
CAUSALES DE REFORMA DEL ESTATUTO .....	13
PROCEDIMIENTO.....	14
VALOR OBLIGATORIO .....	17
ADAPTACIÓN DEL ESTATUTO.....	18
CAMBIOS .....	18
DEROGACIÓN SINGULAR DEL ESTATUTO .....	22
<b>52. CONVERSION DE FORMA JURÍDICA</b> .....	25
ASPECTOS GENERALES .....	25
CONVERSIÓN DEL SECTOR SOLIDARIO EN OTRA NATURALEZA (DIRECTA O HETEROGÉNEA).....	28
CONVERSIÓN DE OTRA NATURALEZA AL SECTOR (INVERSA) .....	36
CONVERSIÓN ENTRE ENTES DE NATURALEZA SIMILAR (ENDÓGENA) ..	39
FORMAS INDIRECTAS.....	40
<b>53. FUSION</b> .....	44
ASPECTOS GENERALES .....	44
LA FUSIÓN EN LA ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA.....	46
TIPOS DE FUSIÓN .....	48
PROCEDIMIENTO.....	53
OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES .....	57
EFECTOS DE LA FUSIÓN .....	58
<b>54. ESCISION Y TRANSMISION</b> .....	65
ASPECTOS GENERALES .....	65
PROCEDIMIENTO.....	69
EFECTOS DE LA ESCISIÓN .....	71

<b>TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA (CESIÓN GLOBAL)</b> .....	75
PROCEDENCIA .....	75
NATURALEZA .....	76
CESIÓN GLOBAL .....	77
REQUISITOS .....	78
EFECTOS .....	79
EL "CRAMDOW" .....	80
<b>55. EMPRESAS RECUPERADAS POR LOS TRABAJADORES</b> .....	84
ASPECTOS GENERALES .....	84
MEDIDAS .....	92
MECANISMOS .....	96
COMPRA APALANCADA DE EMPRESA POR LOS TRABAJADORES .....	99
CONVENIO EN EL PROCESO CONCURSAL .....	102
PROTECCIÓN Y FOMENTO DEL ESTADO.....	104
<b>UNIDAD X. CICLO VITAL</b> .....	111
<b>56. FUNDACION DE LA EMPRESA</b> .....	111
FORMAS PREVIAS O PRECOOPERATIVAS .....	111
PERÍODO DE PROMOCIÓN .....	120
RESPONSABILIDAD .....	122
<b>CONSTITUCION DE LA EMPRESA</b> .....	124
ACTO CONSTITUTIVO .....	125
ASAMBLEA CONSTITUTIVA .....	127
NÚMERO DE MIEMBROS .....	131
DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN.....	135
CALIFICACIÓN PREVIA DEL ESTATUTO .....	139
<b>57. LEGALIZACION DE LA EMPRESA</b> .....	145
ASPECTOS GENERALES .....	145
OPERATIVIDAD.....	150
DECISIÓN DE LA AUTORIDAD .....	152
ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS .....	156
LA EMPRESA IRREGULAR .....	157
LA FALSA COOPERATIVA .....	162

<b>58. REGIMEN DE LA DISOLUCION</b> .....	167
EXTINCIÓN DE LA EMPRESA.....	167
ASPECTOS GENERALES DE LA DISOLUCIÓN .....	168
FORMAS DE DISOLUCIÓN .....	170
PROCEDIMIENTO.....	172
EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN .....	174
LAS CAUSALES DE DISOLUCION.....	175
DISOLUCIÓN VOLUNTARIA .....	176
CAUSALES RELACIONADAS CON EL OBJETO .....	178
CAUSALES DE ÍNDOLE ECONÓMICO-FINANCIERA .....	182
REDUCCIÓN DEL NÚMERO MÍNIMO DE MIEMBROS.....	187
CAUSALES DE TIPO SOCIAL .....	189
CAUSALES RELACIONADAS CON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	192
POR DECISIÓN JUDICIAL.....	194
CAUSALES ESTATUTARIAS .....	195
<b>59. RECUPERACION DE EMPRESAS</b> .....	199
CRISIS EMPRESARIAL .....	199
MEDIDAS PREVIAS A LA DISOLUCIÓN.....	201
SALVATAJE .....	204
REACTIVACIÓN .....	205
COMPRA DE LA EMPRESA .....	208
RECUPERACIÓN .....	210
MEDIDAS JUDICIALES .....	211
EL CONCURSO DE ACREEDORES.....	213
APLICACIÓN DEL CONCURSO A LAS EMPRESAS SOLIDARIAS .....	215
<b>60. LA LIQUIDACION</b> .....	224
ASPECTOS GENERALES.....	224
TIPOS DE LIQUIDACIÓN .....	225
LOS LIQUIDADORES.....	228
FUNCIONES DE LOS LIQUIDADORES.....	232
INTERVENTORES (COMISARIOS) DE LA LIQUIDACIÓN .....	239
LA PARTICIÓN .....	241

DESTINO DE LOS SOBRANTES .....	244
INSCRIPCIÓN REGISTRAL .....	246
OTROS ASUNTOS .....	247

## UNIDAD IX. TRANSFORMACIONES

### TRANSFORMACIONES

51. REFORMA DEL ESTATUTO
52. CONVERSION
53. FUSION
54. ESCISIÓN Y TRANSMISION
55. EMPRESAS RECUPERADAS

## TRANSFORMACIONES

Transformaciones: concepto, principios, condiciones, fuentes, competencia.

Efectos

---

### TRANSFORMACIONES

#### *Concepto*

Transformaciones son los todos los cambios o modificaciones que se producen en la empresa solidaria bien sea en su naturaleza, en su objeto, en su nacionalidad, en su estructura, en su organización interna o en su forma externa (cambio de tipo legal).

Son las mutaciones ordinarias como la conversión, la reforma del estatuto, la fusión, la escisión y la cesión global del patrimonio.

En torno a la transformación de las empresas solidarias, para una parte de la doctrina, de acuerdo al el principio de tipicidad normativa que es inherente a las

modificaciones estructurales y, en particular, a la transformación, se exigiría una expresa autorización legal.

### *. Principios*

1. La tendencia predominante en la doctrina es que la ley permita que las asociaciones se transformen en formas sociales dotadas de un régimen jurídico más severo que el particular de tales entidades, pero no de que, por el contrario, las formas sociales más rígidas “desciendan” hacia modelos más laxos de organización. No es posible que una sociedad cooperativa se transforme en asociación, pero no lo contrario.

El Tribunal Supremo de España (en Alfonso, 2002) admite la transformación de cooperativa en sociedad mercantil por considerar que no existe ninguna razón sólida para entender que la ausencia de normativa específica venga a significar el rechazo de esa posibilidad. De forma tal que sólo si la legislación prohibiera de manera explícita la transformación heterogénea de una cooperativa habríamos de atenernos a dicha prohibición.

2. Es inherente a la transformación la “conservación” de la personalidad jurídica en el sentido en que solo podrían transformarse las asociaciones a las que la ley reconozca personalidad jurídica.

### *Condiciones*

1. Que se cumplan las exigencias de la legislación sectorial, aplicable tanto a la sociedad de origen como a la cooperativa resultado de la transformación.
2. Los socios de la entidad que se transforma puedan asumir la posición de cooperadores en relación con el objeto social previsto para la entidad resultante.
3. Se respete el derecho de información de los miembros de la empresa.
4. Que con la transformación la entidad avance hacia un tipo social de mayor solvencia en el tráfico, pero nunca para retroceder; ni tan siquiera para mantenerse en un estadio similar.

## Fuentes

1. Las diversas formas de reestructuración empresarial normalmente están reguladas por el derecho común –en la normativa sobre sociedades mercantiles- o en el derecho civil. En ciertos casos la ley específica del sector nada dice, razón por la cual es necesario acudir al derecho común, y aplicarlo en su integridad.

Para Ezai (2006) los procesos societarios de integración, separación de actividades, etcétera, en sí mismos más complejos en las cooperativas, no tienen por qué someterse a disposiciones legales específicas particularmente gravosas. Con carácter general, las disposiciones reguladoras de estas operaciones societarias pueden seguramente ser comunes a cooperativas y sociedades de capitales.

No obstante, existen algunas disposiciones concretas (como las referentes a la gestión diferenciada de los derechos de voto y aportaciones de capital, o las referentes al tratamiento a dar en este tipo de operaciones a los fondos de obras sociales o a los fondos irrepantibles, etc.) que necesariamente precisan de una regulación específica en el caso de las cooperativas.

2. En pocos casos se encuentran algunas normas en la legislación específica de cada tipo social o en la legislación general del sector. Pueden ser adecuaciones menores de la normativa más genérica y el reenvío expreso al derecho común. Pero también, puede que no se haga el reenvío expreso, por lo que habrá que llenar las lagunas legales con la normativa genérica, en cuanto fuese aplicable.
3. Lo más frecuente es que se regule la fusión, remitiéndose la conversión y la escisión a su normativa, en cuanto fuese aplicable. Además, pueden encontrarse normas específicas en la legislación de la actividad empresarial concreta a la que se dedica la entidad, en especial, en caso de los seguros o de las empresas financieras.



## *Competencia*

La decisión de transformar la empresa normalmente le corresponde a la asamblea en sesión extraordinaria. Como se trata de una decisión de vital importancia para la vida de la entidad, se trata de una competencia exclusiva que no puede ser delegada en otro órgano interno.

Además, por la trascendencia que las transformaciones representan para la vida de la empresa, así como por su carácter excepcional, normalmente se exige un quórum y una mayoría calificados para tomar la decisión. Y, una vez aprobada, la decisión adoptada debe ser inscrita en el Registro respectivo, a partir de cuyo momento tendría efectos frente a terceros. Lógico que para los miembros tiene efecto a partir del momento de su aprobación.

En el caso de los grupos empresariales, la decisión final debe quedar en manos de los miembros de cada una de las empresas participantes -en asambleas respectivas- aunque podría ser -y lo normal es que lo sea- a instancias de la cabeza del grupo.

Algunos consideran que cuando la transformación es impuesta por la autoridad pública podría ser acordada por el órgano directivo, siempre que se trate solamente de confirmar lo dispuesto por la autoridad pública (Figone, 1999).

Sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia (4/3/1999, en: Uribe, 2003) declaró inconstitucional una disposición que obligaba a una cooperativa a transformarse en sociedad por acciones, puesto que no solamente desestimularía las formas solidarias de asociación, que merecen protección especial, sino que lesiona el núcleo esencial de la libertad de la cooperativa, dejando en manos de una autoridad administrativa la competencia para forzar que el ente creado deje ser cooperativo y se convierta en sociedad por acciones. Se vulnera y de manera ostensible el artículo 38 de la Carta toda vez que la libertad de asociación en su concepto básico resulta cercenada.

## *Efectos*

1. La transformación no afecta a la personalidad jurídica de la sociedad transformada.  
La cooperativa resultante de la transformación continúa en la titularidad de nombres comerciales, marcas, patentes y cualesquiera otros títulos y derechos de que fuera titular la sociedad transformada y que pasen, por la transformación acordada, a la cooperativa continuadora de aquella.
2. Para los socios, se les ha de respetar el derecho a mantener una participación en el capital de la cooperativa proporcional a la cuota que ostentaban en la sociedad de origen, pues la transformación no se puede utilizar como medio para despojar a los socios de su participación económica en la entidad.
3. Además, siempre que la transformación cambie con cierta intensidad la situación jurídica de los miembros, por ejemplo, aumente considerablemente sus aportaciones de capital, debe permitirse el ejercicio del derecho de receso de aquellos que no estuviesen de acuerdo con la transformación.
4. Respecto de los acreedores, se mantiene la responsabilidad personal de los socios de la sociedad transformada por las deudas de ésta anteriores a la transformación de la sociedad, salvo que aquéllos consientan expresamente la transformación (Alfonso, 2002).
5. Toda transformación que produzca la desaparición de la forma jurídica inicial, impone que el patrimonio colectivo acumulado y que ha sido objeto de beneficios tributarios, sea transferido a otras actividades o entidades del propio sector y nunca repartido entre los miembros. En ese sentido, la Comisión Europea plantea evitar la disolución prematura de las cooperativas con éxito y el pillaje de activos o la desmutualización. El fondo de reserva obligatorio deberá integrarse al capital social de la nueva entidad.

## Referencias

- Alfonso, R. (2002). La transformación de la sociedad cooperativa, *Cuadernos Mercantiles*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas
- Ezai, European Foundation for Public Policies (2006). *Bases para la reforma de la legislación cooperativa*. Position paper.
- Feliú Rey, M. y Zornosa, A. (2013). Modificaciones estructurales. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*. Valencia. Tirant lo Blanch
- Figone, A. (1999). Modifiche dell' atto costitutivo. *Cooperative, consorzi, reaggruppamenti*. Ipsoe
- Uribe-Garzón, C. (2003). *Derecho Cooperativo*, Bogotá, Fondo Nacional Universitario

## 51. REFORMA DEL ESTATUTO

Aspectos generales. Causales. Procedimiento. Valor obligatorio. Adaptación del estatuto. Cambios: de tipo, de grado (reconversión). Derogación singular del estatuto.

---

### ASPECTOS GENERALES

#### *Concepto*

Reforma del estatuto es la modificación que se efectúa en las bases organizativas internas de la cooperativa, mutual o empresa asociativa, dentro del marco que permite la ley, para adaptar su vida a las circunstancias y vicisitudes de cada momento, sin necesidad de disolverla.

La doctrina moderna considera que toda modificación estatutaria es compleja en razón de que afecta no sólo los intereses de sus asociados, sino que además afecta, o puede afectar, según los casos específicos, los diversos intereses concurrentes, llámese trabajadores, acreedores, consumidores, el Estado, etc. Una reforma estatutaria no sólo resulta de interés para quienes son asociados de la entidad sino también para los diversos grupos de interés que concurren o existen en torno a la propia entidad (Handskopf, 2000).

#### *Principios*

La modificación del estatuto se rige por el principio de atipicidad, en el sentido de que cualquier cláusula estatutaria puede ser objeto de modificación sin necesidad de que lo contemple expresamente la ley (Vicent Chuliá, en Fajardo, 1997).

En principio, habrá que estimarse que se podrán modificar todas las cláusulas del estatuto, dentro de los límites de los principios cooperativos y asociativos cumpliéndose una serie de requisitos, con los que se trata de garantizar la mayor publicidad y claridad posible en este proceso que, en definitiva, supone un cambio en el contenido del contrato social (Tobío, 1999).

En cuanto al sistema de garantías para los afectados, se considera que es innecesario respecto de los terceros por inexistencia de cualquier variación, alteración o aumento de ningún tipo de riesgo en la satisfacción de sus créditos. Y, en cuanto a los miembros, si exige el cumplimiento de algunos requisitos de información, publicidad y aprobación por una mayoría cualificada, extraordinarios a los de cualquier tipo de acuerdo ordinario (Macías, 2002).

### *Limitaciones*

Algunos sostienen que no existe limitación alguna en los contenidos de la reforma del estatuto, aunque -en ningún caso- los compromisos de los miembros pueden ser objeto de aumento sin su consentimiento, ya que el derecho limita el poder mayoritario consagrando el principio de intangibilidad de los compromisos de los asociados.

Generalmente, el legislador prohíbe a la mayoría de aumentar las cargas pecuniarias libremente asumidas por cada asociado al momento de su adhesión al pacto social (Rizzo, 1999) o de aumentar la duración del cumplimiento de las prestaciones accesorias (entrega de productos, por ejemplo) sin su consentimiento.

## CAUSALES DE REFORMA DEL ESTATUTO

### *Voluntaria*

Por acuerdo de la voluntad mayoritaria de los miembros que deciden efectuar cambios en su organización y funcionamiento para adaptar sus normas internas a las realidades o necesidades operativas actuales.

Se trata de efectuar modificaciones en los atributos de la personería, como lo son: la denominación; el domicilio legal e, incluso, la nacionalidad; la duración: prórroga, reducción, reactivación, etc. Con base en el principio de conservación de la empresa, cuando se efectúa el cambio del objeto social o del tipo de actividad, parecería lo más conveniente o necesario la elaboración de un estudio de

viabilidad sobre la capacidad de la empresa en cuanto al cumplimiento del nuevo objeto social o de la actividad socioeconómica a desempeñar.

### *Obligatoria*

Que puede ser por decisión del Estado por haberse efectuado cambios en ley o en reglamento que hagan necesario el ajuste del estatuto de la empresa solidaria a las nuevas normas; en caso de la puesta en vigencia por parte de la Autoridad pública de un modelo de estatuto de carácter obligatorio, para adoptarlo; o por el dictado de una disposición obligatoria de la Autoridad pública que encuentra alguna inconformidad del estatuto precedente con las normas jurídicas y ordena su revisión para su ajuste a ellas.

14

## PROCEDIMIENTO

La reforma de los estatutos sigue un procedimiento en dos niveles o etapas: al interior de la empresa y externo a ella.

### *Procedimiento interno*

Lo ordinario es que se haga aplicación analógica del proceso legal de constitución de la empresa en lo que fuere procedente, aunque con la particularidad de reducirse los lapsos. En todo caso, el procedimiento interno debe tomar en cuenta los pasos siguientes:

#### 1. Proyecto

Formulación de un proyecto de reforma que contemple las propuestas de modificaciones al estatuto que se consideran procedentes, junto con un informe escrito sobre su motivación, la que debe ser seria, concreta, clara y veraz sobre la conveniencia y la justificación de la modificación. El proponente de la reforma puede ser tanto el órgano directivo como el de control interno, cualquiera de sus integrantes, o un porcentaje de los miembros de la empresa.

## 2. Aprobación por parte de la asamblea

No hay mayor discrepancia sobre si puede ser la asamblea ordinaria o la extraordinaria. La reforma del estatuto constituye una competencia exclusiva del órgano deliberante por lo que tiene carácter de indelegable. Sin embargo, algunos sostienen la posibilidad de delegación del órgano deliberante al directivo o ejecutivo, de determinados artículos en los términos y circunstancias expresamente señalados (Handskopf, 2000). Se discute si es admisible por la asamblea unánime o universal. El problema es sobre la exigencia del informe justificativo que algunos lo consideran un requisito indispensable.

Tobío (1999) estima que si el informe tiene por finalidad salvaguardar el derecho de los asociados a conocer el porqué de la reforma, su exigencia no tiene base cuando al estar presente todos los asociados acuerdan celebrar la asamblea. En la convocatoria debería indicarse con debida claridad los extremos que se deban modificar, expresándose así mismo el derecho de los miembros de examinar la propuesta, la que debería estar a su disposición desde ese momento, con el fin de facilitar un examen detenido y reflexivo sobre la modificación.

En cuanto al quórum y mayorías requeridas puede ser el quórum ordinario o uno calificado, hecho este el más frecuente, pero los mismos no podrían ser modificados por el estatuto, por ejemplo, exigiendo la unanimidad. El quórum y las mayorías requeridas deberían ser reforzados (más del plazo genérico simple) para darle permanencia y estabilidad a este instrumento normativo de tanto valor organizativo.

Sin embargo, los plazos exigidos no deberían ser muy elevados, de manera de evitar la fosilización de la empresa por imposibilidad material de reunir la asamblea por exigirse una mayoría calificada de miembros.

## 3. Órgano de administración

Se ha pretendido atribuir al órgano de administración competencia para producir cambios en el estatuto que no impliquen el cambio del objeto.

Cuesta (2000) estima que el hecho de que la asamblea es la que ha

aprobado el estatuto que conforma el derecho reglamentario con el cual los asociados, al manifestar su voluntad, se obligaron a ajustar su conducta individual y de conjunto dentro de la cooperativa. Pretender otorgar al consejo de administración tan exorbitantes facultades sería burlar la voluntad asamblearia, y aceptar que unos pocos elegidos por la asamblea para conformar el órgano que lleve a cabo la administración cambien las reglas que son de cumplimiento obligatorio para todos, a quienes, en tal supuesto, no les quedaría otra salida que el retiro.

### *Procedimiento externo*

Una vez efectuadas las modificaciones al interior de la empresa solidaria, sigue una etapa de procedimiento ante las instancias externas, conformado por algunos de los pasos siguientes:

1. Podría exigirse la calificación previa  
Consiste en el examen sobre la legalidad o conformidad con la ley de la reforma efectuada a cargo de la Autoridad de aplicación, antes de procederse al registro definitivo, calificación que puede o no ser exigida por la ley.
2. Aprobación de parte de la Autoridad de aplicación  
En un plazo que generalmente es más breve que en el proceso de constitución. La decisión de la autoridad puede ser la simple aceptación; la formulación de observaciones que pueden ser subsanables; o la negativa de aceptación de las reformas planteadas, en cuyo caso deberá permitirse el derecho de oposición de la empresa a las observaciones formuladas por la autoridad.
3. Registro  
Registro del acuerdo de modificación, con el texto aprobado, en la oficina correspondiente, dentro de un plazo que debe ser breve. La doctrina estima que debe acompañarse la propuesta de modificación con el informe justificativo y el anuncio de la convocatoria.



4. Es de su naturaleza la necesaria publicidad cuando se producen determinadas modificaciones, como lo son el cambio de domicilio, de denominación, de clase de cooperativa, de responsabilidad de los socios, etc. (Fajardo, 1999).
5. Una vez aprobadas las reformas por mayoría en la asamblea, se reduce a instrumento privado inscrito en el registro respectivo, a menos que la reforma implique la transferencia de bienes mediante escritura pública, caso en el cual se registrará por dicha formalidad.

Afirma Reyes (2010) que no es necesario que los socios suscriban dicho documento ni mucho menos que se autentiquen sus firmas. Es que la manifestación de voluntad de la asamblea en el sentido de adoptar una reforma estatutaria, quedó plasmada en un acta debidamente aprobada por dicho órgano o por las personas designadas a tal fin, y firmada por quienes actuaron en la correspondiente reunión.

## VALOR OBLIGATORIO<sup>1</sup>

Un sector de la doctrina considera que el acuerdo, aun siendo válido y obligatorio desde su adopción, no produce efectos alguno hasta tanto no sea inscripto en el registro respectivo, con lo que le da el carácter constitutivo, en el sentido de ser necesario y obligatorio para que produzca efectos.

Otro sector entiende que el acuerdo válidamente adoptado despliega toda su eficacia obligacional inter-partes, y a partir de la fecha en que el acuerdo hubiera sido válidamente adoptado o tomado, si bien no podría perjudicar a terceros.

Frente a los terceros la reforma puede tener efectos bien sea desde el momento de la aprobación administrativa, del acto de registro o desde la publicación consecutiva, lo que parece ser lo más conveniente en resguardo de sus derechos e intereses. En todo caso, se da la permanencia de sus derechos si estos fueren de buena fe. Para Fernández (ídem) la inscripción opera como requisito de

---

<sup>1</sup> Fernández, 2001

oponibilidad *erga omnes* frente y respecto de terceros de los acuerdos de modificación estatutaria que aparezcan inscritos en el registro cooperativas e inoponibilidad de los no inscritos.

## ADAPTACIÓN DEL ESTATUTO<sup>2</sup>

La adaptación del estatuto es una reforma que tiene una causa o fundamento legal. Consiste en aquella operación que consiste en adecuar la regulación contenida en el estatuto de una concreta sociedad, redactados conforme a la, en su momento, vigente ley reguladora de la forma social en referencia, a las disposiciones de una nueva legislación derogatoria de la anterior.

Es pues, una obligación legal que tiene por finalidad evitar que las sociedades puedan mantener indefinidamente su funcionamiento con base en normas ineficaces por resultar contrarias a la nueva legislación. Es una modificación del estatuto de carácter forzoso, razón por la cual las leyes suelen suavizar los requisitos para la adopción del acuerdo, al tiempo que establecen sanciones de diversa índole para caso de su incumplimiento que pueden ser la disolución, la apertura del proceso liquidatorio y el cierre registral

## CAMBIOS

### *Cambio de clase<sup>3</sup>*

El cambio de la clase de empresa solidaria por otra, por ejemplo, el cambio de cooperativa de ahorro y crédito a una cooperativa multiactiva (o de servicios múltiples) se realiza a través de una reforma del estatuto. La reforma tiene por objeto la sustitución de la actividad cooperativizada a desarrollar por los socios, puesto que ésta es la que determina la clase a la que se ha de adscribir la entidad según el catálogo que tenga la ley. Se trata de una decisión de asamblea que puede ser totalmente voluntaria, o impuesta por disposición de la ley o por la Autoridad de aplicación, cuando la empresa (sin tener ese objeto previsto en el

---

<sup>2</sup> Alfonso, 2002

<sup>3</sup> Alfonso, 2002

estatuto) ha venido desarrollando actividades extrañas a su objeto social, lo que sería una vía para evitar su disolución coactiva.

Esta modificación, dada su importancia, confiere a los socios bien el derecho a separarse de la sociedad, bien el derecho a causar baja en ella, mereciendo siempre la calificación de justificada, dentro de un plazo razonable, normalmente no menor de un mes.

Ahora bien, puede ser que el socio quiera seguir siéndolo pero que al producirse el cambio de clase, no reúna los requisitos subjetivos y objetivos para poder participar en la nueva actividad cooperativizada. En esta circunstancia, el socio estaría incurso en una causa de baja obligatoria y debe abandonar la empresa. Ello podría evitarse si este socio que no puede seguir siendo socio “cooperador” pasara a asumir la condición de socio colaborador, inactivo, excedente u honorario en la nueva clase de cooperativa, lo que debería estar previsto en el estatuto. De no ser así, habría que incluir en la reforma este tema.

### *Cambio de grado (Reconversión)*

#### 1. Concepto

La reconversión es una figura por la cual se efectúa la conversión de una cooperativa de segundo grado en una de primer grado que absorbe tanto a las empresas que la integraban como a sus asociados, lo que permitiría una auténtica integración.

Para algunos, comprende igualmente, la conversión de una asociación a empresa solidaria o cooperativa: se tiene en cuenta que en la práctica, no pocas asociaciones vienen actuando como proveedoras de bienes y servicios a sus asociados pero bajo un molde jurídico con insuficientes garantías de información, democracia y participación para ellos y con insatisfactorios niveles de seguridad para los terceros (Paz, 1998).

En este caso, no hay una verdadera transformación pues no hay cambio de forma jurídico-cooperativa y emigración hacia un molde societario civil o mercantil. Lo que hay es una reconversión por desnivelación o de-

gradación, es decir, una pérdida de grado o nivel de la cooperativa secundaria que, por funcionar ésta a modo de filial común de las cooperativas miembros, también podría calificarse como desafiliación. No se trata de una transformación porque las cooperativas de base mantendrían su personalidad jurídica y su condición de socios en la cooperativa de segundo grado que, en virtud de la conversión, desciende de nivel; ni es una absorción porque las cooperativas primarias quedarían extinguidas, pasando a ser socios los nuevos socios de la cooperativa resultante (Paz, 1999).

## 2. Naturaleza

Para Díaz (2010) más bien parece que el fenómeno puede ser equiparado, en cuanto a sus efectos, a una auténtica fusión por absorción. Podríamos diferenciar entre sociedad absorbente (cooperativa de segundo grado que en virtud de la absorción descendería de nivel) y sociedades absorbidas (cooperativas de base que en virtud de la misma quedarían disueltas). De manera que podría defenderse la aplicación de las normas de la absorción también en lo que se refiere a la situación jurídica de la cooperativa suprabásica que se transforma. Se trataría de un singular supuesto de modificación estructural cooperativa que implica una conversión o transformación llevada a cabo mediante una auténtica absorción, en el sentido en que ésta es concebida en el derecho de sociedades.

En tal caso, las afiliadas que estén en desacuerdo con la conversión no se incluyen en el proceso de reconversión, y lo que cabe es definir la liquidación de su haber en la cooperativa de segundo grado (Romero, 2001).

Por el contrario, Paz (ídem) sostiene que no nos hallamos ante una fusión porque la ley configura un procedimiento híbrido que implica, simultáneamente, la transformación o conversión de la cooperativa de segundo grado en cooperativa de primer grado, sin previa disolución y sin

creación de una persona jurídica nueva. Se trata de un procedimiento formalmente único, pero materialmente compuesto.

Feliú y Zornoza (2013) consideran que el cambio de grado supone no solamente una modificación estatutaria sino una auténtica mutación estructural, esto es, una transformación.

### 3. Procedimiento

Son necesarios dos acuerdos: el de transformación o conversión en cooperativa de primer grado y simultánea absorción de las cooperativas de base, adoptado por la asamblea de la cooperativa de segundo grado, y el de absorción, competencia de la asamblea de cada cooperativa socia.

El acuerdo de absorción debería ser previo al de transformación, puesto que cada cooperativa socio tiene que formar su voluntad a favor o en contra de la posible absorción por parte de la “Entidad degradada”.

En los procedimientos de adopción del acuerdo de absorción y de transformación habrán de respetarse las normas del supuesto de fusión/absorción que pudieran aplicarse (mayoría, convocatoria).

La formalización de los acuerdos se hace mediante escritura pública y registro subsiguiente.

- La cooperativa de segundo grado no quedará disuelta ni entrará en liquidación, pero las cooperativas socio quedarán absorbidas; es decir: disueltas, aunque no sometidas a un proceso de liquidación, porque su patrimonio y socios se integran en la cooperativa ahora de primer grado.
- La participación de los socios de las antiguas cooperativa básicas en el capital de la nueva sociedad habrá de fijarse en proporción al que tenían en la entidad de grado superior.
- Las cooperativas socios, así como los socos de éstas, gozarán de un derecho de separación y al reintegro de sus aportaciones, siempre y cuando no hubieran votado a favor y a cargo de la entidad resultante. Es un derecho de separación en sentido propio,

es decir, potestativo, que exige una declaración por escrito en el plazo fijado desde la fecha de la publicación del anuncio.

## DEROGACIÓN SINGULAR DEL ESTATUTO<sup>4</sup>

### *Concepto*

Consiste en la voluntad de los asociados de inaplicar una norma estatutaria específica a un caso concreto, pero sin pretender con ello modificar definitivamente la regla estatutaria que se quiere siga valiendo en el futuro. Se trata de un supuesto especial de modificación, caracterizado por el desconocimiento o inaplicación transitoria o excepcional, pero sin cuestionarse en ningún momento la vigencia general de la norma estatutaria.

Es un acuerdo caracterizado por establecer su limitado ámbito de aplicación. Para Campins (ídem) los socios quieren –conscientemente, por tanto- violar el estatuto, por lo que dan preferencia a la regla particular o excepcional sobre la general.

Puede tratarse del cambio de las normas de composición o de funcionamiento de la entidad (por ejemplo, nombramiento de un directivo que no cumpla los requisitos); de las normas referidas a los derechos de los asociados (distribución de beneficios sin asignar reservas); o la derogación singular de normas relativas a las relaciones de los asociados con la cooperativa (remuneración de directivos).

La derogación singular es, en el fondo, una verdadera reforma estatutaria, pero que al contrario de las reformas ordinarias que tienen carácter permanente y por decisión soberana de los asociados, es una reforma que tiene carácter temporal predeterminado (determinado lapso). De ser así, al vencimiento del término establecido en el acuerdo, el estatuto ordinario volvería a tener plena vigencia, incluso, sin necesidad de procederse a una nueva reforma.

---

<sup>4</sup> Campins, 2001

Los asociados pueden modificar singularmente el estatuto siempre que cumplan los requisitos formales para las modificaciones. Sin embargo, no pareciera que fuese necesario que se cumplan dichas formas si el acuerdo es adoptado en junta universal o unánime de asociados. Además, deben asegurarse el cumplimiento de las formalidades complementarias, en particular, la inscripción de estos acuerdos en el registro.

## Referencias

- Alfonso, R. (2002). La transformación de la sociedad cooperativa, *Cuadernos Mercantiles*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas
- Campins, A. (2001). Derogación singular de los estatutos sociales. *Revista de Derecho Mercantil N. 242*. Madrid
- Cuesta, E, (2000). *Manual de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires. Abaco
- Díaz-Viguri, N. (2010). La integración cooperativa. La cooperativa de segundo grado y los grupos cooperativos. *Derecho de sociedades cooperativas de la Región de Murcia*, Pamplona, Aranzadi
- Fajardo, G. (1997). *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*. Valencia. Tecnos
- Fajardo, G. (1999). La Reforma de la legislación cooperativa estatal. *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, Nº 10*. Valencia. Ciriec
- Feliú Rey, M. y Zornosa, A. (2013). Modificaciones estructurales. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*. Valencia. Tirant lo Blanch
- Fernández, J. (2001). La modificación de los estatutos sociales en la nueva ley General de cooperativas 27/1999. *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999*. Madrid. Colegios Notariales de España
- Handskopf, O. (2000). *Temas Societarios. Derecho Comercial*. Tomo III. Lima. Universidad de Lima
- Macías, A. (2002). Consideraciones críticas sobre la fusión, escisión y transformaciones en la ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas. *Revista de Estudios Cooperativos*, 78, Madrid. Aecoop

- Paz Canalejo, N. (1998). La próxima legislación cooperativa madrileña. *La legislación cooperativa en España*. Valencia. Ciriec
- Paz Canalejo, N. (1999). Ante la nueva Ley estatal de Cooperativas: algunos puntos críticos. *Anuario de Estudios Cooperativos 1998*. Bilbao. Universidad de Deusto
- Reyes, F. (2010). SAS. *La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá, Legis
- Rizzo, F. (1999). Le principe d'intangibilité des engagements des associés. *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, N. 1. Paris. Dalloz
- Romero, P. (2001). De las cooperativas de segundo grado, grupo cooperativo y otras formas de colaboración económica. *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio* Madrid. Colegios Notariales de España
- Tobío, (1999). A modificación dos estatutos sociais. *Estudios sobre a lei de Cooperativas de Galicia*. Xunta de Galicia. Santiago de Compostela



## 52. CONVERSION DE FORMA JURÍDICA

Aspectos generales. Conversión a otra naturaleza. De otra naturaleza al sector. Entre entes de naturaleza similar. Reconversión. Formas indirectas

---

### ASPECTOS GENERALES

#### *Concepto*

La conversión (transformación propiamente dicha) es la operación por la que una sociedad abandona su actual forma y adopta otro tipo societario con mantenimiento de su existencia e identidad subjetiva (Botana, 1999). Es una operación jurídica consistente en el cambio de la forma de la sociedad sin que pierda su existencia jurídica, por tanto, no es necesario liquidar la sociedad y constituir otra de naturaleza distinta para que la forma societaria se modifique (Alonso, 2000).

Como señala Fajardo (2012) la transformación es un tipo de modificación estructural por la que una entidad con personalidad jurídica, cambia su tipología y estatuto jurídico, conservando su personalidad y sin que se produzca sucesión en las relaciones jurídicas establecidas.

Las razones por las que una entidad decide transformarse pueden ser diversas, desde la necesidad a la oportunidad; en cualquier caso, el objetivo es adaptar la estructura jurídica para permitir dar continuidad a la empresa.

La conversión es producto de una decisión libremente acordada por los miembros. Sin embargo, observa el mismo autor que se pueden dar supuestos de transformación por imperativo legal, la denominada transformación obligatoria o no estrictamente voluntaria, en caso de descalificación administrativa de la empresa, de la disolución, o de la transformación, con lo que, sin ser obligatoria, se plantea como única posibilidad de no disolución.

## *Principios*

Según Macías (2002) la conversión está presidida por dos principios básicos: el de continuidad de la personalidad jurídica y el mantenimiento de la participación de los socios en el capital social.

Sánchez (2002, en Ferrando, 2013) añade la necesaria constancia en la escritura de transformación de las menciones exigibles para la constitución de la sociedad cuya forma se adopte y, en su caso, para el cambio en la sociedad afectada; y la tutela de los acreedores que pudieran verse perjudicados por un cambio en el sistema de responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

## *Objeto*

Observa Nieto (en Nagore, 2001) que quienes constituyen una entidad tienen libertad para optar por una u otra forma jurídica, pero cabe que una vez fundada la forma social elegida no se acomode a las necesidades de los asociados o a las exigencias de la ley. Para conseguir esta acomodación procedería la liquidación del ente, pasando a constituir posteriormente otro con la nueva forma elegida. Pero este proceso sería largo, costoso y posiblemente perjudicial para la marcha de la empresa, de aquí que se acuda a una fórmula adecuada para proceder a ese cambio de forma societaria, cual es la conversión.

Algunas legislaciones prohíben a las cooperativas y a las mutuales transformarse en sociedades comerciales. Solamente pueden modificar su objeto social, pero sin abandonar su tipo jurídico asociativo, lo que para el autor parece lo más adecuado a las exigencias doctrinarias de estas entidades.

## *Naturaleza (criterios)*

1. La conversión implica el cambio de forma o de tipo legal, sin disolución, por lo que permanece la personalidad jurídica y la subsiguiente modificación del acto constitutivo, existiendo continuidad de la empresa.
2. Para algunos, la conversión no es más que una reforma estatutaria por la cual los miembros deciden el cambio de tipo legal adoptado al momento de

la constitución. Sin embargo, la conversión produce una mutación en la forma o tipo societario o asociativo: hay un cambio en la relación causal originaria del contrato y, en consecuencia, de su régimen jurídico.

### *Tipos*

1. Homogénea, esto es, entre entidades jurídicas de naturaleza similar
2. Heterogénea: entre entidades de diferente naturaleza

### *Requisitos*

1. Lo primero es que exista norma expresa que la permita ya que comoquiera que pueden modificarse muchos aspectos patrimoniales, sin disposiciones que concretamente lo establezcan no puede imponerse a los acreedores un cambio en el sujeto pasivo de las relaciones jurídicas.

Sin embargo, como se trata de normas de derecho privado, la exigencia sería que no esté expresamente prohibida por la ley.

2. Que la entidad primigenia esté regularmente constituida.
3. Que no se encuentre disuelta ni en estado de liquidación.

Sin embargo, Gómez-Porrúa (2011) estima que es posible la transformación de una sociedad en liquidación en un tipo social distinto. Transformación que, por sí misma, podría ser utilizada precisamente como vía de remoción de la causa que motivó la disolución de la sociedad. De hecho, la sociedad puede buscar lícitamente mediante su transformación someter su liquidación a otro régimen legal que pueda resultar más permisivo o más favorable para el interés social, así la liquidación haya sido declarada por resolución judicial.

4. Que el nuevo tipo escogido corresponda a algunos de los supuestos previstos y se cumplan los requisitos exigidos por la ley para la especie escogida.
5. Que el acuerdo cumpla con las condiciones de eficacia previstas en la ley y el estatuto (Supersolidaria, 2003).

6. Algunos plantean que las transformaciones sólo se podrán hacer por entidades sometidas a la misma legislación puesto que se trata de una reforma estatutaria.
7. Henry (2013) estima que únicamente aquellas cooperativas que tienen un fondo de reserva legal divisible pueden convertirse en otra forma de empresa, dentro de los límites fijados por las disposiciones relativas a la nueva organización. En el caso en que el fondo de reserva legal sea indivisible, los asociados tienen la posibilidad de disolver su cooperativa y constituir una nueva organización. No obstante, el fondo de reserva no formará parte del capital de la nueva organización.

Ahora bien, cuando la ley permita la transformación de cooperativas que cuenten con un fondo de reserva indivisible, éste debe ser declarado divisible por la asamblea general en el mismo momento de decidir la transformación.

Añade Henry (ídem) que en la medida que los excedentes transferidos al fondo de reserva no hayan estado gravados pueden presentarse problemas bastante complicados en materia impositiva. Por otro lado, la legitimidad de una decisión de este tipo puede ser cuestionable, dado que el fondo de reserva indivisible pudo no haber sido acumulado por aquellos que deciden sobre su divisibilidad.

## CONVERSIÓN DEL SECTOR SOLIDARIO EN OTRA NATURALEZA (DIRECTA O HETEROGÉNEA)

### *Naturaleza*

Señala Fajardo (2012) que la conversión de entidad solidaria a entidad comercial no puede calificarse como un mero cambio de vestidura jurídica pues afecta a la causa misma del contrato societario. Son entidades con causas distintas: fin lucrativo *versus* fin mutualista. Precisamente esta diferenciación en los fines es la razón que justifica la prohibición en la legislación portuguesa, de la transformación de la cooperativa en sociedad comercial y viceversa.

Por ello, en estos casos, se dice que la transformación no puede ser vista como la posibilidad de buscar el mismo propósito o fin con tipos distintos, sino como la posibilidad de *alterar el fin* y, correlativamente el tipo, sin someterse a la regla de la unanimidad o sin disolución y posterior constitución de ente distinto.

El reconocimiento de la posibilidad de transformación entre entidades diferentes no sólo por la forma sino también por sus fines, lleva a reconsiderar la idoneidad del término «transformación», para definir estos procesos; que obedecerían más bien a una «transubstanciación». Sin embargo, debe tenerse en cuenta también que cuando se plantea una transformación heterogénea, muy probablemente, los socios de la entidad a transformar lo que persiguen es adoptar un tipo societario más adecuado a sus fines.

Se discute si una empresa solidaria puede convertirse en otra forma jurídica de diferente naturaleza, por ejemplo, una mutual en sociedad mercantil.

#### *Prohibición (argumentos)*

1. Está prohibida para evitar la pérdida de identidad o de la finalidad que persigue la entidad.

Se argumenta que con el contrato constitutivo de una cooperativa los asociados persiguen un fin mutualístico, que es en esencia diferente del constituido por la distribución de dividendos proporcionales a la participación en el capital (lucro subjetivo).

De manera que la sustracción de este último fin de aquel fin mutualístico no daría lugar a una mera modificación del tipo organizativo de la empresa social, sino a una verdadera y propia sustitución de un contrato por otro, que tiene una diferente función económico-social (Ceccherini, 1999).

2. Las cooperativas sólo pueden ampliar su objeto; nunca transformar su naturaleza sin fenecer, o sea, entrar en liquidación.

Los miembros que la integraron pueden constituir una sociedad; pero esta nueva entidad nada tendrá que ver con la cooperativa liquidada, aunque realice operaciones similares.

3. No procede en razón de preservar lo que Canaveira (2008) llama “patrimonio cooperativo” que nunca podría ser apropiado individualmente, debiendo mantener su carácter social y cooperativo, incluso cuando una cooperativa desaparece, y que por efecto de una conversión se daría a los miembros el poder pasar el patrimonio cooperativo hacia fuera del régimen cooperativo. Así, la forma cooperativa y su patrimonio deben ser respetados y no pueden depender de intereses más o menos claros de cooperadores menos informados o de terceros menos conscientes.
4. Atento a la naturaleza institucional y a la sustancia de los fines del cooperativismo, no hay posibilidad conceptual de pretender una continuidad jurídica cambiando de “forma”, o sea, “transformando” la cooperativa. Cuando la cooperativa deja de serlo para adoptar otra “forma”, simplemente ha fenecido, dejó de existir como ente jurídico, sin que sea posible su renacimiento bajo otra “forma”. El sistema de organización no es cuestión formal sino de sustancia, la que no es susceptible de cambiar de forma pues de hacerlo, sería una sustancia totalmente distinta (Verón, 2009). En este sentido, la Casación Italiana (10-04-1964) ha declarado la nulidad de la deliberación de la asamblea que acordó la conversión de una cooperativa en sociedad lucrativa, pero consideró que ello no perjudica los efectos de los actos cumplidos en nombre de la sociedad transformada, cambiando la organización en ejercicio en organización en liquidación (en Figone, 1999).
5. El interés tutelado con la prohibición de conversión es el disfrute de incentivos y beneficios indebidos. En el fondo, la prohibición tiene que ver esencialmente con el temor que la empresa lleve fuera del sector solidario las ayudas recibidas del Estado, tanto en materia de beneficios tributarios como preferencias y ayudas crediticias.
6. Dice Alonso (2000) que cuando esté prohibida esta operación, Borjabad mantuvo que de querer realizarse esta operación, la vía era, o bien la de constituir el tipo societario deseado con los asociados que quieran seguir, y que esta nueva sociedad adquiriera la cooperativa que se disolverá y

liquidará, o bien, disolver y liquidar la cooperativa, y con el haber social correspondiente a los asociados que deseen continuar en la nueva forma societaria, después constituirlo.

En esta vía, la Ley marco de las cooperativas de América Latina (en: Cracogna, 2009) la prohibición de que las cooperativas se transformen en entidades de otra naturaleza jurídica contribuye a reforzar la naturaleza propia de aquéllas evitando una metamorfosis que puede conducir a violentar su peculiar personalidad y a apropiarse de las reservas acumuladas por sucesivas generaciones de socios.

7. La legislación de Paraguay considera como actos de simulación el hecho de que una cooperativa se disuelva para transferir su patrimonio a otra sociedad, y declarar nulos los actos que encubran esta maniobra (Maidana, 2010).

### *Aceptación*

1. Los partidarios de esta solución afirman que, dado que la forma solidaria es voluntaria, si ella llegase a devenir jurídicamente demasiado restrictiva estaría obligada a transformarse en la forma jurídica que mejor se adapte a sus necesidades, de manera de garantizar la continuidad de la empresa, aún con el sacrificio de la pérdida de la forma original.  
Así, señala Nagore (2013) los socios que conformaron la voluntad de constituirse en cooperativa, son los que sin interferencias externas deberán decidir cuando esta fórmula ya no les resulta la más conveniente.  
Podríamos decir, que la voluntad de los socios otorga a la cooperativa una «aplicación» del principio de puerta abierta. Permite a esta dejar de serlo cuando sus socios así lo consideren, sin tener que disolverla y liquidarla y evitando un caro y más complicado proceso. Es el reconocimiento de que la fórmula jurídica es sólo eso: una fórmula de la que se puede entrar y salir libremente.
2. En caso de una cooperativa que se convirtiese a una forma jurídica no cooperativa podría mantener muchas de sus especificidades adaptando

apropiadas reglas internas. En tal virtud, es un hecho que muchas cooperativas han sido innovadoras en encontrar particulares soluciones, por ejemplo, imputando parte de su actividad a sociedades de capitales controladas entera o parcialmente, o creado adecuados instrumentos financieros como los fondos de inversión conjuntos (Commissione, 2002).

### *Requisitos*

En los casos en que se acepta la conversión hacia fuera del sector:

1. Puede ser que no se requiera del cumplimiento de ningún requisito, lo que causa verdadera preocupación en el mundo cooperativo. La legislación vasca ha posibilitado la transformación pero con la cautela de ver homologada su pretensión por el Consejo Superior de Cooperativas. Se admite la transformación bajo un procedimiento de fiscalización, tendente todo ello a evitar la vulneración de los preceptos legales referidos al patrimonio de la cooperativa (Merino, 1999).
2. Ciertas leyes condicionan la conversión a la posibilidad del cumplimiento de la normativa que les resulte aplicable a las sociedades que se transformen en cooperativas (Botana, 1999). Más de la mitad de los estados miembros de la Unión Europea prevén la posibilidad para las cooperativas de abandonar su estatus para convertirse en sociedad de lucro sin perder, sin embargo, su estatus de asociaciones de personas.
3. La conversión extra sector debe sujetarse a la constatación de necesidades empresariales, organizativas, económicas o análogas que exijan soluciones societarias inviables en el sistema jurídico del sector solidario.
4. También, como en el caso de la ley vasca de cooperativas requiere de homologación externa (del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi) que compruebe que realmente concurren causas de necesidad empresariales que conlleven soluciones societarias inviables en el sistema jurídico cooperativo, cuando la cooperativa se encuentre, entre otras, en cualquiera de las siguientes:



- La necesidad acreditada de financiación ajena en la cooperativa que conlleve el control de la sociedad en función de capitales. Podría ser el caso de una cooperativa que para sobrevivir necesitara, como condición *sine qua non*, de las aportaciones o prestaciones de un socio exterior que no está dispuesto a hacerlas en condición de socio colaborador o, ni siquiera, como socio titular de partes sociales con voto, previa configuración o conversión de la cooperativa en una cooperativa mixta (Salaberria, en Merino, 2001).
- Los procesos de internacionalización debidamente acreditados que conlleven un intercambio accionarial bajo fórmulas mercantiles.

En el caso de la Ley de cooperativas de Uruguay de 2009, la permite cuando a criterio de los órganos públicos de control y promoción, "... las circunstancias económicas y financieras de la cooperativa de la que se trate indiquen que constituye la única alternativa viable para mantener la continuidad de la unidad productiva y los puestos de trabajo" (Rippe, 2009).

5. En Francia, la conversión se permite solo en forma excepcional, cuando sea indispensable para garantizar la sobrevivencia de la empresa o para permitir su desarrollo. En el procedimiento participan los órganos superiores de la cooperación.

Se requiere que haya una seria crisis en la actividad de la empresa, basada en dificultades económicas o de cambios tecnológicos y no estar basada en la mera voluntad de los asociados o en razón de su comodidad o de sus intereses personales. Además, la valoración debe apoyarse sobre un análisis de la evolución de la entidad y de su ambiente, en particular, el económico (Lengo, 2001).

6. Requiere de la realización de un particular estudio de la situación económica de la cooperativa para garantizar el valor nominal de las dotaciones a los fondos irrepartibles.
7. Si es de una cooperativa a una empresa de naturaleza lucrativa generalmente se exige la devolución a fines mutualísticos de la totalidad del patrimonio social, aunque ello perjudica, indudablemente, la validez

económica de la operación de transformación. En Italia se entiende que la devolución debe ser del patrimonio efectivo, y por tal se entiende, el valor real del patrimonio social, comprendiendo incluso el plusvalor de las deudas respecto del valor contable inscrito en el balance (Genco, 2002).

8. Expresa Alfonso (2002) que sólo si el sistema jurídico cooperativo deviene incapaz de articular soluciones o de atender las necesidades empresariales de las sociedades que regula, permite la ley española de cooperativas la transformación de una cooperativa, lo que resta credibilidad al propio sistema, que permite la salida de sus sociedades en busca de soluciones viables al amparo de otras formas sociales.

Sin embargo, señala que el Tribunal Supremo de España admite la transformación de cooperativa en sociedad mercantil por considerar que no existe ninguna razón sólida para entender que la ausencia de normativa específica venga a significar el rechazo de esa posibilidad. Sólo si la legislación prohibiera de manera explícita la transformación heterogénea de una cooperativa habríamos de atenernos a dicha prohibición.

Esta tendencia de la jurisprudencia vendría a contrariar el principio de *tipicidad normativa* que, en opinión de la doctrina, es inherente a las modificaciones estructurales y, en particular, a la transformación, y que exigiría una expresa autorización legal para tales operaciones.

9. Un caso particular sería el de la transformación de una cooperativa de trabajo en *sociedad anónima cooperativizada*. En este caso, las participaciones accionariales de la nueva sociedad se redistribuyen en dos grupos: un grupo mayoritario que es el integrado por los aportantes de trabajo; en el segundo grupo, se hallan los accionistas con carácter minoritario, o si su dispersión lo permite, propietarios de la mayor parte de la masa accionarial.

Este mecanismo se basa en la adquisición y administración del accionariado por parte de los trabajadores, mediante una sociedad diferenciada: los empleados no participan individualmente en la gestión de

sus participaciones, sino que lo hacen de forma colectiva, a través de una sociedad con organización interna independiente (Del Burgo, 2002).

### *Procedimiento*

1. La aprobación por la asamblea del acuerdo con base en un proyecto de conversión, sustentado contablemente en un balance de situación, y un proyecto de estatuto que regulen la forma social que se pretenda adoptar.
2. La necesaria publicidad que ponga en conocimiento de los acreedores la conversión en curso y les permita oponerse si no se les garantizan sus créditos, salvo que el acuerdo se adopte en junta universal.

### *Efectos*

1. Se produce la pérdida del poder de control por parte de la autoridad que lo venía ejerciendo, así como de los derechos y beneficios fiscales, crediticios y sociales.
2. Hay continuación en las obligaciones anteriormente contraídas con terceros y preservación del patrimonio social.
3. Se otorga derecho de receso a todos los miembros, o sólo a los disidentes. Y debe procederse al reembolso de sus aportes y pago de intereses de inmediato, o en plazo estipulado por ley o estatuto.
4. La participación de los miembros de la empresa convertida en el capital de la nueva entidad, debería ser proporcional al que tenían en aquella (Nagore, 2001).
5. Los fondos y reservas se consideran irrepartibles y su destino final a fines de interés social o promoción –educación cooperativa. Se podría criticar que no tiene en cuenta las consecuencias que esta pérdida patrimonial podría tener sobre la viabilidad económica de la sociedad emergente (Alonso, 2000). Sin embargo, lo que hay que evitar es que por esta vía los miembros subsistentes puedan beneficiarse de los fondos colectivos acumulados.
6. Por otra parte, ningún asociado –salvo que así lo aceptase- podría perder su condición de tal por el hecho de la conversión.

7. Además, la transformación supone la sustitución de su régimen de gobierno por el sistema de administración de la sociedad cuya forma social se adopte, por lo que deberá producirse el cese de los directivos y su sustitución por las personas que ocuparán los nuevos cargos (Lora-Tamayo, 2001). Y ello aun en el período transitorio entre la aprobación del acuerdo por la asamblea y la publicación.

## CONVERSIÓN DE OTRA NATURALEZA AL SECTOR (INVERSA)

36

### *Concepto*

La ley debe posibilitar la eventual transformación a cooperativas de sociedades civiles o mercantiles que desearan incorporarse al sistema cooperativo, sobre todo la necesidad de replantear la propia titularidad y metodología de las relaciones laborales para reflotar empresas en crisis (Paz Canalejo, 1987) y sobre todo, como solución a la continuación de la empresa.

Ello, porque como observa Paniagua (2005) se ofrece a las asociaciones cuando provean de bienes o servicios a sus asociados, de una opción económicamente más sólida y jurídicamente más perfilada y en reconocimiento de la existencia de asociaciones y sociedades que *de facto* funcionan como cooperativas.

Torres-Morales (2014) advierte que la asociación civil no resulta ser la figura jurídica idónea para promover la asociatividad de las medianas y pequeñas empresas, ya que: no en una forma jurídica diseñada para realizar actividad empresarial, y no permite que los integrantes participen directa ni indirectamente de los resultados que pudiera generar la actuación de la asociación civil y, si lo hacen, terminan siendo considerados como una “distribución” del patrimonio con efectos tributarios.

El autor propone una norma que promueva un mayor número de transformaciones de asociaciones civiles a cooperativas mediante incentivos muy concretos, les dé seguridad jurídica, y por sobre todo, que permita que el patrimonio neto de la

asociación, sea utilizado por los socios para formar la cuenta “capital social” en la cooperativa.

### *Vías de transformación*

1. El mecanismo de transformación más común puede ser por la vía de la fusión por incorporación de una sociedad lucrativa a una cooperativa, o por la vía de la escisión de una sociedad lucrativa con incorporación a una entidad cooperativa.
2. Pero, también, mediante la conversión de una entidad no cooperativa en cooperativa, siempre que se cumpla la ley que las regula, y si los miembros pueden devenir cooperadores en relación con el objeto social de la entidad resultante de la transformación (que tengan la posibilidad de ser miembro de la cooperativa, o de realizar actos cooperativos con ella).

Este procedimiento es más sencillo porque sólo requiere del acuerdo de los socios en asamblea de la entidad a transformarse, y no, de la voluntad adicional de la cooperativa incorporante.

### *Requisitos formales*

1. Aprobarse en asamblea, dar una adecuada información a los socios, publicidad y mención expresa de querer convertir la sociedad en cooperativa.
2. Efectuar una reforma del estatuto de la sociedad en conversión para adecuar su objeto, domicilio, capital social, estructura organizativa y funcionamiento social a los requerimientos de una cooperativa, aunque se da la continuación de la personería jurídica, y se garanticen los derechos de terceros.
3. Levantar balance actualizado de la sociedad transformada y relación de socios que se integran en el capital social de la cooperativa y su participación en el capital social de la misma.

## *Procedimiento*

Deberían seguirse, al menos, los siguientes pasos:

1. Asamblea que acuerde la disolución cumpliéndose los requisitos del proceso de formación de la voluntad social.
2. Designación del comité promotor encargado de la elaboración del proyecto de conversión, que debe contemplar -al menos- de un plan de viabilidad de la empresa.
3. Inscripción en el Registro de cooperativas del acta de asamblea de la sociedad mercantil que acuerda la transformación que deviene en la escritura pública de transformación, inscripción que tiene carácter constitutivo de la cooperativa. Igualmente, inscripción del acta en el registro mercantil de la sociedad transformada.
4. Publicidad que haga del conocimiento de los acreedores la conversión en curso, y les permita oponerse a la misma.

## *Efectos*

1. Se mantiene la personalidad jurídica de la entidad transformada.
2. En relación con el patrimonio:
  - Como el patrimonio de la sociedad mercantil es totalmente repartible, se asigna a cada socio las cuotas de capital social teniendo en cuenta todos sus elementos, y se asigna a cada socio una participación en la cooperativa teniendo en cuenta la que tenía en la sociedad que se transforma (Ferrando, 2013). Sin embargo, ello está sujeto al límite del capital social que la ley le permite tener a cada asociado en la cooperativa.
  - Macías (2002) opina que habría que fijar una aportación obligatoria mínima para que comprendiera la participación de todos los socios de la sociedad transformada y el resto de inversión en el capital de los socios se incorporaría como aportación voluntaria. Pero el *status quo* que mantenía el socio en la sociedad en base a su inversión, lo pierde

ejerciendo sus derechos como asociado por la sola cualidad personal y la actividad cooperativizada que desarrolle.

### 3. Respecto de la responsabilidad

La transformación no libera a los socios de su responsabilidad por las deudas contraídas con anterioridad al acuerdo, salvo consentimiento expreso a la transformación de los acreedores. En el ordenamiento italiano se prevé el derecho de oposición de los acreedores, que podrán ejercitar durante un período de sesenta días desde el último de los anuncios del acuerdo de transformación. Al final de dicho plazo será eficaz la transformación, a no ser que los acreedores la hubieren consentido o conste el pago a los acreedores que no la hubieren consentido (Ferrando, 2014).

### 4. Los socios que no quieran participar en la cooperativa deben tener derecho de receso, debiendo quedar documentado el reintegro de sus aportes.

## CONVERSIÓN ENTRE ENTES DE NATURALEZA SIMILAR (ENDÓGENA)

### *Fundamento*

Es aceptada la factibilidad de la conversión de empresas siempre que sean de naturaleza similar; de una clase de cooperativa en otra clase, o de cooperativa a mutual, por ejemplo; por la existencia de una afinidad de la función social que cumplen las mismas; por la variabilidad del capital de ambas y por la ausencia de ánimo de lucro.

Sin embargo, hay una opinión que entiende en forma sumamente estricta la naturaleza similar. En tal sentido, se opinó que no era viable la transformación de una cooperativa de trabajo asociado en administración pública cooperativa ya que la naturaleza jurídica de la entidad que se adoptó es diferente a la que se tenía, pues si bien ambas son organizaciones de la economía solidaria su naturaleza y las normas que las rigen son diferentes. Y considera que debió la cooperativa de

trabajo disolverse y liquidarse y posteriormente constituir la Administración Pública Cooperativa (Supersolidaria, 2003).

### *Causas*

Son causales de conversión endógena, entre otras, el aumento del número máximo o la reducción del mínimo de miembros que impida continuar con la forma jurídica original; el cambio de objeto o de tipo específico de actividad que obligue al cambio de forma; por exigencia de la ley; o por la necesaria adecuación a una legislación particular.

### *Procedimiento*

Es bastante sencillo. Bastaría la reforma de las normas internas, la cancelación de la inscripción administrativa anterior y la inscripción en el registro correspondiente.

## FORMAS INDIRECTAS

Otras formas indirectas de variar el modelo empresarial cuando no sea posible transformar la empresa solidaria son, según Nagore (2001):

1. Se comienzan por disolver y liquidar la cooperativa y con parte del patrimonio de los asociados que quieran continuar con el nuevo modelo societario (siempre y cuando éste fuera suficiente) constituir una entidad de otra forma jurídica.
2. Cambiar el objeto social de la cooperativa y convertirla en una de consumidores y usuarios, con una sección de crédito que procura bienes y servicios para el consumo o uso de sus asociados.
3. Creando una nueva sociedad que realice todas las actividades extra cooperativas y con terceros, y dejando la cooperativa para las restantes operaciones.



## Referencias

- Alfonso, R. (2002). La transformación de la sociedad cooperativa, *Cuadernos Mercantiles*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas
- Alfonso, R. (2013). Transformaciones. *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I. Valencia. Tirant lo Blanch
- Alonso, E. (2000). La fusión, la escisión, la transformación y la extinción de la cooperativa. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 34. Bilbao. Universidad de Deusto
- Botana, M. (1999). As modificacions estruturais da sociedade. *Estudio sobre a lei de cooperativas de Galicia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galicia,
- Ceccherini, A. (1999). Le societa cooperative. *Tratado di Diritto Privado*, volume XVIII. Turín. Giappichelli
- Commissione Europea (2002). Le cooperative nell' impresa europea. *Revista della Cooperazione*, 2/2002. Istituto Italiano di studi cooperativi Luigi Luzzatti. Roma.
- Cracogna, D. (2009). Nueva versión de la ley marco para las cooperativas de América Latina, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* 20. Valencia, Ciriéc-España
- Del Burgo, D. (2002). La desnaturalización de las cooperativas. *Boletín de la asociación internacional de Derecho Cooperativo*. Bilbao. Universidad de Deusto/Ezai, European Foundation for Public Policies (2006). *Bases para la reforma de la legislación cooperativa*. Position paper.
- Fajardo, G. (2012). Aspectos de la transformación de las cooperativas de crédito tras la ley de modificaciones estructurales e 2009. *Deusto Estudios Cooperativos* 1. Bilbao, Universidad de Deusto
- Ferrando, M. (2013). La transformación de sociedades mercantiles en sociedades cooperativas: una opción para la conservación de la empresa en tiempos de crisis. *Economía Social y Derecho. Problemas Jurídicos Actuales de las Empresas de Economía Social*. Mercatura 48. Granada, Comares
- Figone, A. (1999). Modifiche dell' atto costitutivo. *Cooperative, consorzi, reaggruppamenti*. Ipsoe

- Genco, R. (2002). Mutualita interna ed esterne nella legge delega. *Rivista della cooperazione* 1/2002. Roma. Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti
- Gómez-Porrúa, J. (2011b). Transformación de sociedades laborales. *Estudio sobre las implicaciones laborales, mercantiles y fiscales de la modificación estructural de la sociedad laboral*. Madrid, Marcial Pons
- Henry, H. (2013). *Orientaciones para le legislación cooperativa*. Ginebra, OIT
- Lengo, M. (2001). La trasformazione delle cooperative in societa di capitali nell' esperienza francese: una prospettiva anche italiana?. *Revista della cooperazione*
- Lora-Tamayo, I. (2001). Sección 3. De la Transformación. *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*. Madrid. Colegios Notariales de España
- Macías, A. (2002). Consideraciones críticas sobre la fusión, escisión y transformaciones en la ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas. *Revista de Estudios Cooperativos*, 78, Madrid. Aecoop
- Maidana, O. (2010). *Régimen legal de las cooperativas comentado*. Asunción, Servilibro
- Merino, S. (1999). Administración Pública y Sociedades Cooperativas: el caso vasco. *Estudios sobre economía social y derecho cooperativo*. Madrid. Marcial Pons
- Nagore, I. (2001). *La transformación de la sociedad cooperativa en sociedad de responsabilidad limitada*. Madrid. Dykinson.
- Nagore, I. (2013). La transformación de una cooperativa, bajo la ley estatal o vasca, en sociedad limitada o anónima. *Deusto Estudios Cooperativos*, 2. Bilbao, Universidad de Deusto
- Paz Canalejo, N. (1987). Viejos problemas y nuevos desafíos ante la reforma de la legislación cooperativa en España. *Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*. Rosario. Idelcoop-Intercoop
- Rippe, S. (2009). Innovaciones introducidas en la legislación cooperativa de la República Oriental del Uruguay por la nueva Ley General de Cooperativas.

*Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo 43*. Bilbao.

Universidad de Deusto

Superintendencia de Economía Solidaria (2003). *Cambio de denominación social de cooperativa de trabajo asociado a Administradora Pública Cooperativa*.

Bogotá. Supersolidaria

Torres-Morales, C. (2014). Transformación de asociación civil a cooperativa. La asociatividad cambia de ropaje. *Congreso Continental de Derecho Cooperativo, Guarujá, Brasil, 2013*. Buenos Aires, Intercoop

Uribe-Garzón, C. (2003). *Derecho Cooperativo*, Bogotá, Fondo Nacional Universitario

## 53. FUSION

Aspectos generales. La fusión en la economía social y solidaria. Tipos de fusión. Procedimiento. Oposición de los acreedores. Efectos de la fusión

---

### ASPECTOS GENERALES

#### *Concepto*

La fusión consiste en la unión o unificación de dos o más empresas para formar una empresa mayor, proceso en que las entidades que desaparecen por ese hecho se disuelven pero no son liquidadas.

La fusión se sitúa dentro de los fenómenos de integración cuyo objeto es fortalecer la empresa. La función económica de la fusión es unificar patrimonios separados, formando masas patrimoniales de mayor dimensión, mediante la vía del crecimiento externo y extraordinario, con el que se consigan sinergias, lo cual se logra por la consolidación de la posición en el mercado de la sociedad resultante; que se complementen sus recursos y capacidades, por la diversificación de sus productos o servicios; poder cumplir mejor las finalidades a las que se vinculan los patrimonios de las sociedades que se fusionan; facilitar el acceso a recursos financieros en mejores condiciones; permitir alcanzar economías de escala; y mejorar la gestión de la cooperativa. A pesar de todo, la fusión ha tenido una escasa utilización en el ámbito de las cooperativas hasta tiempos relativamente recientes (Cano, 2015).

#### *Naturaleza<sup>5</sup>*

Acerca de la naturaleza jurídica de la fusión existen las siguientes tesis:

1. La fusión es un acto de naturaleza corporativa de los socios de las cooperativas involucradas que permiten que la sociedad a la que pertenecen se disuelva y aporte su patrimonio a otra sociedad, pudiendo

---

<sup>5</sup> García-Sanz, 2001

asumir este traspaso de bienes patrimoniales la forma de pacto o convenio entre las sociedades que se fusionan, pero las relaciones internas de cada sociedad no pueden calificarse de compraventa, permuta o sesión ordinaria.

2. Según Cheminade (1970) la fusión es una transformación que se produce a causa de la concentración de empresas. La sociedad conserva todos sus elementos esenciales, aunque pierda su personalidad jurídica. La fusión forma un todo, de forma tal que es toda la sociedad, o parte de ella, la que se une a la sociedad resultante para continuar su actividad bajo una nueva forma.
3. Para Duque (1988) la fusión es ante todo una modificación del estatuto ya que produce como efecto que la sociedad resultante asuma por sucesión universal los derechos y obligaciones de las sociedades que se disuelven. Es similar a la sucesión *mortis causa* de la sociedad resultante en los derechos de la sociedad disuelta, o bien por una sucesión por actos *inter vivos* que tienen su fundamento en el acto del contrato de fusión.
4. Y según la tesis contractualista, la fusión es considerada como un contrato de sociedad en el que existen dos proyectos: uno técnico-económico y otro jurídico. El primero hace referencia a la viabilidad empresarial de la fusión y el segundo a los aspectos formales, desde el punto de vista legal. Sánchez (1993) entiende que la fusión es un contrato cuyo objeto es la adaptación de las estructuras técnico-económicas de cada una de las sociedades que intervienen a otras más complejas, y como consecuencia de ellas la modificación de su estatuto.

### *Características*

1. La fusión implica la extinción de las entidades preexistentes, aunque subsiste la organización empresarial de ellas.
2. Salvo norma expresa que lo prohíba, nada impide la fusión de cooperativas regidas por legislaciones diversas, ni de grados diferentes. Así podrán fusionarse entre sí cooperativas de primer y de segundo grado.

3. Produce la transmisión o sucesión universal del patrimonio de las que se extinguen. Esta transmisión se realiza en un solo acto sin que tengan que cumplirse las reglas que se exigirían para la transmisión de cada uno de los bienes, derechos y obligaciones que integran los distintos patrimonios (García-Sanz, 2013).
4. Causa la trasmigración de los miembros, esto es, el pase de los miembros de las entidades disueltas como miembros de la entidad nueva o de la absorbente.

### *Objeto*

En el mundo mercantil la fusión tiene por objeto la obtención de economías de escala e integración horizontal, cuando el coste unitario medio desciende al aumentar el volumen de producción; y para obtener mayor concentración sobre el sector de actividad.

También, las economías de ámbito, esto es, la posibilidad de que una empresa utilice una serie de factores para proporcionar mayores y mejores servicios y productos; economías de integración vertical para controlar la mayor parte del proceso productivo con eliminación de costes contractuales y de transacciones; eliminación de ineficiencias mediante una mejor dirección operativa o financiera; ventajas fiscales no aprovechadas que permiten trasladar pérdidas hacia el futuro, invirtiendo en otras empresas; empleo de fondos excedentes no en la empresa sino en adquirir otras empresas; combinación de recursos complementarios, etc. (Mascareñas, 1993).

## LA FUSIÓN EN LA ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA

La fusión en la economía social no es tan atractiva como en las sociedades de capital porque, algunas veces, el efecto perseguido con la fusión puede conseguirse, en gran medida, con otras soluciones jurídicas como la integración en las cooperativas de segundo grado, los grupos cooperativos y los acuerdos intercooperativos (Macías, 2002).

Pero, además, los efectos positivos previstos (por lo que se refiere a la racionalización de la gestión y de la administración, etc.) suelen ser menos optimistas que las previsiones, debido a los problemas de identificación propios de la ampliación que suscitan a su vez una cierta desmovilización, dificultades con respecto a la toma de decisiones. Por lo tanto, antes de decidir una fusión, las cooperativas deberían considerar la alternativa de integrarse horizontalmente (Henry, 2000 y 2013).

Según Cano (2015) las cooperativas hacen escaso uso de la fusión debido a las siguientes razones:

1. El rendimiento económico de las cooperativas no está en proporción directa con la concentración e inversión en capital, sino con el incremento de la actividad cooperativizada de sus socios;
2. La propia naturaleza de las cooperativas como sociedades de capital variable y de libre adhesión o de puertas abiertas: la incorporación de más capital, más patrimonio, más socios y mayor presencia en el mercado, se realiza de forma casi natural;
3. El efecto perseguido con la fusión puede conseguirse con otras soluciones jurídicas de integración cooperativa: cooperativas de segundo grado, los grupos de cooperativas o los acuerdos intercooperativos.

### *Condiciones*

Las empresas que se fusionan deben tener objeto o servicios semejantes, comunes, compatibles o complementarios para sus miembros. Además, se requiere que la fusión sea factible, en el sentido que los miembros no solo puedan continuar, sino obtener mejorías en la prestación de los servicios, o la incorporación de nuevos servicios por parte de la entidad resultante del proceso.

### *Fuentes*

Lo normal es que no exista un régimen especial de fusión en la legislación solidaria, por lo que se aplica la normativa genérica de la sociedad comercial, en

cuanto sea compatible con la naturaleza de las empresas solidarias que se fusionen. O puede ser que haya una regulación especial en dicha legislación, pudiendo ser muy simple o genérica, lo que deja lagunas sobre la forma de actuar. Ahora bien, opina Vargas (2009) que dada la especial trascendencia de la fusión es preferible un régimen detallado que ofrezca seguridad jurídica que tutele los intereses de los miembros y de los acreedores afectados.

Además, en la fusión heterogénea, se aplica la normativa correspondiente a la entidad absorbente a o la entidad de nueva constitución que resulte del proceso de fusión (García-Sanz, 2013).

## TIPOS DE FUSIÓN

La fusión puede darse:

*Por unión y por incorporación*

1. La fusión por unión (también llamada por integración):

Se da cuando se produce la creación de una nueva empresa mediante la desaparición o la extinción de varias empresas para constituir una nueva; cuando varias entidades deciden extinguirse traspasando en bloque su patrimonio a una nueva que adquiere por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquellas (Rivero, 2001).

2. Fusión por incorporación o absorción:

Cuando una o más empresas pasan a formar parte de otra que recibe todos los patrimonios y sus miembros, desapareciendo las primeras; cuando una o varias entidades preexistentes deciden extinguirse traspasando en bloque su patrimonio a una ya existente que adquiere por sucesión universal los derechos obligaciones de la extinguida o extinguidas (Rivero, 2001).

Para Nercolini (2002) la incorporación es un acto jurídico por el cual una o más empresas son absorbidas por otra, que las sucede en todos sus derechos y obligaciones. No ocurre una compra o venta, sino una



agregación del patrimonio de la entidad incorporada al patrimonio de la incorporadora, con sucesión en todos los derechos y obligaciones.

Périus (2001) resalta las ventajas de la absorción sobre la unión porque se trata de un proceso más rápido ya que no surge una nueva entidad, sino una desaparece para ser incorporada a la otra; el proceso tiene menos costos; no hay necesidad de nuevos libros, ni alteraciones de registros, y es un proceso más fácil, pues no hay necesidad de aprobar un nuevo estatuto, ni efectuar elección de directivos.

### *Fusión judicial por requerimiento del organismo de integración* <sup>6</sup>

El Código Cooperativo de Portugal establece una nueva forma de fusión que se puede llamar judicial que opera de la siguiente manera: previo parecer favorable de la Cooperativa António Sérgio para la Economía Social (CASES) las cooperativas de grado superior pueden requerir judicialmente la fusión por incorporación de una o más cooperativas a una tercera, que asume la totalidad de los derechos y obligaciones de las cooperativas que ya estén integradas o con las cuales tengan una conexión relevante, cuando ocurran algunas de las siguientes circunstancias:

1. Se verifique por un período superior a 12 meses la inexistencia o inactividad de los órganos sociales, así como la imposibilidad de elegirlos.
2. Sean desarrolladas de forma reiterada actividades ajenas al objeto de la cooperativa.
3. Carácter doloso de la ineficiencia de la gestión.

### *Fusión homogénea*

La forma más corriente de fusión es la homogénea u ordinaria: es la fusión que se produce entre empresas de igual o diferente tipo, pero siempre que tengan la misma naturaleza social o solidaria. Por ejemplo, fusión sólo entre cooperativas o

---

<sup>6</sup> Canaveira, 2008

entre mutuales, sociedades laborales, etc. Procede, siempre que no exista un precepto legal que expresamente lo prohíba.

### *Fusión heterogénea*

La fusión de una empresa solidaria con personas de otra naturaleza, y que pueden ser lucrativas o no lucrativas, o semejantes. Esta forma parece aceptarse siempre que no exista una disposición legal que lo prohíba, disposición que no necesariamente debe ser expresa, sino que bastaría que se deduzca del conjunto de la regulación nacional.

Pero, además, se exige que la nueva entidad resultante de la fusión (o la incorporante, en su caso) tienen que tener siempre la naturaleza de cooperativa, regida por la respectiva ley cooperativa (Botana, 1999).

Tradicionalmente ha existido un amplio rechazo hacia ese tipo de fusiones, apoyado en la diferencia de esencia, espíritu, principios, que caracterizan a las sociedades cooperativas frente a las sociedades de capital. Se trataba de guardar la pureza de la institución cooperativa prohibiéndole mezclarse con sociedades que funcionaban con mecanismos distintos, pero parecería que este rechazo ya se ha superado (Alonso, 2000).

Adicionalmente, observa Macías (2002) que la fusión con otra sociedad que parte de principios estructurales y conceptuales distintos puede plantear el conflicto de la validez de la causa del contrato cooperativo.

Sin embargo, la tendencia más reciente es a aceptar la posibilidad de este tipo de fusión, siempre que se articule un sistema que garantice el respeto al régimen económico de la cooperativa sin desvirtuar sus principios inspiradores. En especial, respetar el carácter no repartible de ciertos fondos si la sociedad resultante es una entidad no cooperativa, exigiéndose que se les dé el destino previsto para el caso de liquidación (Rivero, 2001).

Por su parte, Macías (2002) afirma que ello puede suponer una injustificable despatrimonialización de la nueva sociedad o de la absorbente cuando los fines

perseguidos por la sociedad sean los mismos que los que tenía la cooperativa incorporada que se ve privada de dichos fondos.

### *Fusión de hecho*

Esta forma de fusión prevista en la doctrina mercantil se produce mediante la detentación por una empresa del bloque de títulos o de acciones de otra. Se trata de una fusión de hecho que se produce, en definitiva, por la confusión del patrimonio de una empresa con el patrimonio de la otra.

En el ámbito solidario, piensa Moirano (2009) que –además de ser un supuesto de casi imposible realización– en el caso de empresas de base o de primer grado, en que todos los miembros detentan títulos que certifiquen su aporte al capital social, esta forma de fusión produciría la liquidación de la empresa al perder todos los miembros su condición de tales por ausencia de capitalización, por infracapitalización de sus miembros.

### *Por incorporación de una sociedad mercantil a una cooperativa*

La jurisprudencia italiana (Apelación Milano, 18-05-1967, en Figone, 1999) la declara admisible cuando la incorporación sea la continuación en el plano jurídico de las empresas concentradas en el plano económico, cuando la cooperativa era propietaria de la totalidad de las acciones de la sociedad mercantil, con ahorro de inútiles y costosas operaciones intermedias constituidas por la disolución y liquidación de la sociedad mercantil.

Pero, además, sería admisible siempre que los ex-socios incorporados cumplan los requisitos subjetivos requeridos por la cooperativa (Martí, 2004).

Para Figone (ídem) se sustenta en que como la fusión incide sobre la dimensión de la empresa incorporante y no sobre la incorporada, el ordenamiento de ésta no resulta modificado, de manera que al extinguirse la empresa mercantil incorporada, su causa lucrativa viene a menos y la causa mutualista de la incorporante permanece, por lo que resulta plenamente válida y admisible.

### *Fusión de empresas en liquidación*

Es posible que las empresas en liquidación puedan participar en una fusión (pueden haber enajenado los bienes de la cooperativa, percibiendo los créditos pendientes y saldadas las deudas con los acreedores) pero siempre que no hayan comenzado el reembolso de las aportaciones de capital. No obstante, otros sostienen que el momento impeditivo sería el de la aprobación del balance final, puesto que es ahí cuando nace un derecho subjetivo para el asociado (de crédito sobre el haber social) del que no puede disponerse sin su consentimiento (Macía, 2002).

Para Fajardo (2006) la asamblea puede decidir tanto la fusión como la reactivación. Si la sociedad absorbente está en liquidación, será preciso que previamente adopte un acuerdo de reactivación, porque la sociedad en liquidación es una sociedad disuelta. Todo ello por el principio de conservación de la empresa.

La reforma italiana del derecho de sociedades suprimió la prohibición de fusionarse las sociedades sometidas a procedimientos concursales, lo que proporciona a las empresas que atraviesan momentos de dificultad económica una vía de escape más a su probable extinción. La fusión, en estos casos, puede ser una vía de salvación legítima de empresas (Martí, 2004).

### *Fusión de empresas en concurso*

La doctrina coincide en admitir que una cooperativa no disuelta puede participar en un proceso de fusión estando en concurso, siempre que así se haya convenido previamente con los acreedores en el convenio celebrado, no siendo necesario para ello previsión legislativa al respecto, siempre que el juez así lo autorice (Fajardo, 2006).

### *Fusión transfronteriza*

En Europa, la Directiva 2005/56/CE regula la fusión transfronteriza de empresas que se aplica a las cooperativas, aunque de manera inadecuada porque fue

pensada para las sociedades de capital, de la manera siguiente: sólo podrán efectuarse entre tipos de sociedades que tengan derecho a fusionarse con arreglo a la legislación nacional de los estados miembros de los que se trate; que la fusión sea entre cooperativas y la resultante de la fusión sea también una cooperativa; y si parte de su patrimonio es irrepartible (fondo de reserva obligatoria, fondo de educación y promoción) no podrá burlarse esta limitación a través de la fusión de la cooperativa, salvo que el destino de ese patrimonio sea para fondos de igual naturaleza en otra cooperativa (Fajardo, 2006).

## PROCEDIMIENTO

La complejidad de la operación de fusión y las implicaciones de sus efectos sobre las entidades disueltas y sobre los miembros y acreedores de ellas que participan en la operación, hace que el legislador haya rodeado la fusión de un conjunto de etapas y cautelas que asegure un equilibrio en la satisfacción de todos los intereses involucrados (Botana, 1999). Ellas son:

### *Impulso*

La fusión puede ser promovida por los órganos directivos de las empresas participantes, para lo que es necesaria la existencia de un proyecto de fusión y del balance de fusión. En ciertos casos, la fusión puede darse por decisión de la Autoridad de aplicación, lo que pareciera una intromisión inaceptable en su autonomía.

### *El proyecto de fusión*

Constituye una especie de convenio previo o preparatorio elaborado y suscrito por los órganos directivos de las empresas participantes. El diseño de la fusión se realiza de consuno entre las entidades participantes. No se hace en abstracto, sino en forma concreta.

Es una idea prefijada, valorada, sopesada y admitida por los órganos de gobierno de las sociedades a fusionarse. Jurídicamente se considera como un acto, como un contrato o como un negocio jurídico preliminar con efectos obligatorios

limitados; en concreto: los respectivos órganos de administración asumen la obligación de hacer cuanto sea preciso para obtener la fusión: y, por otro lado, las entidades intervinientes se obligan a satisfacer los gastos causados por las actuaciones de esos órganos dirigidos a la consecución de la fusión (Botana, 1999).

Lo que parece más procedente es que, en cuanto a la naturaleza jurídica del proyecto de fusión, debe configurarse como un verdadero contrato sometido en cuanto a su eficacia a la condición suspensiva de su aprobación o ratificación por las respectivas asamblea de las sociedades participantes en la operación. Contrato que, sin embargo, no vincula a las juntas de socios que podrán aprobarlo o rechazarlo; ni vincula a la sociedad hasta su aprobación o ratificación por la respectiva junta de socios. Pero que, por sí sólo, genera una situación de dependencia que tiene en cierta medida carácter vinculante para los administradores, que quedarán obligados a realizar todos aquellos actos, propios de su competencia, que resulten necesarios para la continuación del procedimiento (Gómez-Porrúa, 2011).

El proyecto de fusión se presenta en un informe que justifique las modificaciones que deban introducirse en la empresa absorbente para que sirvan de marco jurídico al conjunto empresarial resultante de la fusión o, en su caso, lo que de novedoso tengan los de la cooperativa que se cree en relación con las que se extinguen.

El informe debe especificar el objeto social, el capital, los fondos sociales y la participación económica de cada socio de las entidades que se disuelven, por lo que es conveniente igualar el valor de las participaciones sociales de las sociedades implicadas, incluso, si es necesario, con aportaciones en efectivo por parte de los socios. Además, los nombres de los directivos, organización del órgano directivo y futuro funcionamiento (García-Sanz, 2001).

### *Balance de fusión*

Acompaña al informe, y consiste en la formulación de estados financieros recientes de cada empresa, o de uno ad-hoc que haga una valoración del patrimonio.

### *Aprobación del acuerdo de fusión*

Las asambleas de las empresas participantes deben aprobar un acuerdo de fusión rodeado de una serie de requisitos de convocatoria y de documentación a los miembros.

Algunos consideran que si bien la decisión de fusión debe ser decisión de la asamblea de las entidades que van a desaparecer (materia reservada a ellas de forma exclusiva y excluyente) la decisión de la incorporante puede ser referida al órgano de administración (Saint-Jours, 1990).

Ahora bien, si la empresa forma parte de un grupo, la entidad cabeza del grupo puede adoptar la decisión de fusión, bien sea porque actúe por delegación de aquella, o porque emita una instrucción obligatoria a la asamblea de la empresa filial, según las normas que regulen el funcionamiento del grupo.

La aprobación del proyecto tiene por efecto que todas las entidades implicadas quedan obligadas a continuar el procedimiento de fusión: “La expresa determinación de esta consecuencia jurídica representa el reconocimiento legal de la perfección del negocio de fusión con la válida adopción, en plazo, de los acuerdos correspondientes.

Desde ese momento y dada, pues, la existencia de un negocio jurídico perfecto de fusión –vinculante por tanto, inter partes-, las sociedades que participan en ella podrán compelerse al otorgamiento de la escritura pública necesaria para la cancelación de las sociedades que se extinguen y para la inscripción de la nuevamente constituida o modificaciones de la absorbente” (Lázaro, 2001).

Estima Macías (2002) que una alteración del proyecto por cualquiera de las intervinientes, unilateralmente, no implicaría un replanteamiento de la fusión, sino la construcción de un nuevo proyecto a consensuar con los órganos de administración, una fusión distinta y diferenciada de la no aprobada.

#### *Aprobación pública*

La fusión puede estar sujeta a la aprobación de la Autoridad de aplicación, según lo establezca la legislación respectiva, sin cuya avenencia no puede perfeccionarse. En el nuevo derecho de sociedades de Italia, el control de legalidad se le otorgó al Notario en lugar del Juez, correspondiéndole valorar la concurrencia de los requisitos subjetivos, procedimentales, transcurso de los plazos legales establecidos, así como la existencia de los documentos exigidos por la ley con las características previstas (Martí, 2004).

#### *Oposición de los acreedores*

Dada su importancia, se verá en el epígrafe siguiente.

#### *La escritura de fusión y su inscripción.*

El acuerdo de fusión se formaliza mediante acto privado o por escritura pública, lo que se debe observar “*ad essentialiam*” ya que su ausencia es causa suficiente para frustrar la operación. Lo mismo, la inscripción en el Registro respectivo, la que se considera como condición para que la fusión surta efectos jurídicos (Botana, 1999).

Algunas legislaciones exigen la publicación del acuerdo de fusión.

#### *Consumación*

Al darse la prueba de la no existencia o del consentimiento de los acreedores a la fusión, o al vencimiento del plazo sin haber mediado oposición, y habiendo obtenido la aprobación pública la fusión se consuma y cabe inscribirla en el registro.



## OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

A partir de la aprobación pública se abre la fase de oposición de los acreedores sociales, oposición que si se ejerce suspende el procedimiento hasta la satisfacción de los mismos. La oposición no requiere de justificación alguna, por lo no tiene porque se vinculado a la situación financiera de la empresa, ni que se pueda derivar para los acreedores un perjuicio concreto para sus créditos.

### *Fundamento<sup>7</sup>*

La oposición se configura como una técnica tuitiva preventiva mediante la cual los acreedores tienen la posibilidad de paralizar determinadas operaciones sociales si no atiende a sus pretensiones.

Sus características son:

1. Es un instrumento de vigilancia y participación activa de los acreedores sobre los actos de la empresa.
2. Se fundamenta, aunque no exclusivamente, en la novación del deudor, ya que para los acreedores de la empresa absorbente no se producirá la novación
3. El dato esencial para el reconocimiento del derecho de oposición es la confusión de patrimonios que se produce como consecuencia de la sucesión universal de todas las operaciones de fusión, que representa un perjuicio potencial para la satisfacción por parte de los acreedores de sus respectivos créditos.

Para Lázaro (2010) la alteración con la fusión también se produce en el patrimonio de la sociedad absorbente y, la afectación, por ello, de sus propios acreedores con la condición de pago o acuerdo de los acreedores de la deudora, debe ser sustituida por la más simple y acertada referencia a la prestación de garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, notificación a dicho acreedor de fianza solidaria prestada a favor de la sociedad deudora por una entidad de crédito

---

<sup>7</sup> García-Sanz, 2013

debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento.

### *Habilitados*

Ahora bien, podría establecerse que solo podrían oponerse los acreedores cuyos créditos hayan nacido antes del último aviso de fusión y que estos no estén adecuadamente garantizados. Sin embargo, sería necesario precisar qué se entiende por garantía suficiente para enervar el derecho de oposición del acreedor, evitando cualquier tipo de abuso, tanto del deudor que presente una garantía insuficiente, como del acreedor que considere la garantía como insuficiente.

Otras legislaciones suspenden por un mes la formalización del acuerdo para que en ese lapso cualquier acreedor ordinario pueda ejercer el derecho de oposición.

Para Macías (2002), salvo el caso de unión, la oposición no debería tener una especial relevancia, ya que con ella se produce una transmisión universal de patrimonio entre entidades, con lo que los créditos pendientes serán asumidos por la absorbente, y lo más probable es que la garantía de cobro se acreciente con una entidad patrimonialmente más fuerte.

Actualmente en Italia, el tribunal, cuando considere infundado el perjuicio de peligro para los acreedores o considere que el ente ha prestado garantías suficientes, puede llevar a cabo la fusión, pese a la existencia de oposición, y ello, porque al acreedor lo que le interesa, simplemente, no es quién sea el deudor sino la conservación de las expectativas de satisfacción de su derecho (Martí, 2004).

## EFECTOS DE LA FUSIÓN

*En cuanto a la personería jurídica:*

1. Lo más lógico es que se produzca la disolución de las entidades incorporadas o de las fusionadas (integradas) sin necesidad de hacerse subsiguiente liquidación. “El primer efecto de la fusión sobre estas

cooperativas es el de su disolución sin liquidación; por lo tanto, la fusión actúa como causa “*per se ipsa*” (por sí misma, inmediata) sin ningún ulterior requisito, de disolución” (Botana, 1999).

2. Sin embargo, ciertos ordenamientos exigen que se produzca la liquidación y la constitución de una nueva entidad, lo cual estaría en contra del principio de la economía procedimental, además que es un mecanismo de descapitalización ya que al hacerse la partición los miembros generalmente no aportarán a la nueva empresa la totalidad de lo que hubieren percibido.
3. En igual sentido, Rivero (2001) sostiene que la fusión por creación es un supuesto especial de constitución. Las entidades participantes subsisten como tales hasta que se formalice el acuerdo de fusión; hasta ese momento los administradores de las extinguidas subsistirán en el ejercicio de sus funciones.

La posterior inscripción del acuerdo en el registro respectivo determinará la adquisición de la personalidad jurídica del nuevo ente. Lo que sí puede ser necesario es hacer una reforma del estatuto de manera de adaptarlo a las características de la nueva entidad

#### *En cuanto a la responsabilidad*

La empresa resultante del proceso de fusión continúa asumiendo la responsabilidad frente a terceros hasta liberación o garantizando las mismas.

#### *Efectos económicos-patrimoniales*

1. Se produce el traspaso patrimonial “*ipso facto*” y en bloque, razón por la que la cesión o el endoso de títulos no es necesario pues se produce una novación en bloque. La empresa resultante se considera la continuadora legal de los derechos y acciones de las que se fusionen y quedará subrogada en lugar y grado de estas. La entidad beneficiaria se subroga en todos los derechos y obligaciones de la disuelta, pero esta subrogación no debe implicar ningún aumento de la cuantía de las obligaciones adquiridas (García-Sanz, 2001).

La obligada al pago de esa liquidación será la cooperativa resultante de la fusión. Esta legal novación subjetiva trata de evitar, sin duda, la formulación de un segundo balance (final) posterior al de fusión, en el que tuviera reflejo la liquidación practicada a los socios disconformes. Por otro lado, también evita dilaciones en el procedimiento, al permitir que sea formalizada la fusión antes de haber sido pagadas las <<liquidaciones>> correspondientes a los socios que se separan (Lázaro, 2001).

2. Las entidades preexistentes, a excepción de la incorporante, van a desaparecer, pero sin que sea necesaria su previa liquidación, es decir, sin que sea necesario que las extinguidas pague sus deudas a los acreedores o devuelva aportaciones a sus miembros, sino que ambos conservarán su posición; en ocasiones con ciertas matizaciones, en la entidad emergente en la que estos últimos ingresarán automáticamente.
3. Además, todas las titularidades de bienes, derechos y deudas, pasarán en bloque a integrarse en la persona jurídica resultante de la fusión en virtud de un título universal y de un único modo en el tráfico que es la inscripción en el registro (Alonso, 2000).

#### *Sobre los fondos y reservas colectivos*

Los fondos sociales obligatorios de las empresas disueltas pasan a integrar los de la nueva o a engrosar los de la absorbente: tratase, cuanto menos, del fondo de reserva obligatorio y del fondo de formación y promoción (Botana, 1999). No puede ser de otra manera, puesto que la cooperativa adquiriente a título universal del patrimonio de la que desaparece, lo adquiere con todas sus consecuencias, derechos y obligaciones incluidos (Alonso, 2000).

En sentido contrario, Lázaro (2010) sostiene que el fondo no repartible de educación y promoción, el de reserva voluntario que estatutariamente tenga tal carácter y la parte irrepetible del fondo de reserva obligatorio no serán traspasados a la nueva sociedad o a la absorbente, sino que tendrán el mismo destino fijado para los casos de liquidación. Se consideran dentro del *haber líquido sobrante* no reintegrable a los socios y a tener el destino genérico de ese haber,

puesto a disposición de la cooperativa o entidad federativa designada estatutariamente o por acuerdo de la asamblea.

En caso de que sea aceptada la fusión heterogénea, es importante tomar en cuenta la obligación de que los fondos y reservas irrepartibles de la empresa asociativa que desaparece, sean entregados a la entidad que le corresponda en caso de extinción.

#### *Para los miembros*

1. Los socios de las cooperativas que transmiten su patrimonio a las beneficiarias serán integrados en éstas y recibirán las correspondientes participaciones sociales de acuerdo con la relación de canje, establecida en función de los valores “reales”. Su nueva situación laboral, en su caso, habrá quedado resuelta en los proyectos de fusión y escisión, respectivamente (García-Sanz, 2001).

Ahora, el sistema que permita fijar la cuantía que se reconoce a cada miembro como aporte a capital a la empresa resultante, debe estar en función de ser posible la fijación de su cuantía de modo distinto a un inequívoco traspaso de su valor contable, máxime si se tiene en cuenta que existan reservas repartibles. La aproximación a un *valor real* (en la fusión endogámica) frecuentemente convencional y no necesariamente coincidente con la determinada según el balance, con criterios homogéneos.

El principio de la continuidad proporcional de la posición del socio que se extingue debe ser, no obstante el silencio legal, la regla central de este sistema (Lázaro, 2010). Lo importante, como señala Canaveira (2008) es que la fusión no debe significar para los miembros de las cooperativas fusionadas (sea por unión o por incorporación) pérdida de las respuestas económicas o sociales para las necesidades que habían dado ocasión a la constitución de la cooperativa.

2. Se produce el traspaso de su condición de tales a la nueva empresa resultante, a la vez que se les abre el derecho de receso, bien sea para

todos los asociados, o sólo para aquellos que no estuvieron de acuerdo y así lo manifestaron expresamente; al igual que el traspaso de sus activos-pasivos, sin derecho a la liquidación individual de sus haberes, salvo texto expreso que lo autorice.

Lázaro (2001) estima que nace el derecho de separación del socio y de recibir la liquidación como si fuese baja justificada. “La separación no es, pues, automática, sino que requiere el pronunciamiento del socio que pretenda ejercer su derecho en ese sentido” (Lázaro, 2001).

En sentido contrario, para Fajardo (2006) en las cooperativas no tiene justificación reconocer el derecho del asociado a causar baja, cuando es un derecho que tiene en todo momento por el mero hecho de serlo, sin perjuicio de que esa baja pueda considerarse justificada o no y pueda penalizarse de algún modo la decisión del asociado.

#### *Para los directivos y Gerentes*

Se hace necesario proceder a la elección o designación de estos en el caso de creación de una nueva empresa, mientras que en la incorporación, los directivos de la absorbente permanecen en sus cargos, salvo disposición expresa en contrario.

Habría que analizar la posibilidad de establecer regímenes transitorios para aquellos administradores que a partir de la fusión dejen de serlo, de manera de solventar la reticencia de los administradores ante su futuro provisional por efecto de la fusión (Paz, 1998).

#### *Para los trabajadores dependientes*

Hay continuación de los contratos de trabajo, así como respeto para su categoría profesional y salario que les correspondiere percibir.

## Referencias

- Alonso, E. (2000). La fusión, la escisión, la transformación y la extinción de la cooperativa. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 34. Bilbao, Universidad de Deusto
- Botana, M. (1999). As modificacións estruturais da sociedade. *Estudio sobre a lei de cooperativas de Galicia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galicia
- Fajardo, G. (2006). La Fusión de Cooperativas en la Legislación Española, *Revista Jurídica del Ciriec*, 17, Valencia, Ciriec-España
- Figone, A. (1999). Modifiche dell' atto costitutivo. *Cooperative, consorzi, reaggruppamenti*. Ipsoe
- Cano Ortega, C. (2015). Una perspectiva actual del sexto principio cooperativo: cooperación entre cooperativas. *Revista jurídica N° 27*. Valencia, Ciriec
- García-Sanz, D. (2001). Concentración de empresas cooperativas. Aspectos económicos-contables y financieros. *Colección Documentación N° 6*. Madrid, CES
- García-Sanz, A. (2013). La Fusión. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*. Valencia. Tirant lo Blanch
- Gómez-Porrúa, J. (2011). Transformación de sociedades laborales. *Estudio sobre las implicaciones laborales, mercantiles y fiscales de la modificación estructural de la sociedad laboral*. Madrid, Marcial Pons
- Henry, H. (2000). *Cuadernos de legislación cooperativa*. Ginebra. Organización Internacional del Trabajo
- Henry, H.: *Orientaciones para la legislación cooperativa*, 2ª edición, ed. Organización Internacional del Trabajo, 2013.
- Lázaro, E. (2001). Fusión, escisión y transformación. *La sociedad cooperativa en la ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas*, Granada, Comares
- Macías, A. (2002). Consideraciones críticas sobre la fusión, escisión y transformaciones en la ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas. *Revista de Estudios Cooperativos*, 78, Madrid. Aecoop
- Martí, V. (2004). Apuntes sobre el régimen de la fusión en la reforma del derecho de sociedades en Italia. *Revista de Derecho Mercantil*, N. 251. Madrid

- Mascareñas, J. (1993). *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*. Madrid. McGraw-Hill
- Mascareñas, J. (1993b). *Razones económicas de las fusiones y adquisiciones de empresas*. Medir. McGraw-Hill,
- Moirano, A. (2009b). *Revisión de los originales del libro Instituciones de Derecho Cooperativo, Mutual y Solidario*, de Alberto García Müller (documento privado)
- Paz Canalejo, N. (1998). La próxima legislación cooperativa madrileña. *La legislación cooperativa en España*. Valencia. Ciriec
- Périer, V. (2001a). *Cooperativismo e Lei*. São Leopoldo. Unisinos
- Rivero, F. (2001). Sección 1. De la Fusión. Cooperativas. *Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*. Madrid. Colegios Notariales de España
- Saint-Jours, Y. (1999). Droit de la Mutualité. *Traité de Sécurité Sociale*. Tome V. *La Mutualité (Histoire. Droit. Sociologie)*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- Vargas, C., Gadea, E. y Sacristán, F. (2009). *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*. Madrid, Dykinson



## 54. ESCISION Y TRANSMISION

Aspectos generales. Procedimiento. Efectos. Transmisión de la empresa: procedencia, naturaleza, cesión global, requisitos, efectos. El "Cramdown".

---

### ASPECTOS GENERALES

#### *Concepto*

La escisión es un proceso de reestructuración empresarial mediante el fraccionamiento del patrimonio y de los miembros de una empresa y su transferencia a otra(s) entidad beneficiaria. Es el desdoblamiento de una persona jurídica en dos o más. La "operación por la que una sociedad divide total o parcialmente su patrimonio, sin proceder a liquidación, para transmitir parte o partes del mismo a otra u otras sociedades existentes o de nueva creación" (Botana, 1999).

Implica siempre la idea de división (de una empresa en dos o más que se crean o que se absorben por otra ya existente o que se une a otras partes de otras ya escindidas) o la "segregación" de una parte subsistiendo la originaria (Martínez, 2001).

Como afirma Appio (2001) la escisión es una operación que se manifiesta en una multiplicidad de formas que van desde el simple conferimiento de parte del patrimonio de la entidad escindida en provecho de otra de nueva constitución, a la hipótesis más compleja de la destinación de todo el patrimonio a dos o más ya existentes, con la consiguiente extinción de parte la entidad escindida.

#### *Naturaleza*

La escisión es la figura jurídica contraria a la fusión. La escisión normalmente marca el pasaje de un tipo primario de concentración, como lo es una sociedad o una asociación, a un tipo secundario de concentración como lo es el grupo de sociedades o asociaciones y ello, porque es habitual que la escisión vaya

acompañada por contratos, convenciones y acuerdos entre las entidades escisionarias para reglar sus campos de acción (Cuesta 2000).

Para Lázaro (2001) se trata de un mecanismo de sucesión universal de las personas jurídicas *extinctionis causa*, o la transmisión en bloque de unidades económicas o sectores patrimoniales organizados en funcionamiento. Los elementos esenciales que condicionan la existencia legal de la escisión son: la fragmentación del patrimonio de la sociedad que se escinde; el traspaso en bloque de la parte o partes escindidas a las sociedades beneficiarias; la atribución proporcional a los socios de la sociedad escindida de cuotas de capital o partes de socios de las sociedades beneficiarias.

#### *Utilidad*

En ciertos casos se utiliza la escisión como un procedimiento para separar grupos de miembros con intereses distintos o como solución a problemas internos existentes entre distintos colectivos de socios. Permite que cada grupo de socios se constituya en cooperativa independiente y a cada grupo se le atribuya un bloque patrimonial distinto (Puy, 2013).

La escisión es considerada, igualmente, como un medio de reestructuración y reorganización empresarial, que permite al mismo tiempo el arreglo extrajudicial de controversias que hayan surgido entre los socios" (Appio, 2001). Como dice Martínez (1990) "Cuando el crecimiento se convierte en impedimento para la democracia no hay que dejar de crecer sino crecer de otro modo y tal se logra mediante el desdoblamiento, la escisión".

En las cooperativas se ha utilizado la escisión con la finalidad de descentralizar o especializar aquellas áreas en las que existen varias secciones carentes de personalidad jurídica propia que en un momento determinado alcanzan un desarrollo de tal trascendencia que resulta conveniente configurarlas como cooperativas independientes.

## *Fuentes*

En razón de los paralelismos con la fusión a la escisión generalmente se le aplican –en sentido contrario- las normas sustantivas y adjetivas de la fusión, en lo que fuere aplicable, a pesar que dicha técnica puede llegar a plantear problemas de interpretación.

Para Macías (2002) no parece que sea buena técnica legislativa la aplicabilidad del proceso de fusión, en la medida en que habrá que ir acomodando a la naturaleza y objeto de la escisión un procedimiento pensado y destinado a otro tipo de reestructuración empresarial. Primero, comprobar cuál es la norma aplicable y luego, analizar si puede aplicarse al caso.

En sentido semejante, Lázaro (2001) estima que escindir no es fusionar, y aunque una economía legislativa pueda aconsejar la remisión normativa a aquellos extremos del procedimiento que puedan resultar comunes a ambas instituciones, la absoluta remisión del régimen jurídico de la una a la otra no puede sino generar una indeseable inseguridad sobre el régimen jurídico de la escisión

De manera que a falta de norma expresa en la ley habría que atenerse a los principios generales del derecho que consagran, en el área del derecho privado, la libertad contractual o a la autonomía de la voluntad para disponer lo mejor que convenga a los intereses sociales, que suplan la falta de una norma adecuada expresa (Borquez, 2002).

## *Formas o modalidades*

### 1. Escisión total o propia

La escisión puede darse por división, la que se produce cuando se extingue una empresa, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una entidad de nueva creación o es absorbida por otra ya existente. En la escisión total el ente se divide completamente, bien para formar nuevos entes, bien para unirse o ser

absorbidos por otros, siendo las entidades beneficiarias sucesoras universales de la originaria, produciéndose una confusión de patrimonios. En realidad, lo que se produce es una disolución que determina, sin liquidación, una sucesión universal con confusión de patrimonios entre la entidad escindida y la beneficiaria de la escisión, pero no una verdadera extinción, de la que solo se puede hablar en sentido impropio, como cancelación de asientos registrales (Martínez, 2001). Se produce la disgregación de una entidad en varias, con desaparición parcial o total de la originaria y siendo nuevas las otras en las que se divide.

2. Mediante fusión-escisión

Cuando con la escisión se produce la absorción de los sectores de la entidad extinguida y que desaparece en otras ya existentes (Macías, 2002).

3. Escisión parcial, también denominada escisión impropia

Consiste en el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes (Guerrero-Lebrón, 2011). Consiste en el desmembración de una o varias partes del patrimonio de una entidad sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias de nueva creación o ya existentes. La empresa escindida ajusta su patrimonio en el monto correspondiente (Santos, 1998).

4. Segregación.

Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades (Guerrero-Lebrón, 2011).

5. Reorganización

Puede darse mediante la transmisión parcial a otras empresas, llamada también reorganización simple o falsa escisión de una parte del bloque patrimonial (Morales, 1998).

En este caso es indispensable que la entidad dividida siga con actividad con la porción del patrimonio que se ha reservado, para poder ser considerada escisión.

6. Puede, también, hacerse mediante la aportación de ramas de actividad de una empresa, o de determinados negocios a otra empresa.

En Alemania se puede llevar a cabo mediante el holding cooperativo y la comandita cooperativa. El holding se da cuando una cooperativa, a través de una escisión, transfiere la mayor parte de su propio patrimonio a una sociedad por acciones (*Aktiengesellschaft*) de nueva constitución. La comandita, en cambio, se realiza cuando la cooperativa constituye una "*kommanditgesellschaft auf Aktien*", de la que el único socio comanditario es la predicha cooperativa.

En ambos casos la sociedad participada, una vez que garantiza a la cooperativa participante el perseguimiento indirecto del fin mutualístico, puede acrecentar su capital propio reconociendo la cualidad de socios a los financiadores externos. Todo ello permite a la cooperativa de financiarse en forma mediata y de mantener el propio conjunto social formado sólo de cooperativistas (Cusa, 2006).

7. O mediante el llamado *Spin-off*

Consistente en la creación de una nueva empresa con miembros de otra, los que se van a constituir en una nueva realidad empresarial, pero que mantienen nexos estrechos con la empresa "madre".

## PROCEDIMIENTO

### *Decisión de asamblea*

Es indispensable que se dé un acuerdo de división por parte de la asamblea. El estatuto debería determinar el número mínimo de miembros para promover la escisión, mediante iniciativa ante el órgano directivo que debe elaborar la propuesta del proyecto, fijando los miembros y la parte del patrimonio que haya de escindirse o segregarse y que van a transferirse a otras entidades. Algunos estiman que el acuerdo de escisión debe ser aprobado por unanimidad, ya que se

trata de una modificación sustancial del contrato social. Sin embargo, la mayoría de las legislaciones exigen mayorías calificadas.

### *Balance*

Se hace necesario confeccionar balance expreso que establezca el patrimonio social a la fecha de la división, a los fines de distribuirlo adecuadamente. Se distribuye el patrimonio dividiéndolo entre la entidad que se divide y asignándolo a aquella o aquellas que nacen a consecuencia de la división, división que puede contener bienes u otros elementos activos y pasivos, caso en el cual habría una asignación neta, hecha con el fin de formar el capital inicial de los nuevos entes.

Los bienes a distribuir deben ser individualizados y valorados, y hacerse referencia a las partidas afectadas del balance. En caso de los inmuebles será necesario indicar en la escritura de división los datos pertinentes a los efectos de su inscripción a nombre de las nuevas sociedades (Borquez, 2002). El mismo autor no advierte razones para negar la posibilidad de dividir una entidad que tenga un patrimonio negativo.

### *Proyecto de escisión*

En todos los casos, es necesaria la aprobación de un proyecto de escisión, cuya naturaleza jurídica dependerá de las partes que intervengan. Para De Ferra (1991) la escisión es de naturaleza contractual solo cuando la operación interesa a varias entidades preexistentes. En efecto, hay que distinguir: si la escisión significa transferencia del patrimonio de una entidad a otra preexistente, se trata de un acuerdo entre la que intenta escindirse y la que absorbe el patrimonio. Caso opuesto, en caso de escisión pura y simple, la función del proyecto de escisión es un problema puramente interno de la entidad que desea escindirse y que fija condiciones y efectos de manera unilateral.

### *Autorización externa*

Autorización de la Autoridad de aplicación o de la actividad, o de los organismos superiores del sector, si así lo establece la ley.

## EFFECTOS DE LA ESCISIÓN

### *Respecto del patrimonio*

#### *Fraccionamiento*

Se produce un fraccionamiento del patrimonio de la empresa original en las nuevas entidades, mediante la transferencia y, o el reparto patrimonial proporcional de los derechos y acciones que le corresponda a cada una. En todo caso, hay que tomar en cuenta, como lo hace la legislación italiana, que del proyecto de escisión deben resultar los criterios de distribución de las acciones o de las cuotas del ente beneficiario (Appio, 2001).

En cuanto a la división del patrimonio, rige el principio de libertad, por lo que corresponde a la propia cooperativa la delimitación de las actividades empresariales que se transmiten. Sin embargo, la masa patrimonial segregada con ocasión de la escisión debe posibilitar el ejercicio de la actividad empresarial a la cooperativa beneficiaria. Esta, espera recibir una unidad productiva o un conjunto de elementos ligados a una actividad empresarial y dotada de autonomía propia (Puy, 2013).

Si, por otra parte, la división disminuye el capital social por debajo del mínimo legal, en el caso de que existiese, debería reconstituirse en el plazo legal estipulado; caso contrario, procedería una causal de disolución.

#### *Traspaso*

La escisión puede dar por resultado que de una sociedad lucrativa se traspase el patrimonio y los miembros a una empresa solidaria. Bonfante (1999) estima que nada impide que la sociedad escindida sea una sociedad lucrativa y la receptora del patrimonio una cooperativa. Y por lo tanto, a estos miembros deben serles atribuidas las cuotas de la cooperativa, si es factible operar con aquellos que tengan los requisitos estatutarios para participar. O la escisión puede devenir en la

transmisión entre entidades de semejante naturaleza, por ejemplo, de una mutual a una caja de crédito.

Pero, generalmente, no se admite la escisión de una entidad del sector con la transferencia subsiguiente a una sociedad lucrativa. Esta se considera como una escisión “heterogénea”, a cuya legitimidad se opone el obstáculo que deriva de la intangibilidad de la causa social o solidaria. Para Appio (2001) se trataría de una imposibilidad absoluta porque ello implicaría el abandono por la entidad escindida de la forma cooperativa y de la causa mutualística.

No obstante, Macías (2002) estima que este planteamiento se reconvierte, siempre, a la cuestión ideológica de la concepción de la cooperativa como antagónica a la empresa de capital. Pero se justificaría desde una concepción ideológica en que los fines perseguidos con las cooperativas pueden realizarse por medio de otras tipologías sociales distintas, incluso teniendo estructuras capitalistas.

#### *Respecto de la personería jurídica*

1. Si la escisión fuere total, se produce la disolución o extinción sin liquidación de la empresa escindida, así como se hace necesaria la constitución expresa de las nuevas empresas resultantes del proceso, si fuere el caso. En el caso de la escisión parcial, la entidad sobrevive a la operación y conserva la propia esencia causal.
2. En la escisión por incorporación las entidades beneficiarias son preexistentes a la operación (en sustancia se da una pluralidad de fusiones por incorporación) mientras que en la escisión, mediante la constitución de nuevas entidades, estas son constituidas por la escindida al fin de realizar la operación. En esta, la asamblea de la escindida debe aprobar junto al proyecto de escisión, también el acta constitutiva y el proyecto de estatuto de la entidad beneficiaria.



3. Es importante considerar este problema: ¿si puede la asamblea que trasmite el patrimonio a una nueva entidad aún no existente, ser fundadora de esta nueva entidad?

Para algunos, se trata de partenogénesis: la escindida, muriendo, ha generado la nueva entidad. Los miembros, evidentemente son los de la entidad escindida que, consensualmente, en la asamblea de esta deliberan y aprueban tanto la desaparición de la existente cuanto los actos constitutivos de los cuales nacen las nuevas entidades. En definitiva, estipulan actos constitutivos por mayoría (De Ferra, 1991).

### *Respecto de la responsabilidad*

Puede recaer sobre todas las empresas, en cuyo caso se trataría de una responsabilidad solidaria de todas; o la responsabilidad queda solamente en la empresa restante. Dice Botana (1999) que como medida de protección de los acreedores sería oportuno establecer la responsabilidad subsidiaria de las restantes entidades beneficiarias hasta el importe del activo neto que recibieron en virtud de la escisión; y si subsistiera la cooperativa que se escinde, esta tendría que responder por la totalidad de la obligación incumplida por una de las beneficiarias.

Sin embargo, para Martínez (2001) es una confusión hablar de responsabilidad, pues para que la haya debe existir culpa. Es la culpa lo determinante de la responsabilidad. Lo que debe plasmarse en un supuesto como este, en que el legislador presume que se ha producido una extinción, es plasmarse la garantía, no responsabilidad de las demás entidades.

Estima el autor que lo procedente sería que se siguiera la doctrina civilista en materia de obligaciones, esto es, que las beneficiarias garantizarán hasta el activo neto recibido de las deudas, subsidiariamente para con el acreedor y mancomunadamente en la relación interna, que subsiste (sin extinción), por lo menos hasta la liquidación de las deudas pendientes (la garantía es siempre subsidiaria salvo pacto en contrario).

### *En relación con el reparto de la reserva legal*

Deberá hacerse en proporción al número de sus miembros o, afinando más, en proporción a la suma de los años que ellos hayan estado en la cooperativa escindida. Otros criterios de reparto podrían ser en proporción inversa a sus probabilidades de viabilidad o sus necesidades de capital (Díaz, 1989).

### *Para los miembros*

Se produce el traspaso de la condición de miembro y de los derechos y deberes económicos y sociales, manteniéndose en plenitud las obligaciones contraídas, pero debe abrirse el derecho de receso para los miembros en desacuerdo con la medida.

Para Lázaro (2010) la ley puede permitir que el proyecto de escisión pueda programar, y la escisión misma determinar, la ruptura de una homogénea y distributiva proporcionalidad, a favor de una concentrada o heterogénea distribución de cuotas de capital o partes de socio en las sociedades beneficiarias. Todo lo cual es posible siempre y cuando se respete la regla de equivalencia de las posiciones jurídicas de los socios habidas en la sociedad que se escinde, se indique en el proyecto el criterio que fundamente este sistema de atribución y se observe la exigencia de consentimiento individual.

### *Derechos del socio contrario a la escisión<sup>8</sup>*

1. Derecho de receso, si votaron en contra y los ausentes, enviando una comunicación al órgano directivo
2. Devolución de sus aportes y parte proporcional de las reservas voluntarias de carácter irrepartible, liquidación que corresponde a la sociedad transformada que no ve afectada su personalidad jurídica después de la transformación.

---

<sup>8</sup> Lázaro, 2010

## TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA (CESIÓN GLOBAL)

### PROCEDENCIA

Con fundamento en el principio de libertad negocial concedida a las personas, las empresas solidarias, como cualquier otra empresa, pueden ser traspasadas o vendidas a terceras personas tanto en forma unitaria o integral, como de forma parcial.

Con fundamento en el principio de conservación de la empresa y para evitar que el proceso de liquidación produzca la destrucción de la misma, puede ser aconsejable optar por el mecanismo de la transmisión de su patrimonio en forma global o por sectores, cuando éstos forman unidades económicas con cierta autonomía (Aurioles y García-Sanz, 2013).

Los elementos que conforman la empresa y que pueden ser transmitidos son sus elementos inmateriales (clientela, el punto, derechos de propiedad industrial o comercial y derechos intelectuales, marcas, licencias, autorizaciones administrativas), lo que se conoce como el fondo de comercio; los elementos materiales de la empresa, esto es, los bienes muebles o enseres necesarios para la explotación (utensilios y mercancías); y las maquinarias e inmuebles o sede física donde ella funciona (Cebria, 2001).

La transmisión de los elementos de la empresa se puede llevar a cabo mediante la cesión del fondo de comercio; la compraventa o la cesión de la posesión de los enseres, así como mediante la venta de la maquinaria y, o del inmueble, o la constitución de contrato de arrendamiento o mutuo sobre los mismos.

La cesión puede hacerse a los propios miembros de la empresa cedente; a otra empresa del sector solidario e, incluso, a terceros quienes necesariamente deben cumplir los requisitos para ser miembros de esa empresa en el momento en que se efectúe la operación de adquisición de sus elementos.

## NATURALEZA

Para García-Sanz (2013) la cesión global del patrimonio es un medio que puede facilitar en gran medida las operaciones liquidatorias, pero no como un mecanismo que las elimina; un procedimiento sumario de la liquidación (aplicable cualquiera que hubiera sido la causa que provocó la disolución) en que la enajenación singular de los elementos patrimoniales que constituían el activo y el pasivo de la empresa se sustituye por su enajenación global.

De manera que la cesión global por sí misma no puede considerarse como causa de disolución de la sociedad transmitente, ya que la misma podrá decidir la cesión global y continuar subsistiendo integrada por sus socios y con un patrimonio formado por la contraprestación recibida de la sociedad beneficiaria de dicha cesión, con el cual iniciar un nuevo proyecto empresarial. La configuración jurídica de la sociedad cedente no se verá alterada por obra inmediata de la cesión; su estructura orgánica y el estatuto permanecerán sin modificarse.

Por lo anterior, considera el mismo autor que se debería regular la cesión global del activo y del pasivo dentro de las modificaciones estructurales de las sociedades, lo que no sería obstáculo para acudir a ella una vez que la sociedad esté en liquidación, ya que la liquidación se simplifica considerablemente, a la vez que se consigue que no se desintegre la organización empresarial.

En sentido contrario, para Münkner, H. y Txapartegui (2011) este caso, la empresa adquirida, esto es, la que transfiere su capital deja de existir como persona jurídica y se debe borrar del Registro.

La opinión prevaleciente es que se trata de una forma extraordinaria de transformación estructural de la empresa junto a la fusión, escisión y conversión, y se presenta como una alternativa a la fusión y escisión que es atractiva en relación con las entidades plenamente integradas en un grupo objeto de una reorganización, y que tiene una cualidad muy interesante: la economía en términos de requisitos formales y materiales, en tiempo y en costos (Masaguer, 1998).

## CESIÓN GLOBAL

La cesión global de activos y pasivos consiste en la transmisión en bloque por sucesión de todo el patrimonio de una sociedad, a favor de uno a varios socios o terceros –incluidos otra u otras sociedades- a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socios del cesionario.

La contraprestación podrá ser recibida por la propia sociedad cedente o directamente por sus socios, tanto de manera total como parcial, quedando extinguida la sociedad cedente si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios.

Cuando la cesión global se realice a dos o más cesionarios (cesión global plural), cada parte del patrimonio que se ceda habrá de constituir una unidad económica (Guerrero-Lebrón, 2011).

Se transmite de forma unitaria una empresa cuando se transmite a un mismo destinatario adquirente todos los elementos que conforman su activo y su pasivo, conservándose su integridad o la unidad. Se efectúa mediante la cesión global del activo y pasivo, lo que para algunos es una operación asimilada a la fusión, mientras que para otros se incluye en el marco de las operaciones de liquidación (Vargas, 2009).

La transmisión de los elementos de la empresa en su integralidad se puede hacer:

### *De forma global*

Se produce cuando se cede o venden todos sus activos y pasivos mediante un solo título jurídico, en un mismo momento o un solo contrato, con lo cual se transmite a una parte toda la empresa, continuando su existencia.

Pero, también, la transmisión de los elementos de la empresa a una misma persona adquirente se puede efectuar mediante títulos o contratos diversos, en el mismo o en diferentes momentos. En este caso, como quiera que se está en presencia de diferentes contratos celebrados entre las mismas partes, se trata de

contratos cuya interrelación revela la existencia de un contrato complejo unitario o de un conjunto de negocios jurídicos coligados.

Para Cebria (2001) la propia naturaleza de la empresa, en la cual se unen bajo criterios de funcionabilidad elementos heterogéneos, permite concluir que aun cuando su transmisión se disgregue en diferentes contratos, la permanencia de la organización en manos de la misma persona es manifestación de una voluntad unitaria de las partes de mantener tal unidad orgánica.

### *Transmisión parcial*

La transmisión puede ser efectuada de forma parcial, cuando a través de distintos contratos se desintegra la unidad funcional de los elementos que la conforman, mediante títulos distintos por los que se transmiten bienes y derechos por separado a diversas personas.

Ahora bien, si se transmiten a diversas personas y por separado la totalidad de los elementos que conforman una empresa, se pierde su integralidad o unidad y el efecto necesario sería su desaparición como tal, en cuyo caso estaríamos ante una causal de disolución de la entidad.

Sin embargo, se piensa que no es procedente la venta, porque jurídicamente no se pueden vender los certificados de aportación por carecer de circulación y que económicamente no es procedente, porque la cooperativa no es un negocio que genere las grandes utilidades de una sociedad mercantil (Ruiz, 2004).

## REQUISITOS

Para que se procedente la transmisión se deben cumplir los siguientes extremos:

1. Que exista texto legal que permita la transmisión, o que –al menos- no la prohíba expresamente (ídem). Sin embargo, advierte García-Sanz (2013) que un elemento esencial de esta operación es el reconocimiento por parte del legislador de forma extraordinaria y excepcional de la sucesión a título

universal como modo de transmisión del conjunto de derechos y obligaciones del que es titular el cedente, ya que el efecto de transmisión a título universal debe ser considerado como excepcional.

2. Se elabore un proyecto de cesión global y un informe justificativo del mismo, a cargo del órgano de administración o el de liquidación, si la empresa se encuentra en liquidación.
3. La decisión es competencia exclusiva de la asamblea, generalmente por mayoría calificada, la que fija todas las condiciones de la cesión, bajo la figura de reforma del estatuto.
4. Se haga valoración del patrimonio cedido por parte de un experto independiente.
5. En necesario la celebración de un contrato entre la cedente y el cesionario que debe ser publicitado con expresión de la identidad de las partes.
6. A los acreedores de ambas partes se les debe reconocer el derecho de información, para lo cual deberán tener derecho a conocer el acuerdo de cesión y a oponerse como en la fusión, en un plazo prudencial.

## EFFECTOS

### *La cesión tiene eficacia traslativa*

Por obra de la cesión, el cesionario asume las obligaciones, adquieren los derechos y se subrogan en las obligaciones jurídicas de la cedente (Masaguer, 1998), por lo que es necesario el registro de la cesión para que tenga validez. Se trata de una transmisión en bloque, como un todo, a título universal que opera *uno actu*.

### *Derecho de receso*

A los miembros que estén en contra del acuerdo de cesión global se les debe reconocer expresamente el derecho de receso, porque la cesión no conlleva la trasmigración de los miembros (pase de los miembros a la entidad adquirente).

## *Respecto de fondos irrepartibles y subvenciones públicas*

Si la cesión se produce hacia una forma jurídica no solidaria, tendría que preservarse el destino normalmente irrepartible e indisponible de los fondos, dándoles el mismo destino que en el supuesto de liquidación. Lo mismo con las subvenciones legales por el mantenimiento de los puestos de trabajo, lo que no sería necesario si la transmisión se efectúa a otra empresa cooperativa, social o solidaria.

80

## EL "CRAMDOWN"<sup>9</sup>

### *Concepto*

El "Cramdown" es un sistema de salvataje o de salvamiento de una empresa en crisis, que consiste en una propuesta de acuerdo preventivo por parte de un tercero, quien en caso de obtener la conformidad de los acreedores, adquiere la empresa concursada.

Implica la sustitución del empresario cesante que en subsidio de su fracaso en la obtención del acuerdo es sustituido por otro empresario que se supone en mejor situación para la continuación de la actividad de la empresa.

Se trata de un mecanismo de transmisión total de patrimonio de una empresa que se encuentre en situación de concurso, a otras personas. Posibilita que otras personas (que no sean la concursada) adquieran -forzadamente si es preciso- el capital social de una empresa, como consecuencia de haber logrado antes inexcusablemente una solución acordada con los acreedores de la concursada.

Lo que intenta el "Cramdown" es evitar la necesidad de liquidar la empresa a los efectos de cancelar el pasivo concurrente; de él se hará cargo la concursada en los términos del acuerdo logrado por el tercero ganador, a cambio de lo cual éste sustituye a los primitivos socios de aquélla, adquiriendo la totalidad de las cuotas o

---

<sup>9</sup> Rezzónico y Karen, 2014



acciones que integran el capital social, sin perjuicio del precio que eventualmente debe pagarles por la transferencia.

Existen en el procedimiento dos etapas perfectamente diferenciadas: la primera, es la solución concordataria del pasivo quirografario con los acreedores; la segunda será la negociación con los viejos socios.

Para que ésta tenga lugar, es preciso hacer una estimación del posible valor del capital social que, si es positivo, debe reducirse. Una vez determinado el capital social, el oferente del Cramdown puede: a) ofrecer pagar el 100% a los socios, caso en el cual la transferencia del capital social es irresistible; b) ofrecer pagarles un importe menor (cualquiera fuera el porcentaje, sin mínimo alguno). Esto implica formular una propuesta de acuerdo a los viejos socios.

#### *El "Cramdown" en el sector solidario*

Esta institución propia del derecho mercantil podría ser empleada en el caso de una empresa (solidaria o comercial) que se encuentre en situación de iliquidez y en proceso de concurso, por el cual una empresa solidaria adquiere la totalidad del patrimonio de la empresa en crisis.

Se presentan dos situaciones:

1. Empresa recuperada por los trabajadores (ver Tema 55)  
Si la empresa adjudicante fuese de naturaleza civil o mercantil y la adjudicataria una cooperativa de trabajo que se constituye con los trabajadores de la misma empresa, la traslación accionaria no opera automáticamente porque la empresa muta de naturaleza. Si bien existe una continuidad negocial y la cooperativa debe cumplir los compromisos asumidos en el acuerdo logrado, su funcionamiento debe adecuarse a las disposiciones de la legislación cooperativa.
2. El "Cramdown" cooperativo  
Si la empresa en concurso es de naturaleza solidaria, otra empresa solidaria del tipo que fuese, podría adquirirla por la vía del Cramdown

pagando el precio pautado, pasando el patrimonio de aquella al de la adjudicataria.

## Referencias

- Appio, C. (2001). Fusioni e scissioni di banche di credito cooperativo. *Rivista della Cooperazione* 2/2001. Roma. Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti
- Aurioles, A. y García-Sanz, A. (2013). Introducción. La extinción como proceso y la personalidad jurídica. *Tratado de Derecho de Cooperativas. Tomo II*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Borquez, A. (2002). Notas acerca de la división de sociedades de Responsabilidad Limitada. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 211. Concepción.
- Bonfante, G. (1999). L' unita di forma giuridiche per la cooperazione un tabu' da superare?. *Rivista della Cooperazione*. Istituto Luigi Luzzatti. Roma
- Botana, M. (1999). As modificacions estruturais da sociedade. *Estudio sobre a lei de cooperativas de Galicia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galicia
- Cusa, E. (2006). Il socio finanziatore nelle cooperative. *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 286. Milano, Giuffrè
- De Ferra, G. (1991). La Scissione delle Società. *Revista delle Società*. Milano
- Díaz, F. (1989). *El Fondo de Reserva Obligatorio en la Nueva Ley General de Cooperativas*. Nº 55-56 / 1988-1989. Madrid. Revista de Estudios Cooperativos
- García-Sanz, A. (2013). Cesión global del activo y del pasivo. *Tratado de Derecho de Cooperativas. Tomo II*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Guerrero-Lebrón, M. (2011). Escisión global y traslado internacional el domicilio social de las sociedades laborales. *Estudio sobre las implicaciones laborales, mercantiles y fiscales de la modificación estructural de la sociedad laboral*. Madrid, Marcial Pons
- Lázaro, E. (2001). Fusión, escisión y transformación. *La sociedad cooperativa en la ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas*, Granada, Comares
- Lázaro, E. (2010). Modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas. *Derecho de sociedades cooperativas de la Región de Murcia*, Pamplona, Aranzadi

- Macías, A. (2002). Consideraciones críticas sobre la fusión, escisión y transformaciones en la ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas. *Revista de Estudios Cooperativos*, 78, Madrid. Aecoop
- Martínez, M. (2001). De la escisión. Cooperativas. *Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*. Madrid. Colegios Notariales de España
- Masaguer (1998). La cesión global de activo y pasivo. *Revista de Derecho Mercantil* Nº 228. Madrid
- Morales-Acosta, A. (1998). *Realidad y propuesta legislativa para el desarrollo del cooperativismo en una Economía de Mercado. El caso peruano*. San José. ACI-OIT
- Münkner, H. y Txapartegui, J. (2011). *Glosario cooperativo anotado*. Ginebra. OIT
- Ruiz, C. (2004). *La falta de medios jurídicos que fundamentan la venta de la sociedad cooperativa de ahorro y crédito*, Unam-Acatlán
- Puy Fernández, G. (2013). Escisión. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*. Valencia. Tirant lo Blanch
- Rezzónico, A. y Karem, A. (2014). El llamado *Cramdown*. Una propuesta interpretativa de disposiciones legales deficientes. *Congreso Continental de Derecho Cooperativo, Guarujá, Brasil, 2013*. Buenos Aires, Intercoop
- Santos, M. (1998). Notas sobre la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura. *La Legislación Cooperativa en España*. Valencia. Ciriec

## 55. EMPRESAS RECUPERADAS POR LOS TRABAJADORES

Aspectos generales. Medidas. Mecanismos. Compra apalancada. Convenio en el proceso concursal. Protección y fomento del Estado

---

### ASPECTOS GENERALES

#### *Concepto*

Con el título de empresas recuperadas por los trabajadores nos referimos a los procesos de rehabilitación de empresas públicas o privadas, generalmente en etapa de cesación de actividades o de cierre por cualquier causa para ser traspasadas a sus trabajadores como medida para conservar sus puestos de trabajo, a través de una forma jurídica determinada.

Para Ruggeri (en, Martí, 2006) la empresa recuperada es un proceso social y económico que presupone la existencia de una empresa anterior que funcionaba bajo el modelo de una empresa capitalista tradicional, cuyo proceso de quiebra, vaciamiento o inviabilidad llevó a sus trabajadores a una lucha por su puesta en funcionamiento bajo formas autogestionarias.

Señala Bertossi (2005) que las empresas recuperadas mediante cooperativas de trabajo en Argentina tienen características más o menos similares:

1. Se orientan preferentemente hacia el mercado interno en ramas afectadas por la importación o, negativamente, por sus dificultades de exportación.
2. Los trabajadores han establecido acuerdos con proveedores, con clientes y el fisco de modo tal que les faciliten un cierto capital de trabajo para el funcionamiento empresarial.
3. La mayoría de las empresas revelan una deserción empresaria que puede ser total o parcial.
4. En unos casos los sindicatos abandonaron a los operarios a su propia suerte; en otros, hicieron una fuerte contribución en defensa de las fuentes de trabajo, promoviendo auténticas cooperativas; salvo excepciones, las

empresas recuperadas tuvieron serias dificultades y, en no pocos casos, insalvables.

5. A todo ello se une el desconocimiento por parte de los interesados del manejo empresario y en especial bajo la forma de una cooperativa de trabajo, lo que se agrava cuando, bajo esta forma, los asociados pretenden recuperar una empresa obsoleta, con tecnologías vencidas y con una producción carente de mercado.
6. Lo característico de ellas es que son empresas “tomadas” por los trabajadores que por las circunstancias de la subsistencia “ *fueron obligados a tomar la empresa* ” para preservar sus puestos de trabajo; no responde a un proceso de ofensiva de los trabajadores que toman plantas de grandes empresas, en pleno proceso de producción, y pasan a dirigir la planta.
7. Implica la sustitución simbólica de la propiedad de los trabajadores, basada sobre su trabajo, a la propiedad del patrón, basada sobre la detención del capital (Vabre, en Solaris, 2011).
8. Observa Solaris (ídem) que una innovación mayor de las empresas recuperadas en la Argentina es la redistribución equitativa de los ingresos. Cerca de dos tercios de ellas practican la equidad de pago total o casi total entre sus miembros., lo que refuerza la exigencia de horizontalidad.

### *Etapas por las que atraviesan*

Señala Schujman (2015b) que los trabajadores que asumen la recuperación de empresas normalmente atraviesan por al menos tres etapas, a saber:

1. Crisis empresaria:  
Sueldos y quincenas atrasados, aportes y contribuciones previsionales impagos, servicios sociales suspendidos, maniobras fraudulentas, dificultades propias de la actividad que realizaba la empresa, que van a condicionar duramente al proceso de su recuperación.” “El empresario opta por proceder a un vaciamiento sistemático y a maniobras dolosas, precarizando las condiciones laborales mediante atrasos importantes en los

salarios, suspensiones, despidos, trabajo en negro, contratos basura”.  
(Buffa Adolfo. Ob. Cit.: 2).

2. Medidas de defensa de la fuente de trabajo.

Al ver que muchos de los dueños de las empresas quebraban, se concursaban o simplemente abandonaban las plantas y desaparecían, los trabajadores optaron en la mayoría de los casos por tomar medidas de fuerza: La ocupación u otras medidas de fuerza se enderezaban fundamentalmente a preservar los medios de producción e inmediatamente determinaron en la mayoría de los casos, como imprescindible para la subsistencia de los trabajadores, la puesta en funcionamiento de la planta, el retorno precario a la actividad productiva. La permanencia del trabajador en el lugar de trabajo, tiene en esta etapa una función primaria central e ineludible: Controlar la planta con el objeto de evitar su vaciamiento y permitir una mejor posición para negociar con empresarios, jueces y gobierno.

3. La necesidad de acumular capital de trabajo

En la primera etapa se autofinancian con recursos propios y fundamentalmente con la compensación o el aporte de las indemnizaciones, en algunos casos para hacerse de los medios de producción, y a través de microcréditos para establecer un exiguu capital de giro.

En otros casos, fundamentalmente en una segunda etapa, el resultado de los excedentes acumulados forzosamente, en algunos casos recurriendo a la auto explotación, y algunos subsidios provenientes de la autoridad de aplicación y del Ministerio de Trabajo, permite la adquisición de nuevos equipos y maquinaria, y de mejorar el parque tecnológico, pero la dificultad que tienen en general las cooperativas para capitalizarse en estas empresas se multiplica y subsiste a lo largo de toda su vida.

4. Tenencia, posesión o propiedad de los medios de producción

La actividad de los trabajadores y de sus movimientos sociales durante estas primeras etapas de la recuperación están enderezadas a que los

trabajadores puedan contar primero con los medios de producción, y consolidar esa tenencia en la adquisición y de inmediato se ven obligados a renovarlos y modernizarlos tecnológicamente con escasos recursos.

### *Forma jurídica*

Las formas jurídicas adoptadas por las empresas recuperadas han sido variadas, y van desde la cooperativa o empresa solidaria de trabajo asociado existente, o una que se constituye al efecto, hasta las sociedades anónimas, aunque no se agotan en ellas, ya que en algunas empresas recuperadas, ha surgido la demanda de nuevas figuras, como la de “estatización con control obrero” o con “administración obrera”, o la de “empresa social” (Palomino, 2003).

En general, se ha adoptado la forma jurídica de *cooperativa de trabajo*, pero se pueden dar situaciones de transitoriedad o traspaso parcial que contemplen otras formas (Sancha, 2003), incluso sociedad anónimas u otras opciones asociativas y alianzas estratégicas.

De acuerdo al Decreto Supremo 1754 de Bolivia (2013) los trabajadores en defensa de sus puestos de trabajo en empresas en proceso (o aun habiendo concluido el mismo) de quiebra, concurso o liquidación, cerradas o abandonas de forma injustificada, pueden constituir empresas de cualquier tipo societario previsto en el Código de Comercio, llamadas empresas comunitarias o sociales de carácter privado, para asumir su gestión.

### *Naturaleza*

Normalmente se trata de grupos de trabajadores de las originalmente empresas capitalistas, posteriormente cooperativizadas o en proceso de cooperativización que se encuentran en una situación de insolvencia y con una infraestructura productiva generalmente gravada, con créditos garantizados con una prenda sobre las maquinarias. Esto nos remite a un acreedor con derechos reales sobre la maquinaria, generalmente un banco (Martí y Camilletti, 2004).

Para Echaide (2006) si los trabajadores persisten en considerarse como empleados con derechos en expectativa o eventualmente incumplidos por sus patrones, se posicionarían como acreedores de créditos laborales a su favor y contra sus ex empleadores; pero a la vez se definirían como trabajadores que no disponen libremente de los medios de producción puesto que esos son de la propiedad exclusiva de esos empleadores.

La administración por los trabajadores supone no delegar las tareas de dirección en instancias ajenas al colectivo obrero, que pasa a asumir todas y cada una de las responsabilidades y riesgos sin contar con los empresarios y gerentes, en cuanto a la organización de la producción y la comercialización de los productos.

En el caso de Bolivia, el Decreto sobre Empresas Sociales dispone que los trabajadores, mediante un convenio interno y recíproco, asuman la responsabilidad y el riesgo de controlar y organizar la administración del patrimonio de forma colectiva, y establezca la responsabilidad de sus integrantes.

### *Objeto*

Con la recuperación se persigue el salvataje o el reflotamiento de una empresa por parte de los propios trabajadores dependientes de ella, quienes se convierten en adelante en miembros-trabajadores. Mediante esta figura los trabajadores buscan tomar a su cargo la producción y la gestión, pasando a un nuevo régimen jurídico que les obliga a redefinir su rol dependiente y subordinado en el contrato y la organización del trabajo. Los propios trabajadores se fijan una retribución mínima para su trabajo consistente en retiros periódicos equivalentes a un sueldo mínimo, a veces combinados con pagos en especie o mercaderías (Palomino, 2003).

Pero, además, las empresas recuperadas van más allá de la mera protección de los intereses de sus miembros, y hacen suya la práctica de la solidaridad con la comunidad o el entorno, invirtiendo parte de sus excedentes en obras y servicios en ellas de vivienda, educación, salud, infancia, microcrédito, cultura), etc. (Solaris, 2011).



Señala Schujman (2015a) que se trata de una verdadera epopeya de los que enfrentados con la crisis empresaria que asumen el desafío de asegurar la subsistencia de sus familias, y para ello se plantean la integridad de la unidad de producción para restituirla a la actividad, sin capital ni la posibilidad de acceder a financiación ordinaria, reciben la empresa con deudas y cargas insatisfechas, sistemas de producción, tecnología y maquinaria obsoletos y ya descartados por el mercado, y lo hacen sin estar preparados para transformarse simultáneamente en dadores y receptores de trabajo, el valor de este comportamiento, es inexplicable desde el mercado de intercambios equivalentes. Es un renovado mecanismo de lucha de los trabajadores de perspectivas inimaginables.

### *Causales*

El proceso de recuperación de empresas por sus trabajadores surge en cualquier caso de pérdida efectiva o –incluso- de puesta en peligro de los puestos de trabajo, como pueden ser la cesación de actividades de la empresa, la paralización del total o parte de las operaciones, el abandono de la empresa por parte de sus propietarios, el trasvasamiento de activos, la suspensión de pagos, la falta de liquidez, la quiebra o el concurso de acreedores. Además, los casos de privatización de empresas públicas, la expropiación de empresas privadas, su confiscación o dación en pago, etc.

Según Vanek (1985), uno de los casos más frecuentes para el surgimiento de las organizaciones cooperativas es la quiebra en la que los trabajadores asumen la gestión de la empresa capitalista arruinada. También señala como matrices de surgimiento la reorganización amigable, la reorganización agresiva, la formación espontánea y la formación inducida del exterior.

A su vez Terra (1986) propone, entre las matrices de surgimiento de las cooperativas de producción, el nacimiento por la transferencia a los trabajadores de empresas deficitarias, públicas y privadas (Martí, 2015).

La Ley mexicana de la Economía Social y Solidaria prevé que en los casos en los cuales las empresas de carácter privado presenten conflictos obrero patronales

calificados como irreconciliables, las autoridades competentes deberán tomar en cuenta a los trabajadores, a través de las organizaciones o empresas del sector ya existentes o las que sean constituidas para tal efecto, para ser considerados en la transferencia de los bienes de la empresa en cuestión, a fin de que dichas empresas continúen operando con eficiencia y rentabilidad. Lo anterior, de conformidad y con absoluto respeto a lo que dispongan las leyes laborales y mercantiles en la materia.

Y uno de los hechos reveladores es la ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones. En tales casos, podría pensarse en el allanamiento de la personería de la empresa mediante la aplicación de la teoría del corrimiento del velo cuando se comprobase que los propietarios de la empresa en abuso de la personería jurídica societaria y en fraude de los trabajadores (y en su caso, de los acreedores) la vaciaron, haciéndolos personalmente responsables por las deudas de la empresa, las que pasarían a cabeza de los propietarios y ya no de la empresa ahora en manos de los trabajadores.

Ahora bien, parece preferible que la ley deje abierta la posibilidad de procederse al mecanismo de recuperación en casos no expresamente previstos, dada la multiplicidad de situaciones que pueden presentarse.

Dice Sancha (2003) que si bien esta medida no es una solución global a la problemática de la pérdida de puestos de trabajo, es una alternativa concreta a casos puntuales ofreciendo variantes que permiten salidas laborales sostenibles con indudables ventajas sociales, ya que permite a los trabajadores conservar su oficio y cultura industrial, evitando improvisación en nuevas actividades y manteniendo su conciencia asociativa laboral.

## Condiciones

Una normativa que regulase el traspaso de una empresa a sus trabajadores debería hacerla procedente siempre que se cumplan ciertas condiciones mínimas que garanticen, por lo menos:

1. Formación de la empresa solidaria

No podría exigirse la constitución formal de la empresa solidaria, sino, por lo menos, que se encuentren en período de promoción de la misma

2. Títulos y acciones

La venta, cesión o traspaso del total o parte de los títulos y acciones de las empresas objeto del procedimiento a los trabajadores interesados, o el otorgamiento a las empresas formadas por los asalariados, en los contratos de gestión o administración de la empresa en proceso de cierre, que pudieren acordarse, en lugar de su venta.. En caso que la deserción empresaria sea parcial, sería posible que los propietarios se mantengan como asociados en la nueva forma jurídica que adopte la empresa.

3. Viabilidad

Que sea viable el reflotamiento o la recuperación de la empresa; esto es, que sea técnica, financiera y comercialmente posible la continuidad de las operaciones empresariales, o bien su renovación por incorporación de nuevas tecnologías o de mercados, o por cambio de rama de actividad. Se trata de una cuestión de hecho, resultado de un adecuado estudio técnico que tome en cuenta, además, criterios solidarios como el de la sinergia, el factor comunidad, entre otros.

En Argentina, la reforma de la ley de concursos y quiebras de 2011 incluyó la variable de la continuidad productiva por sobre la liquidación de los bienes, ya no como un recurso extraordinario sino como una posibilidad que el juez tiene que tener en cuenta si se dan ciertos requisitos, dando pie a los trabajadores organizados en cooperativas para que puedan llevar adelante la explotación mercantil de la empresa tanto en la instancia del

concurso preventivo como en la quiebra, mediante el mecanismo de la compensación de los créditos laborales en poder de los trabajadores (Ruggeri, 2014).

#### 4. Rentabilidad

Que se garantice un mínimo de rentabilidad financiera que posibilite una remuneración para los ex asalariados, ahora asociados-trabajadores, por lo menos equivalente al salario mínimo interprofesional local, de manera que no se produzca una situación de auto-explotación por parte de los trabajadores, quienes estarían dispuestos a asumir exagerados sacrificios con tal de mantener sus puestos de trabajo, como lo son trabajar por un magrísimo salario, produciendo bajo condiciones de trabajo insalubres, altos ritmos de trabajo, condiciones de flexibilidad que transgreden el convenio colectivo de la rama, o directamente explotando a terceros. Aunque la remuneración podría ser menor a la ordinaria para la misma clase de trabajo, pero sólo con carácter temporal y previa aprobación de la autoridad pública, siempre que la diferencia se acredite a cuenta de aportaciones de los ahora asociados-trabajadores.

En Uruguay, en los casos de procesos liquidatorios de empresas a recuperar por los trabajadores se podrán realizar horas de trabajo solidarias de carácter gratuito que no generan aporte alguno a la seguridad social. Esta resolución también se debe adoptar en Asamblea Extraordinaria por la mayoría especial de 3/4 del total de socios (Moreno, 2013).

## MEDIDAS

En caso de paralización de una empresa y como medida de conservación de la fuente de trabajo podrían adoptarse algunas de las siguientes medidas:

*La conversión de la deuda laboral de los propietarios, en capital de la empresa aportado por los trabajadores.*

Para ello, se hace necesaria una norma expresa que disponga que al acordarse la adquisición de la empresa por los trabajadores se producirá la disolución del contrato de trabajo de los trabajadores solicitantes y sus créditos laborales se transfieran a favor de la cooperativa de trabajo que constituyan, convirtiéndose en cuotas de capital social de la misma. Ahora bien, si se transfieren los pasivos se presenta el peligro –advierte Sancha (2003)- que estos adquieran una deuda que no justifique el valor de los bienes adquiridos, situación que en el mediano plazo haría que las cargas financieras hagan fracasar el proyecto.

*El traspaso de la propiedad, el arriendo o la gestión de las instalaciones por parte de los trabajadores.*

Puede tratarse de acuerdos con los antiguos dueños bajo la figura de alquiler de la fábrica, de cesión de las acciones a los empleados, la entrega de la gestión del negocio o de un acuerdo con los dueños a nivel gerencial que integra la cooperativa junto con los obreros (Godio, 2004).

Puede ser, también, un contrato de alquiler entre la cooperativa formada por los trabajadores y el juzgado donde está domiciliada la quiebra o el concurso (Sancha, 2003).

En Colombia, la ley La ley 1116 de 2007 estableció condiciones estrictas para la entrega de las empresas a los trabajadores por parte de los empresarios mediante dos estrategias: la dación en pago a los trabajadores de la responsabilidad que el empresario no habría podido cumplir, y, o la entrega del manejo de la empresa a los trabajadores, quienes constituyen una CTA para hacerlo (Dávila y Huertas, 2010).

*Adoptar medidas previas de saneamiento financiero (pago de pasivos y de cargas financieras) y la interrupción de procesos concursales en curso.*

### *Factibilidad*

Demostrar -por medio de un estudio técnico- la factibilidad socioeconómica de la empresa que incluya un plan de saneamiento y reorganización adecuadamente fundado, el proyecto de inversión y venta, y las proyecciones referentes a la actividad económica que desarrollará. Ello incluye, además, la adopción de tecnologías socialmente apropiadas, o que respondan a los valores y principios solidarios.

*La exclusión temporal de la empresa en crisis del convenio colectivo que le fuera aplicable, siempre que –por causas económicas o tecnológicas- deba despedir o suspender a parte de los trabajadores, y que haya acuerdo entre el empleador y la asociación sindical respectiva (Passadore, 2005).*

### *Continuidad*

Se debería permitir la continuación inmediata de la explotación de la empresa o de algunos de sus establecimientos por parte de los trabajadores organizados en cooperativas, participándolo al juez en un plazo perentorio, quien la acordaría si estimare viable la continuación de la explotación, estableciendo el régimen de contralor de la actividad, fija el plazo de continuidad (respetando al menos el ciclo productivo de la actividad empresarial), indica los contratos en curso de ejecución que se mantienen y procede a ordenar la tasación de la empresa, la que no debe exceder de su valor probable de realización en el mercado.

Lucena (2007) señala que generalmente lo que se toma en una entidad productiva en crisis o cerrada es el establecimiento. A veces se toma el establecimiento y a veces se toman las empresas, porque es un establecimiento cuya expresión física está en ese solo sitio y en ese solo sitio está todo. La empresa es más que el

establecimiento. La empresa puede concentrarse en un solo lugar, en el espacio donde se hace la manufactura, pero este no es el espacio donde se liquida el producto como terminado, no es el espacio donde se convierte el producto en dinero. El espacio donde se convierte es el de la red de distribución, la estructura de distribución, entonces si se toma el establecimiento manufacturero no se toma la empresa; la empresa realmente implica la red de distribución.

### *En relación con la enajenación de la empresa*

Si de la tasación que se haga de la empresa no excede los créditos debidos a los trabajadores o la parte de ellos que ofrezcan estos, debería irse a la adjudicación directa a los trabajadores.

*Garantizar la existencia de un capital de giro o de trabajo suficiente que permita adquirir los insumos necesarios para la producción.*

Pudiese ser mediante acuerdos con proveedores o clientes, lo que asegura un cierto capital de trabajo. En algunos casos subsisten en las empresas materiales y materias primas que permiten avanzar en los primeros procesos productivos o de servicios. Pero inmediatamente se quedarán sin “capital de trabajo” para funcionar y deberán acudir al mercado (proveedores y bancos) para obtener los insumos necesarios (Gambina, 2003).

De no existir ese capital la empresa recuperada se ve en la necesidad de hacer el trabajo a *façon* (venta del servicio de procesado industrial a clientes que proveen la materia prima y retiran el producto para su comercialización o transformaciones posteriores) estrategia que puede ser utilizada para preservar la fuente laboral, capitalizarse y reanudar el ciclo productivo, aunque tiene el inconveniente de reducir los niveles de ingreso y generar lazos de dependencia con los clientes-proveedores (Martí y Camilletti, 2004).

Observa Sancha (2003) que el *façon* tiene la ventaja de que no es necesario disponer de capital de trabajo y que se evita la etapa de comercialización, en los

casos en que los trabajadores no poseen experiencia o no controlan y que la dependencia estructural de estos clientes-proveedores, les hace oportuno realizar alianzas estratégicas.

Sin embargo, Heras y Burín (2013) observan que en la Argentina se cuestiona la inclusión dentro del campo de la ESS a aquellos emprendimientos y cooperativas que trabajan a *façon* para una sola empresa capitalista con el único objetivo de reducir los costos laborales de la misma o de aquellos micro-emprendimientos promovidos desde estas operatorias que se dedican a la reventa de productos elaborados por empresas capitalistas –para algunos integrantes son vistos como un modo de financiar desde el estado fuerzas de venta integradas por trabajadores informales, lo que estaría estimulando el trabajo no registrado.

## MECANISMOS

1. Por parte de los miembros-trabajadores puede ser la aportación de las indemnizaciones laborales debidas o el pago de una sola vez del seguro de desempleo para efectuar sus aportaciones a la empresa.

En este caso, lo más significativo para los grupos de trabajadores que intentan recuperar una empresa en su derecho de prelación en tanto acreedores de la empresa por sus créditos laborales adeudados, por cierto los únicos recursos con que cuentan los trabajadores para reiniciar el proceso productivo en la primera etapa (Martí y Camilletti, 2004).

Estos créditos laborales en la mayor parte de las leyes laborales tienen el carácter de privilegiados en primer grado, inclusive –debieran serlo- antes que los costos judiciales y de administración. Caso contrario, en el mejor de los casos los trabajadores sólo pueden cobrar las sumas adeudadas parcialmente y con retraso, o que no puedan hacer efectivas sus acreencias.

2. Podría ser la medida del Perú que dispone que en caso de producirse la transferencia de la empresa, los trabajadores adquieren en propiedad los



activos de la empresa y asumen la obligación de satisfacer su pasivo hasta el monto del valor del activo, y la propiedad de la empresa será reconocida a los trabajadores en proporción al monto de sus beneficios sociales, con la obligación de transformar la empresa en una cooperativa de producción y de trabajo (Torres, 1988).

3. En Bolivia, en caso de venta de la empresa, el empleador la ofertará preferentemente a los trabajadores, los que podrán establecer como parte de pago sus acreencias devengadas.
4. Puede haber la figura del socio-participe, preferentemente una empresa u organismo de integración del sector o la dependencia pública encargada del financiamiento, o el fondo de fomento que asuman el salvataje (*Cramdown*) o la adquisición de la empresa, previo el pago de las participaciones societarias al valor real de ellas. En tal caso, debe presentarse un plan que haga confiable el propósito de contribuir al salvataje, así como el compromiso de continuar su actividad por un tiempo determinado o que mantenga un platel mínimo de trabajadores. Pero, sería inadmisibles que un tercero (incluso los antiguos accionistas) adquiriera las participaciones de las cooperativas mediante este procedimiento, puesto que ello implicaría desnaturalizarla, además que permitiría transformarla en otro tipo de sociedad.
5. La administración extraordinaria: en Italia las empresas de más de 200 trabajadores que entren en iliquidez y como medida para el mantenimiento del nivel de ocupación, entran en administración dirigida por parte de otra empresa (designada por el juez o la Administración) que permita la continuación de las actividades, con la finalidad alternativa de: cesión de parte de los negocios, o reestructuración financiera de la empresa (Schiano, 2000). Esta podría ser una medida, si la empresa recuperante es una empresa de trabajo asociado, formada con los mismos trabajadores de la empresa en reestructuración.
6. En el caso de la Ley de Fomento del Empleo del Perú permite la constitución de cooperativas de trabajo suministradoras de servicios

complementarios a los procesos de producción que se lleven a cabo en empresas usuarias, tales como provisión de insumos o de materias primas o para tareas de carácter especializado como labores de control de calidad o labores de acabado final, constituidas por trabajadores cesantes de la empresa que cuenten con un alto grado de calificación laboral, bajo la modalidad de empleo autónomo.

7. En Italia los movimientos cooperativo y sindical constituyeron una compañía financiera industrial que participa en el capital social de las cooperativas de producción y de trabajo. Proporciona el capital suscrito por los trabajadores asociados y otras personas jurídicas que eventualmente producen ingresos.

### *En caso de quiebra de la empresa*

En Argentina, la reforma de la ley de quiebras (2011) incorpora cuatro aspectos sustanciales que inciden en la recuperación cooperativa de empresas y en la situación de los trabajadores frente al concurso y la quiebra.

1. Establece la participación de los trabajadores en el Comité de Control. Les permite asistir a las audiencias, revisar los expedientes y los legajos de los acreedores, y facilitar la detección de los fraudes usuales en los procesos concursales.

No cabe duda alguna que en el caso de actuación de una cooperativa de trabajo ésta debe ser escuchada sobre estos aspectos pues, de lo contrario, el informe del síndico queda vaciado de contenido.

2. Permite a la Cooperativa conformada por los trabajadores presentarse en el “Cramdown o salvataje” para adquirir las acciones de la empresa.

Esta norma asociada a aquella que autoriza la compensación del valor de esas acciones con los créditos indemnizatorios laborales. En algunos casos puede permitir que los trabajadores cooperativizados adquieran la empresa, en una solución definitiva, pero que involucra al pasivo concursal.

3. Las maquinarias, marcas e incluso los inmuebles pueden ser adquiridos por los integrantes de la Cooperativa de trabajo compensando el 100% de sus acreencias laborales.

Esta reforma es sumamente importante, porque permite recuperar los medios de producción imprescindibles sin hacerse cargo de pasivos.

4. Autoriza al juez a suspender las ejecuciones hipotecarias y prendarias por un plazo de 2 años, a pedido de la cooperativa conformada para la recuperación de la empresa.

Este aspecto es sustancial, porque permite a los trabajadores contar con un plazo para poner en marcha la empresa, asegurar un salario mínimo que les permita subsistir, poner en marcha rudimentariamente la estructura de gestión y de administración, restablecer la provisión de insumos y organizar la cadena de comercialización, y acumular un capital colectivo, o subsidios o recursos financieros para afrontar la compra de los medios de producción si sus acreencias fueron insuficientes (Macellari, 2013 en Schujman, 2015).

## COMPRA APALANCADA DE EMPRESA POR LOS TRABAJADORES

### *La compra apalancada (buyout)<sup>10</sup>*

Una compra apalancada o compra financiada por terceros (en inglés *Leveraged buyout*) consiste en la adquisición de una empresa con la ayuda de una gran parte de capital externo para alcanzar la suma necesaria. Como garantía (o "apalancamiento") se utiliza para ello de forma exclusiva o mayoritaria los flujos o activos (como bienes) de la empresa por adquirir, para asegurar y pagar el dinero prestado en la compra.

La expectativa del comprador en una compra apalancada se basa en el principio del apalancamiento. Con unos medios propios reducidos se consigue una rentabilidad financiera, siempre y cuando la rentabilidad total sea mayor que los intereses del capital de terceros. Requisito es también que la empresa objetivo

---

<sup>10</sup> Wikipedia

tenga un flujo líquido lo suficientemente elevado para hacer frente a las obligaciones futuras.

La financiación se basa exclusivamente en la capacidad de pago de la empresa por adquirir, es por ello que se puede equiparar la financiación de una compra apalancada con la financiación de un proyecto. En la necesidad de ganar medios para el pago de las obligaciones y beneficio para el inversor, se encuentra el riesgo de la compra apalancada, tanto para la empresa que se compra, como para la compradora y para la que aporta el capital: también en el caso en que la empresa objetivo pase por dificultades financieras se deben encontrar medios para el pago de las obligaciones.

Para la realización de la inversión, el inversor declara su participación propia (denominado salida) después de un período determinado, que suele comprender 4 o 5 años. Si el siguiente comprador también es un inversor financiero, entonces se habla de

#### *Compra por los trabajadores (workers' buyout)-OMB<sup>11</sup>*

Es parte de un proceso de reestructuración, rescate o conversión de un negocio por el que los empleados compran una participación accionaria en la empresa que les emplea, o en una división o en una subsidiaria de la empresa. En su expresión más progresista, un OMB también incluye la participación de los trabajadores en el funcionamiento de la empresa, ya sea directamente o a través de la elección o nombramiento de la administración.

A través de una variedad de mecanismos legales que varían según la jurisdicción nacional, los empleados involucrados forma primero una nueva entidad, denominada 'newco', con el fin de participar en los requisitos legales para la compra de todo o parte de los intereses de negocio original, que a su vez es conocido como la 'empresa de destino' (Bernstein y Hodge, 2008).

---

<sup>11</sup> Vieta (2016)

En procedimientos más simples de la OMB, la newco puede ser una asociación de empleados transitorios de algún tipo, o los empleados pueden formar un fideicomiso, donde la empresa objetivo se convierte posteriormente en una nueva entidad jurídica, generalmente un trabajador de cooperativa. La newco, asociación o fideicomiso en nombre del colectivo asalariado se encarga de la compra, y luego la newco se fusiona con la empresa de destino o forma una nueva empresa y disuelve la compañía de destino (Mraz, 2012).

La compra por parte de los trabajadores (WBO's) puede tomar cuatro rutas:

1. Los empleados forman un newco que luego compra algunos o todos los activos de la empresa objetivo en lo que se conoce como una 'venta de activos', generalmente a través de la emisión de capital por la empresa de destino.

Esta compra es financiada por las contribuciones de los trabajadores a la newco de sus ahorros, planes de pensiones redireccionados, los avances en el seguro de desempleo o de otras fuentes financieras (como con la ayuda de los inversores institucionales, que puede ser cooperativas, personas o empresas públicamente negociadas o privado como '*Socio finanziatore*' de Italia).

2. Los empleados adquiere algunos o todos los activos de la empresa de destino a través de préstamos de financiación (ya sea de bancos, cooperativas de ahorro y crédito u otros inversores institucionales), que es asegurada por los activos y potenciales de la empresa de destino o newco, o a veces en combinación con futuros ingresos o directamente por bienes propios de los trabajadores.
3. Los empleados, sus sindicatos u otros partidarios locales y representantes legales, en primer lugar negocian la transferencia de una empresa destino en bancarrota, o una porción del mismo a través de algún tipo de mecanismo legal o legislativo (p. ej., quiebra o incluso legislación de expropiación).

Estos mecanismos, a su vez, aseguran la conversión de la empresa de destino a la propiedad y gestión colectiva de los trabajadores. Versiones de este modelo se utilizan en Argentina, España, Francia e Italia. En este tercer escenario, la newco, generalmente toma la forma de una cooperativa de trabajo que se establece justo antes o durante el proceso de negociación.

4. Cualquier combinación de los tres escenarios anteriores, incluyendo copropiedad y modelos de co-administración entre empleados y propietarios o empleados y directivos de la empresa de destino.

## CONVENIO EN EL PROCESO CONCURSAL<sup>12</sup>

### *Concepto*

El convenio es un acuerdo entre el deudor y la colectividad de sus acreedores, aprobado por el juez y que tiene como objetivo primordial la satisfacción de éstos; es un pacto entre el deudor y sus acreedores con una finalidad solutoria, pero que al adoptarse en un procedimiento concursal adquiere una dimensión pública y se somete a un importante control judicial.

Ciertamente –señala el autor- el convenio puede ser en algunos casos, no en todos, una solución mejor a la liquidación, pero lo que no se admite es que por esta vía, que comporta importantes sacrificios y renunciaciones para los acreedores, se impongan condiciones que impliquen, de facto, una pérdida de su derecho de cobro. Ello es así porque el convenio es, ante todo, un instrumento solutorio dirigido a satisfacer los intereses de los acreedores, siendo la conservación de la empresa o de la actividad una finalidad instrumental del mismo.

---

<sup>12</sup> Pastor, 2013

### *Propuesta de convenio*

La propuesta de convenio puede prever la transmisión de la empresa a un tercero que asuma las deudas y sustituya al concursado. Estos convenios <<de continuación >> deben detallar:

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

A efectos de obligación de aportar el citado documento resulta indiferente que la continuidad quede en manos del concursado o de un tercero, a través de un convenio de continuación, en el caso, de una cooperativa de trabajo asociado que constituyan los trabajadores para continuar con la empresa, ahora en sus manos.

En definitiva, tras lo expuesto, queda abierta la posibilidad de un convenio de continuación para facilitar la continuidad de la empresa concursada en manos de sus trabajadores, directivos y demás colectivos interesados en la marcha de la empresa, constituidos previamente en cooperativa de trabajo asociado u otra forma jurídica societaria. Esta entidad asumiría el papel de gestora, capitalizando los créditos laborales de sus integrantes, pudiendo obtener una refinanciación de la deuda, la que podría proceder del propio sector solidario o de una entidad pública de fomento.

Desjudicializa el concurso de acreedores. Con la ley se busca lograr un acuerdo de reestructuración a través del nombramiento de un promotor calificado: un particular con funciones de mediador informado para el éxito de la negociación entre los acreedores (internos y externos) y los deudores. La ley otorga incentivos y mecanismos adecuados para la generación, desempeño y ejecución conjunta de herramientas para que la empresa se pueda recuperar.

La ley establece condiciones más estrictas para la entrega de las empresas a los trabajadores por parte de los empresarios.

*Estrategias:*

1. Dación en pago a los trabajadores de la responsabilidad que el empresario no habría podido cumplir.
2. Entrega del manejo de la empresa a los trabajadores, quienes constituyen una CTA para hacerlo. Dávila (2010) dice que la ley no es suficiente si no cuenta con apoyos complementarios relacionados al acceso al crédito para lograr liquidez y posibilidad de renovar el equipamiento tecnológico.

## PROTECCIÓN Y FOMENTO DEL ESTADO

El apoyo del sector público es una de las variables relevantes para entender la recuperación de empresas y la necesidad del apoyo estatal para viabilizar el proceso de recuperación (Bradley y Gelb, 1983, Coque Martínez et al, 2012, en Martí et Al, 2014).

En el caso del Uruguay, se puede afirmar que el Estado uruguayo ha estado presente y ha sido un factor de apoyo fundamental para la concreción de la recuperación de empresas por parte de los trabajadores. Observamos cómo durante la segunda etapa la recuperación de empresas fracasó al no contar con el apoyo estatal. También los sindicatos cumplieron un rol fundamental, a veces



proponiendo la alternativa y otras apoyando la creación de la cooperativa a través de distintas herramientas (Martí et al, ídem).

### *Normativa*

Elemento esencial sería la sanción de leyes que fomenten y regulen el proceso de recuperación de empresas. Al efecto, en 2.005 se formuló un anteproyecto de normativa de regulación especializada de las empresas recuperadas por los trabajadores, para que fuese sometida a discusión y aprobación como Ley Marco por el Parlamento Latinoamericano, de manera que los Estados miembros se comprometieran a sancionar en sus respectivos órganos legislativos leyes sobre el particular, iniciativa que no prosperó por haber sido sino una mera bandera política internacional (García-Müller, 2009).

Adicionalmente, en la Argentina se considera como reivindicación importante para las empresas recuperadas, el dictado de una ley de reconversión tecnológica a fin de luchar contra la obsolescencia de las maquinarias (Solaris, 2011).

### *Financiamiento*

En el aspecto financiero, el fomento estatal podría consistir en alguna de las siguientes medidas:

1. La creación de un fondo financiero que tenga por objeto el otorgamiento de préstamos a tasas especiales; la concesión de garantías que permitan la obtención de financiamiento proveniente de otras fuentes; gestionar la cesión de los créditos que tuvieren entidades del estado contra las empresas recuperadas, a los trabajadores-asociados, otorgando, además, capacitación y asistencia técnica. Sin embargo, este fondo no debería estar en manos de la autoridad pública, sino tratarse de una institución financiera del propio sector solidario, con apoyo financiero del Estado.
2. El otorgamiento por parte del Banco Central de una línea especial de redescuentos a las entidades financieras que otorguen créditos a las empresas que se han hecho cargo de los activos físicos para la conformación del capital de trabajo y realicen inversiones.

El financiamiento debe ser suficiente, oportuno y otorgado en condiciones preferentes tanto en lo que respecta a la tasa de interés, como en plazos, garantías y destino. Además, en la evaluación del respectivo proyecto deben tomarse en consideración variables diferentes a las que se utilizan para las empresas lucrativas, tomando en consideración tanto la evidente función social de la empresa de trabajadores, como los valores y principios que las regulan y orientan.

3. Es necesario, también, prever el otorgamiento de subvenciones para las empresas solidarias que se formen a partir de la conversión de empresas, siempre que se conserven puestos de trabajo.
4. Igualmente, para la asesoría y asistencia técnica, de gestión; administración dirigida de carácter temporal; control y supervisión.

#### *Otras medidas*

1. Podría ser que el Estado escriture a su nombre las fábricas, para luego transferírselas a los trabajadores, financiándoles la compra de su propia empresa con condiciones ventajosas, como tasas de interés bajísimas y plazos de hasta 15 años para pagar. El estado se convertiría en gerenciador y tutor de la empresa recuperada durante dos años, y sería su principal cliente, tratando de colocar sus productos en planes alimentarios, educativos o de vivienda.
2. Para Moirano (2010) un movimiento cooperativo sólidamente integrado, permitiría con el apoyo del estado la creación de un fondo fiduciario para atender proyectos viables de cooperativas de trabajo asociado para recuperar empresas en cierre.
3. Prestación de asistencia técnica en el diagnóstico de los aspectos previos (legales y empresariales); acompañar en la gestión ante la justicia; capacitar en los aspectos cooperativos y de gestión; formular participadamente con los trabajadores el proyecto empresarial; Participar en la formación de cadenas de valor sectorial (Sacha, 2003).

4. En razón de la amplia función social que cumplen en orden al empleo, las empresas recuperadas debieran tener un especial tratamiento tributario. Podría ser, por ejemplo, la declaratoria de no sujeción al impuesto a la renta o al valor agregado; una exención o rebaja de impuestos por un plazo de cierto número de años o hasta que logre el equilibrio financiero de la empresa según el correspondiente proyecto.
5. Establecer mecanismos de protección social para los asociados-trabajadores. La cobertura de la parte básica de la seguridad social puede hacerse incorporándolos a la seguridad social del estado bien como trabajadores autónomos, independientes o monotributistas, estableciéndose una ficción legal de acuerdo a la cual la cooperativa de trabajo asociado sería agente de retención de los aportes previsionales de sus miembros. Sin embargo, como observa Sancha (2003) es la mayoría de los casos esa erogación resulta materialmente imposible de realizar en los comienzos.

### *Expropiación*

En algunas provincias argentinas se han dispuesto *expropiaciones* de empresas cerradas, aunque estén en concurso preventivo o en quiebra. La propiedad de las plantas de producción ha pasado a manos del Estado o de las cooperativas mediante créditos especiales subsidiados, siendo los trabajadores quienes reinician el ciclo productivo y lo administran (Luongo, 2003). Sin embargo, estos avances son transitorios, ya que la expropiación propiamente dicha no se consolida hasta que los trabajadores no efectúen el correspondiente pago.

### *En materia de capacitación*

Uno de los inconvenientes es la ausencia de cuadros gerenciales para la comercialización y administración, por lo que se debe fortalecer las empresas recuperadas mediante la capacitación de la fuerza laboral, en tres niveles:

1. El referido específicamente al proceso productivo.
2. El que corresponde a la conformación jurídica y a la gestión administrativa de la empresa, y
3. El que se refiere a la relación entre el mundo de la empresa rehabilitada con los mercados, la sociedad civil y la política, de manera de garantizar la sustentabilidad de ellas (Godio, 2004).

## Referencias

- Alfonso, R. (2013). Transformaciones. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*. Valencia. Tirant lo Blanch
- Bertossi, R. (2005). *Empresas recuperadas & Gestión cooperativa*
- Bolivia, República de (2013). *Decreto Supremo 1754, Empresas Sociales de Carácter Privado*
- Dávila, R., Huertas, L. y otros (2010). Estrategias de gestión seguidas por los trabajadores en empresas recuperadas: *Ventaja cooperativa y organización solidaria en un mundo complejo*. Alejandra Urbiola (Coordinadora). Querétaro, Fantancia
- Echaide, J. (2006). *Debate sobre empresas recuperadas*. Caracas, Monte Ávila
- Gambina, J. (2003). *Empresas recuperadas en Argentina*. Buenos Aires. Federación Judicial Argentina
- García-Müller, A. (2009). Ante-proyecto de ley marco para las empresas recuperadas por los trabajadores, *Boletín de la asociación Internacional de Derecho Cooperativo, 43*, Bilbao, Universidad de Deusto
- Godio, J. (2004). *Análisis político de las empresas recuperadas en Argentina: perspectivas sindicales y cooperativas del fenómeno*. Buenos Aires, Coopnetaldía
- Heras, A. y Burín, D. (2013). Aprendizaje en espacios que se han autoconvocado para diseñar marcos legales que sostengan y promuevan otra economía. *Jornadas de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires, Cooperar

- Lucena, H. (2007). Empresas recuperadas: experiencias y reflexiones, *Cooperativas, empresas, estado y sindicatos*, Barquisimeto-Valencia, Universidad Centro Occidental
- Luongo, S. (2003). *La nueva realidad de las cooperativas de trabajadores*. Debate. Buenos Aires
- Martí, J. (2006). Recuperación de empresas en Argentina y Uruguay. *Retos y desafíos en la relación entre empresas recuperadas y movimiento sindical*. I Coloquio Internacional de la red Rulescoop: los desafíos de un Sector, Brest, Rulescoop
- Martí, J. Y Camilletti, A. (2004). Empresas recuperadas mediante la modalidad de cooperativas de Trabajo. *Coopnetaldía 0402*. Montevideo Unicorp-Américas
- Martí, J.P. (2015). ¿Cómo se originan las cooperativas de trabajo? El caso de las empresas recuperadas por los trabajadores. *Las cooperativas de trabajo asociado en América Latina*. Rosario, Ediciones DelReves
- Martí, J.P. et al (2014). Las empresas recuperadas como cooperativas de trabajo en Uruguay: entre la crisis y la oportunidad. *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº82, Valencia, Ciriéc*
- Moirano, A. (2010). *Manual de cooperativas de trabajo*. Buenos Aires, Lajuane
- Moreno, D. (2013). El nuevo régimen jurídico de las cooperativas en Uruguay, *Seminario Académico de Derecho Cooperativo "Hacia el Congreso Continental de Derecho Cooperativo de Brasil"*. Buenos Aires, Aidcmess
- Palomino, H. (2003). Las experiencias actuales de autogestión en Argentina. *Nueva Sociedad 184*. Caracas
- Passadore, R. (2005). La regulación de la negociación colectiva después de la reforma. La problemática de las cooperativas ante esta realidad. *Aportes para el desarrollo de las cooperativas de electricidad*. Buenos Aires, Intercoop
- Pastor, C. (2013). Recuperación de pequeñas y medianas empresas en concurso a través de sociedades cooperativas y su contribución a la responsabilidad social concursal. *Deusto Estudios Cooperativos, 2*. Bilbao.

- Ruggeri, A. (2014). Estado actual del proceso de recuperación de empresas por los trabajadores: algunos resultados del cuarto relevamiento de ERT. *Revista Idelcoop* 213. Buenos Aires, Idelcoop
- Sancha, J. (2003). *Recuperación de fuentes de trabajo a partir de la autogestión de los trabajadores*. Buenos Aires. Flacso
- Schiano, G. (2000). Amministrazione straordinaria e società cooperativa. *Rivista della Cooperazione*, 3/2000. Roma. Istituto Italiano di studi cooperativi Luigi Luzzati
- Schujman, M. (2015a). Cooperativas que recuperan empresas. *Las cooperativas de trabajo en América Latina*. Rosario, Ediciones DelReves
- Schujman, M. (2015b). Etapas que atraviesan las empresas recuperadas por los trabajadores. Su problemática jurídica. *Las cooperativas de trabajo en América Latina*. Rosario, Ediciones DelReves
- Torres, C. (1988). Quiebra y reflatamiento de Empresa. *Revista de Derecho Mercantil*, N. 6. Caracas. ERAM
- Vieta, M. (2016), Worker's Buyout. *The co-operative firm keywords*. Università degli Studi Roma Tre. Roma, Tre-Pres

## UNIDAD X. CICLO VITAL

- 56. FUNDACION DE LA EMPRESA
- 57. LEGALIZACION
- 58. REGIMEN DE LA DISOLUCION
- 59. RECUPERACION DE EMPRESAS
- 60. REGIMEN DE LA LIQUIDACIÓN

111

### 56. FUNDACION DE LA EMPRESA

Formas previas o precooperativas. Período de promoción. Responsabilidad. Acto constitutivo. Asamblea constitutiva. Número de miembros. Documento de constitución. Calificación previa del estatuto

---

#### FORMAS PREVIAS O PRECOOPERATIVAS

##### *Concepto*

Las formas previas son instituciones sencillas y ágiles; formas jurídicas provisionales que tienen por finalidad evolucionar hacia formas cooperativas formales. Son asociaciones de cooperación en las que los interesados aportan un capital con el fin de organizar una empresa para realizar una actividad económica y social que vaya en beneficio de ellos mismos.

Se trata de organizaciones poco complejas que sirven de medio educativo y de capitalización para evolucionar hacia verdaderas cooperativas. Suelen contar con el apoyo de organizaciones externas en lo educativo, social, económico, administrativo y financiero: socios patrocinadores (Ramírez, 1980). Tienen por función servir de puente hacia la futura constitución de formas asociativas maduras.

Tienen por objetivo la educación y capacitación de los miembros; la obtención de efectos económicos inmediatos; la ocupación laboral rápida y la pronta capitalización social. Se las considera como una etapa de transición hacia formas

cooperativas regulares, así como un mecanismo para lograr una mayor participación de los miembros en los asuntos de la cooperativa; facilitar la constitución de empresas asociativas de unidades de reducido número de miembros y favorecer un rápido desarrollo de las cooperativas justificado por la situación económica de numerosos países, entre otros.

Dice Münkner (1980) que una reglamentación legal para las pre-cooperativas no debería fijar sino el cuadro para el desarrollo y los métodos de trabajo de ese género de organización y establecer el objetivo del grupo, a saber al inicio de la fase de aprendizaje, la transformación en una cooperativa o la creación de una cooperativa conjuntamente con otras pre-cooperativas.

Sin embargo, no puede decirse que la experiencia haya sido concluyente, puesto que la mayoría de las pre-cooperativas no han evolucionado hacia la autonomía esperada. Por el contrario, desde apoyos hasta controles, su dependencia con respecto al Estado ha aumentado sin cesar, desacreditando de esa forma el papel de promotor del poder público (Henry, 2000) aunque, en veces, la realización de determinadas actividades por parte de estas empresas es prohibida o se les limita, por ejemplo, para efectuar operaciones financieras masivas y habituales.

Y ello porque en muchos casos, los técnicos contratados para apoyarlas, antes de promover la asunción gradual de las funciones de la entidad por parte de sus miembros, acaparan todas las actividades de la empresa, en función de mantener su control y perpetuarse en el ejercicio de sus cargos.

### *Características*

1. Gozan de personería, aunque se caracterizan por su temporalidad y sencillez. Su funcionamiento debe tener en cuenta sus dimensiones reducidas. Por consiguiente, las exigencias deberían ser más limitadas en materia de contabilidad, de auditoría y de administración interna: número de órganos, teneduría de libros y documentos, capital, grado de interrelación con terceros, etc. (Henry, 2000). Para Münkner (1980) es un error muy común en las leyes aplicar a las pre-cooperativas las mismas reglas



relativamente complicadas de las cooperativas. Afirma que dada su naturaleza, deberían establecerse disposiciones especiales en relación con la contabilidad, la auditoría externa y la gestión social.

2. Tienen por finalidad lograr organización con permanencia; son de una evidente naturaleza promocional en el sentido que naturalmente debe proyectarse hacia la forma cooperativa madura (Dabormida, 1999).
3. Podrían no necesitar un director a tiempo completo ni un contable titulado como auditor (OIT, 2002) función que pudiera ser asumida a tiempo compartido con otras pre-cooperativas, o por funcionarios designados por la entidad de tutela, pero en tal caso con duración predeterminada y reducida. En cualquier caso, las funciones ejecutivas podrían ser desempeñadas por el presidente del órgano directivo.
4. Financiamiento: precisamente, las formas previas tienen por función lograr el financiamiento adecuado de la empresa que proyecta las personas interesadas, función que debe ser asumida fundamentalmente, por los miembros, por medio de aportes económicos necesariamente reducidos, y una agresiva política de acumulación colectiva, mediante la retención de la mayor parte posible de los excedentes económicos obtenidos en sus operaciones.

Normalmente requieren de créditos “blandos” en cuanto a los plazos muertos, periodos de gracia y tasas de interés, provenientes de entidades públicas y, o privadas de promoción y tutela. En cuanto a las garantías, como prácticamente no hay bienes que respalden los créditos, se recurre a sistemas especiales.

En el caso del Senegal, obtienen créditos a corto término del Banco Nacional de Desarrollo, garantizados por la responsabilidad solidaria de todos los miembros y por la obligación de los miembros de entregar sus productos de exportación a la Organización Nacional de Comercialización de productos agrícolas, y por sumas retenidas sobre el producto de las cosechas (Münkner, 1980).

5. Control público: están sujetas a inspección y vigilancia de la Autoridad de aplicación, de la Autoridad de fomento, de la Autoridad de la actividad, o de la autoridad local mediante convenios con las autoridades nacionales o federales. Como lo señala Münkner (1980) los ejemplos de la legislación en Tanzania (1968) y en Zambia (1970 y 1972) muestran que la reglamentación legal de la pre-cooperativa en diferentes países reconoce cada vez más la necesidad de un control atento de las condiciones requeridas para la fundación antes del registro de la cooperativa.

### *Sujeción a tutela*

1. Organismo o entidad promotora

Puede ser la autoridad pública de la actividad, el organismo de integración del tipo o forma jurídica adoptada, o cualquier otra entidad pública o privada. Lo que distingue a la cooperativa formal de la para o pre-cooperativa, es precisamente la autogestión de la empresa común. En ella no hay tutela ni sumisión de la administración de la empresa a los elementos extraños. Son los mismos cooperadores que tienen la responsabilidad de la dirección y de la administración, lo que no les impide aceptar asistencia técnica y orientación en la materia.

2. Naturaleza

La entidad de tutela le presta a la empresa tutelada servicios de asesoría, de consultoría; aunque en ciertos casos, asume funciones ejecutivas o directivas de la misma. Normalmente es una entidad sin ánimo de lucro, con funciones de promoción de nuevas entidades, de educación, orientación y asistencia técnica, administrativa y financiera, como es el caso de las incubadoras universitarias de cooperativas de Brasil.

3. Condiciones de la tutela

Los términos y modalidades del apoyo y las obligaciones de la tutelada deben constar por escrito. Es posible la participación minoritaria, temporal y gradualmente decreciente de la tutora en los órganos de dirección y de control interno de la tutelada, la que debería ir siendo progresivamente asumida por los propios miembros.

## *Término*

El plazo de la tutela puede ser determinado o indeterminado, aunque no debiera prorrogarse demasiado. Es importante recordar que cada grupo tiene un tiempo específico de maduración que debe ser respetado.

## *Constitución*

### 1. Requisitos

Puede suceder que se exijan los mismos requisitos que para la constitución de las entidades ordinarias, motivado por la preocupación de no favorecer el crecimiento desordenado y, sobre todo, desligado de un mínimo de garantías técnicas de redacción (Dabormida, 2001).

La opinión prevaleciente es de establecer requisitos y procedimientos de constitución menores y expeditos: seguir un procedimiento en lo posible simplificado. “En lo concerniente al proceso de fundación, debe ser de una parte simple, desprovisto de complicaciones burocráticas y debe poder ser ejecutado sin grandes gastos y pérdida de tiempo, y de otra parte, debe ofrecer protección contra los abusos para impedir los fracasos de fundaciones, la explotación de los miembros de las cooperativas por fundadores deshonestos y excluir la utilización de la forma legal de la cooperativa para fines no cooperativos (Münkner, 1980).

### 2. Miembros

Puede establecerse un número mínimo de miembros que puede ser el genérico, un número especial -generalmente menor- o quedar indeterminado. Tipo de miembros: todos los de las entidades ordinarias o especial, como así también los miembros promotores o financiadores externos, si pudiere pensarse en admitirlos.

Puede limitarse la condición de miembro sólo a las personas físicas, o se puede consentir la presencia de personas jurídicas. En tal caso, se considera que se habría no solo desnaturalizado la entidad, sino sobre todo habría contribuido a acrecentar la confusión en materia de grupos cooperativos (Dabormida, 1999).

Sin embargo, con ello se impide que otras empresas cooperativas que pretendieran favorecer la creación de nuevos organismos, constituidos en un primer momento por unidades sociales más reducidas, se convirtieran en asociadas de pequeñas cooperativas.

### *Recursos económicos*

Es interesante dilucidar si requieren de un capital mínimo determinado por la Autoridad pública competente, o dejar en libertad al grupo para fijarlo. Lo importante es que sea posible constituir el capital inicial con el trabajo personal o los bienes aportados por los miembros, o por aportes económicos reducidos, con un límite del total de cada uno, diferenciado si es persona natural o jurídica.

Si no fuere posible que los miembros hicieren aportes iniciales en dinero o en bienes, sus aportes económicos pueden efectuarse por medio de la retención de determinados porcentajes en cada una de las operaciones que efectúen con o por intermedio de la pre-cooperativa y, o por retención de una parte importante de los excedentes que se obtengan en los primeros ejercicios.

Una forma de incrementar el capital una vez haya despegado la empresa, es mediante el mecanismo de las reservas incrementadas, la constitución de fondos de autofinanciamiento con porcentajes importantes de los excedentes en los primeros años, o mediante aportaciones especiales de la entidad promotora (retornables) las que, sin embargo, deben disminuir gradualmente su participación porcentual en los aportes sociales.

### *Responsabilidad de los miembros*

Habría que distinguir la responsabilidad de quienes actuaron como directivos o conductores de la entidad, en que la responsabilidad debería ser personal por la vía principal, de la responsabilidad de los socios que debería ser subsidiaria, aunque en opinión de Scordino (1970) no son responsables, ni siquiera por los aportes que hubieren hecho a la pre-cooperativa ya que ello significaría la ejecución de un contrato aún ineficaz, a menos que se pruebe que los socios

habían autorizado las operaciones realizadas, en cuyo caso responderían como mandantes de quienes actuaron como mandatarios. En Italia, los asociados limitan su responsabilidad al capital invertido cuando se establece la entidad.

### *Personería*

Dabormida (2001) señala que la ley italiana se aparta de las experiencias europeas contemporáneas en las que, cada vez que se consintió la constitución de agrupaciones cooperativas mínimas, se hizo sin atribuir el beneficio de la personalidad jurídica, al menos porque esto podía chocar con la evidente exigencia de simplicidad de formas y estructura.

### *Los directivos*

En opinión de Münkner (1980) la ley sobre pre-cooperativas deber contener disposiciones que indiquen los criterios particulares de selección de los dirigentes y funcionarios; y establecer restricciones en materia de reelección.

### *Órganos*

Deberían tener, por lo menos:

1. Una asamblea u órgano deliberativo ordinario, aunque se plantea que mejor sería contar con la llamada asamblea de gestión. En empresas de reducido número de miembros, de hecho se superponen los diferentes órganos con prácticamente las mismas personas. Se trata, entonces, que el mismo órgano se reúna en sede deliberante o directiva.

Dabormida (2001) observa que en algunos casos se ha querido favorecer su gestión permitiendo la atribución de los poderes administrativos al mismo órgano deliberante o asamblea, con lo que, para algunos, se contrarían las razones para mantener separadas las funciones de orientación o, si se quiere, más exactamente, de control ex post de las de gestión. Con ello, además, se perfila un órgano con poderes administrativos y de decisión que se apoyan en una normativa, la referida a la junta ordinaria, con normas de funcionamiento propias que no encajan bien con la agilidad de un órgano

de decisión, agilidad mucho más anhelada precisamente por las dimensiones singulares de la empresa.

2. Un órgano directivo que puede ser colectivo o unipersonal y que pueda asumir la función ejecutiva.
3. Un órgano de control interno. En este tipo de empresas se tiende a su desaparición, por lo que podría ser sustituido por el control individual de los miembros, o establecerse otras formas para el ejercicio del control social.
4. El órgano educativo o la asignación de sus atribuciones a uno de los miembros o a otro órgano, cuando el número de asociados no permita la conformación de aquél.

### *Extinción*

Las formas solidarias previas se extinguen por conversión o por liquidación

#### 1. La conversión

- Momento: las empresas previas o simplificadas son esencialmente de carácter temporal por lo que deberían transformarse (convertirse) en empresas formales de manera obligatoria o facultativa, en un plazo indeterminado o determinado. Así, paulatinamente, tomarán estas "pre-cooperativas" la forma de cooperativas legítimas. De manera que el momento oportuno para la organización de una cooperativa legítima habrá llegado cuando se haya logrado alcanzar un nivel de educación cooperativa satisfactoria y de ningún modo antes (X Conferencia Interamericana, 1954).
- Condiciones: para que proceda la conversión la empresa debe haber cumplido su objeto, esto es, que haya obtenido cierta capacidad de gestión, cierto nivel de acumulación o de solvencia económica, desarrollado capacidades educativas en sus miembros o aumentado el número máximo de miembros que le permita actuar como una empresa formal.

- Alcance: la conversión puede limitarse hacia una empresa del subsector o del sector. En ciertos casos (Italia) se prohíbe la conversión en organismos de naturaleza diferente.
- Procedimiento. Generalmente se requiere de aprobación de la asamblea con mayoría calificada para la aprobación de un nuevo estatuto; la aprobación de estados financieros y la elección de nuevos directivos. Se produce, en tal caso, la disolución sin liquidación; a veces es preciso obtener una autorización de la autoridad de aplicación o de la actividad;
- Efectos: disolución de la forma previa y continuación de la personería con traspaso de los miembros y del patrimonio en bloque. Se considera que no habría escollos conceptuales si consideráramos el hecho jurídico contrario, es decir, la transformación en pequeña cooperativa de una sociedad de tipo capitalista. Si la tarea de la ley es también ofrecer salidas ocupacionales en períodos de crisis, no debe extrañar que se permita que una sociedad con dificultades se transforme en cooperativa, incluso, siguiendo la fórmula más elemental de la pequeña cooperativa (Dabormida, 2001).
- Fusión: se considera no procedente la fusión por incorporación de una forma simplificada a una empresa de otra forma jurídica, ni su fusión por unión a otra entidad de diferente naturaleza.

## 2. La liquidación:

Las formas previas o pre-cooperativas se disuelven y liquidan (sin conversión) por alguna de las siguientes causales:

- Por expiración del término, ya que las pre-cooperativas son esencialmente temporales. De manera que concluido el término acordado, tienen que disolverse porque se transformarán en una cooperativa regular.
- Las pre-cooperativas al lograr su objeto, esto es, el convertirse en cooperativa, se termina la pre-cooperativa y continúa como cooperativa, cumpliendo el objeto social estatutario. También, por no

haberse cumplido su objeto de no poder constituirse en cooperativa, salvo que los miembros decidan constituir una empresa de diferente naturaleza (asociación, sociedad civil o mercantil, fundación, etc.).

- Por acuerdo mayoritario de los miembros: si todos quieren disolverla, se disuelve; por causa de falta de viabilidad, o por cumplirse la causa o la condición prevista en el contrato social, por decisión de la autoridad pública (Althaus, 1974).

## PERÍODO DE PROMOCIÓN

### *Concepto:*

El período de promoción, preparación o gestación es la etapa de preparación que conduce a la fundación de la empresa, y puede ser considerado como el período más valioso, fecundo y trascendente de la vida de toda cooperativa, y de cuya adecuada y eficaz gestación depende la autenticidad y el éxito de la misma (Peinado, 2013).

Para Cerdá (1959) hay un período que llama de cooperativa en trámite de constitución que se extiende desde los primeros momentos que se inician los trabajos para constituir la hasta que es aprobada por el Estado y adquiere personalidad jurídica, durante el cual los asociados fundadores obran en favor de ella y pueden incurrir en las responsabilidades si se apartan de las prescripciones legales en el trámite de esta gestión.

Lo más prudente es que no se predetermine la duración del período de promoción; este será el tiempo necesario para que “madure” el proceso educativo y de capitalización, en el entendido que cada grupo tiene características diferentes. Sin embargo, en aras de la seguridad jurídica de los interesados en la formación de la empresa, es necesario que se determine un lapso máximo del período de formación (de uno a tres años) a cuyo vencimiento los interesados opten por convertirse en empresa solidaria, se liquiden, o se constituyan bajo otras formas jurídicas más conveniente para ellos.



### *Órgano de promoción*

Durante el período de promoción el grupo de personas interesadas en la formación de la empresa constituye un comité integrado por las personas que asumen las funciones de organizar una empresa solidaria, normalmente personas voluntarias que asumen por sí mismas esas funciones y que, en veces, reúnen a otras también interesadas en la constitución y que acuerdan comisionarlas para tales actividades.

El órgano de promoción cumple funciones muy importantes que pueden ser: informar a la Autoridad pública del inicio del período de promoción; efectuar los trámites de registro; presentar informes y balances; llevar a cabo un estudio de viabilidad o de factibilidad de la nueva empresa; elaborar el proyecto de estatuto; resolver los asuntos materiales; desarrollar planes de educación; inicio de las operaciones sociales; etc.

### *Actos pre-incorporativos*

Señala Verón (2009) que pre-incorporativos son los actos necesarios para la constitución de la sociedad, los que directa o indirectamente se relacionan con el cumplimiento de las etapas necesarias para lograr una constitución regular, así como también los actos conservatorios de los bienes recibidos, como la adquisición de los aportes, los trámites, los gastos de inscripción, o la valuación de los aportes no dinerarios. En suma, los actos de constitución deberían comprender tanto los actos conservatorios del capital como los actos preparativos del giro, como pueden ser los gastos que originen llevar un adecuado sistema de contabilidad.

También se comprende dentro de los pre-incorporativos los actos relativos al objeto social que trascienden el propósito de obtener la regularización de la sociedad, y que consisten en operaciones que respondan a su actividad futura y en los actos preparatorios para ella. Y los actos autorizados deben referirse al objeto social, es decir, los propios o conexos a él, y que no sean notoriamente extraños a éste.

Acerca de la validez de los actos y de los contratos pre-incorporativos respecto de terceros, se exige su ratificación por la asamblea de constitución siempre que los actos realizados y los contratos otorgados estuviesen dentro del objeto; por los actos estipulados y los que fueren necesarios y además, que sean ratificados en un plazo preestablecido por la ley. A falta de pronunciamiento expreso por parte de la asamblea constitutiva operaría la presunción de ratificación por parte de la misma, la que –sin embargo- no liberaría a los promotores en caso de comprobarse la comisión de fraude.

## RESPONSABILIDAD

### *Responsabilidad de los promotores (pre-directivos)*

#### 1. Naturaleza:

Para Althaus (1974) el lapso que media entre la celebración de la asamblea constitutiva y la inscripción en el Registro constituye el período fundacional de la cooperativa. Como ésta no existe aún como sujeto de derecho, por no estar completado el proceso de su constitución regular, la responsabilidad por las obligaciones resultantes de los actos practicados y de los bienes recibidos gravita ilimitada y solidariamente sobre los fundadores, no siendo subsidiaria sino principal, por lo que no hay que excluir previamente los bienes sociales.

Sin embargo, es opinión generalizada que las sociedades en período de constitución están dotadas de cierta personificación, pudiendo realizar operaciones en el mercado, respondiendo ya en ciertas ocasiones el patrimonio de la sociedad. Por lo que la solución más lógica es que la ley establezca que la sociedad comienza desde el mismo momento de la celebración del contrato si no se ha pactado otra cosa (Pérez-Díaz, 2013).

#### 2. Alcance:

Los promotores son responsables por las gestiones realizadas y los actos indispensables celebrados para la constitución de la empresa y los que se les hayan encomendado expresamente; por los actos establecidos en el

acta de constitución y la exactitud de las menciones allí hechas; por la realidad de las aportaciones tanto dinerarias como no dinerarias, en este caso, por su valoración; por el empleo de los aportes depositados en entidades financieras para atender gastos necesarios de la sociedad. Cubre los contratos estipulados, los necesarios y los preparatorios formalizados a nombre de la empresa que sean necesarios para su creación. Pero se exige una autentica culpabilidad (dolo o la culpa) y se exceptúa cuando se pruebe que no se tuvo conocimiento de los hechos y que se actuó con la debida diligencia.

Ahora bien, para Ávila (2009) no se alcanza a comprender por qué han de ser responsables quienes realizaron los actos necesarios para la constitución o aquellos para los que fueron facultados, con una responsabilidad que va más allá que la que le puede ser exigida en virtud de su deber de diligencia. Es el caso que luego que la entidad esté organizada, esos contratos serán válidos y exigibles a pesar de que la corporación no estaba organizada al momento de contratar. Pero esos contratos no obligan a la empresa si esta no los adopta. De tal manera que tales contratos deben ser examinados detenidamente antes de adoptarlos puesto que obligan una vez se consienten (Vega, 1965).

### 3. Cesación:

Para que cese la responsabilidad post-constitución puede exigirse la ratificación expresa de los actos y contratos efectuados por parte de la asamblea constitutiva, o que actúe *ope-legis*, de manera que cubra todos los actos y contratos que podían celebrarse y que se encontraban dentro del objeto. Ahora bien, si la asamblea no asume las obligaciones que se deriven de los actos y contratos efectuados por los promotores, se debería entender que las personas que los hayan realizado responderán solidariamente de los mismos, salvo acuerdo contrario de la propia asamblea (Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, 2003).

### *Responsabilidad de los pre-miembros*

La responsabilidad de los llamados pre-miembros, puede ser principal o subsidiaria, limitada o solidaria, por infracapitalización y por las gestiones estipuladas y aprobadas. Para Daly (1967) es más bien deseable que los que hayan obrado en nombre y por cuenta de la entidad, sean solidariamente responsables por la vía principal, y el resto de los asociados por la vía subsidiaria.

## CONSTITUCION DE LA EMPRESA

124

La constitución de la empresa solidaria es un proceso (conjunto de actos encaminados a su conformación como entidad con personalidad jurídica) en el que los miembros van revistiéndose de las características y prerrogativas correspondientes. Su normativa regulatoria obedece a dos finalidades básicas: mejorar las garantías de los miembros, de terceros y de la Administración pública, así como fijar las obligaciones y responsabilidades de cuantos intervienen en su nombre en todo el proceso constitutivo (Peinado, 2013).

Para la constitución formal de la empresa generalmente se requiere de la concurrencia de dos requisitos formales: el acto constitutivo con su correspondiente documento comprobatorio (acta más estatuto) y su inscripción en el registro respectivo.

Con todo acierto, señala Meira (2015) que una de las preocupaciones del legislador deberá ser asegurarse que las formalidades exigidas para la constitución de una cooperativa sean las necesarias y adecuadas, evitando costos de contexto. Exigencias legales que se muestren desproporcionadas, irrealizables o incluso inútiles, pueden significar costos de <<contexto>> inhibidores de la iniciativa cooperativa.

## ACTO CONSTITUTIVO

### *Concepto*

El acto constitutivo es aquel por el cual se crea una empresa del sector solidario; el momento o la oportunidad en que las personas interesadas en formar una empresa manifiestan su voluntad de hacerlo (Luís, 1972); el conjunto de actos (preparatorios y consecutivos de diversa naturaleza) y efectos jurídicos dirigidos a establecer y formar una cooperativa o empresa solidaria.

La empresa en constitución, señala Escolano (2010) es un centro de imputación ya existente en nombre de la cual se puede entablar válidamente relaciones externas. Estos actos, negocios jurídicos o contratos celebrados en nombre de la cooperativa en formación son válidos y no afectados por causa alguna de nulidad antes de la inscripción. Además, la voluntad de constituir la cooperativa y los acuerdos correspondientes tomados en la asamblea constituyente pueden sujetarse a determinaciones accesorias de la voluntad como condiciones o términos, suspensivos o resolutorios.

### *Modalidades de constitution*

#### 1. Simultánea

Lo normal es que se efectúe una sesión instantánea, esto es, una asamblea en la que participan las personas interesadas en la fundación de la empresa.

#### 2. Sucesiva

Se trata de un procedimiento abreviado, mediante presentación de todos los promotores de manera simultánea ante la Autoridad, que puede ser un Notario, sin necesidad de celebrar asamblea de constitución, con lo cual se agiliza el procedimiento, a la vez que refuerza la seguridad jurídica de los promotores y de los terceros. Incluso, como señala Escolano (2010) es fácil

organizar otorgamientos por gran número de personas sin merma alguna de la seguridad jurídica.

Por ejemplo, la comparecencia simultánea de varios otorgantes ante distintos notarios aunque estén en poblaciones distantes y la prestación de su consentimiento contractual a un mismo texto de la escritura de constitución y posterior remisión por los notarios autorizantes de copia autorizada electrónica a uno de ellos, quien con su traslado fehaciente a soporte papel conforma la escritura completa; o, las diligencias de adhesión y apoderamientos especiales, cuyas copias se remiten igualmente en soporte electrónico por los notarios autorizantes de las mismas.

3. Por medio de *spin-off* que constituye el proceso de creación de una nueva empresa a partir de una empresa ya existente, a través de la salida negociada o facilitada de trabajadores (ahora miembros) que van a constituir una nueva realidad productiva y que sucesivamente entretienen con la empresa de origen relaciones de colaboración estrecha (Williams, 1999).

### *Constitución Telemática*<sup>13</sup>

El empleo de medios electrónicos facilita la realización de las gestiones necesarias para la puesta en marcha de la empresa, sustituyendo los generalmente engorrosos procesos de constitución. De hecho, la instrumentalización de procedimientos telemáticos para la realización de los diferentes trámites permite que los mismos se puedan realizar de forma simultánea evitando desplazamientos, esperas y la cumplimentación de números formularios o impresos.

La constitución de empresas por medios telemáticos requiere una regulación que suponga:

1. El establecimiento del principio de la suficiencia, salvo excepciones, de que la declaración responsable y la mera comunicación previa del inicio de

---

<sup>13</sup> Jordá, 2013 y 2015

actividad por parte del administrado sean aceptables para el arranque de operaciones de la nueva empresa, las cuales sean objeto de verificación posterior por la Administración.

2. Utilización de la Ventanilla Única de forma electrónica y a distancia.
3. Limitación de los supuestos en los que se requiere de autorización administrativa o de licencias administrativas para el inicio de actividades en las que no concurren razones imperiosas de interés general.
4. Adopción de la regla del silencio administrativo positivo al objeto de que la Administración no se acomode en que su falta de respuesta supone denegación.
5. Posibilidad de operar en el tráfico jurídico como sociedad en formación aunque esté pendiente el trámite de inscripción en el Registro, en el entendido que no será hasta su inscripción cuando adquiriera plena personalidad jurídica bajo la forma social adoptada (Jordá, 2013).

Además, las nuevas tecnologías facilitan el acceso a la información por los emprendedores, cuestión especialmente relevante para las entidades de economía social, por su especial régimen jurídico, con las ventajas que ello puede reportar a quienes pretendan constituir las pudiendo conocer y resolver cuantas dudas les puedan surgir. También se considera que pueden agilizar la puesta en marcha o creación de las nuevas empresas mejorando la competitividad de las mismas y la productividad y, por tanto, la creación de empleo.

## ASAMBLEA CONSTITUTIVA

### 1. Concepto:

La asamblea de constitución constituye la fase de carácter negocial para la constitución de la empresa. Está conformada por el conjunto de promotores que concurren para la fundación, los que deben cumplir los requisitos que se exijan para adquirir la condición de miembro (Peinado, 2013).

En tal caso, la convocatoria le corresponde hacerla al comité promotor, aunque en algunos casos puede hacerlo la entidad de tutela. Sin embargo,

no es necesario establecer previamente un comité promotor, siendo suficiente que haya algunas personas que asuman el carácter de iniciadores y se ocupen de las gestiones previas al acto constitutivo. En el día y hora en que fueron convocados, se celebra una reunión de las personas interesadas en constituir la empresa.

2. Naturaleza:

Técnicamente no se considera una asamblea ya que las leyes societarias no se aplican (aunque sería conveniente que lo hicieran) y queda por aprobarse el estatuto. No hay reglas sobre quórum ni sobre los procedimientos de votación como son las mayorías. Sólo aquellas personas que están de acuerdo en constituir la empresa se consideran miembros fundadores. Aquellos que no están de acuerdo deben separarse del grupo antes de la constitución (Münkner y Txartegui, 211).

3. Contenido.

La asamblea discute y aprueba el estatuto -obviamente redactado anteriormente- por lo que se hace es confirmar los acuerdos previos adoptados por los promotores. Designa a quienes van a desempeñarse como directivos, así como a los responsables de los trámites de constitución. Se fija el capital y la forma y plazo para su integración. Todo ello se asienta en el acta respectiva

4. A partir de la firma del acta los designados para la tramitación celebrarán en nombre de la empresa los actos y contratos indispensables para constituir la, y los que la asamblea les encomiende expresamente, actuando en nombre y representación de la futura sociedad hasta que se inscriba en el registro. La responsabilidad por sus actuaciones puede recaer en el conjunto de los miembros fundadores, o en forma personal y solidaria en los designados.



## *Naturaleza del acto constitutivo*

### 1. Como contrato

Para Vargas (2015) la sociedad surge de un contrato plurilateral de organización que requiere un acuerdo de voluntades de todos los socios fundadores, contrato al que se adhieren —de manera voluntaria también—, las personas que ingresan posteriormente en la organización como miembros. La constitución es un contrato que es semi-solemne (exige la forma escrita) y perteneciente a la categoría de los contratos con comunión de objeto. (Pastorino, 1993).

Más precisamente, se trata de un contrato plurilateral de organización que se caracteriza por la existencia de dos o más partes con intereses convergentes, todos direccionados al nacimiento de la sociedad, es decir, de una persona distinta a la de sus integrantes (Stordeur, 2002). Es plurilateral porque cada asociado va a tener frente a sí tantas partes como miembros hayan; y permite su ingreso y retiro sin que se afecte su naturaleza; y de organización ya que de él nace un ser diferente de los miembros y como tal contará con una estructura propia que será la que le permita satisfacer los intereses de ellos" (Márquez, 1991).

Además, la constitución de la empresa contiene los elementos esenciales del contrato (Buonocore, 1997), a saber: a) Aporte o prestación que debe efectuar el miembro al patrimonio social, en cambio del cual adquiere la situación subjetiva de miembro; b) Ejercicio en común de una actividad económica: objeto social al que se compromete el socio de colaborar junto a los otros socios para obtenerlo; c) El perseguir la finalidad mutualista y la gestión de servicio: su causa

### 2. Acuerdo

Según la legislación cooperativa colombiana, el acuerdo es un contrato celebrado por un número determinado de personas que tiene como objetivo crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades (económicas, sociales, culturales o

ambientales) deben cumplirse, según la norma, con fines de interés social y sin ánimo de lucro.

Se trata de un contrato plurilateral de organización en que no hay dos partes sino tantas partes como asociados fundadores haya; cada una representa un interés diferente al de los demás; son manifestaciones de voluntad que se efectúan en forma paralela, persiguiendo un mismo fin, cual es la creación y organización de esa persona jurídica de derecho privado, denominada, cooperativa.

Por tal razón, cada una queda obligada frente a la cooperativa y en caso de una demanda, por ejemplo, por exclusión ilegal de un asociado, éste no dirige su acción legal contra todos y cada uno de los demás asociados, sino contra la cooperativa misma. Es un contrato nominado, oneroso, de tracto sucesivo, de libre discusión para los fundadores, de adhesión y aleatorio (Sarmiento, 2009).

### 3. Acto colectivo

Para Messineo la constitución es un acuerdo o acto colectivo, haciéndose notar que la existencia de declaraciones de voluntad paralelas, teniendo el mismo contenido y tendiente a un común resultado jurídico, se acomoda mejor con la figura del acto complejo o colectivo que la de un contrato.

Sin embargo, como señala Scordino (1970) el hecho que la constitución de la sociedad tiende al conseguimiento de un objetivo común no parece obstar ni a la naturaleza de partes, o sea de centros autónomos de intereses que los constituyentes asumen en la estipulación. Revela por el contrario, la dirección de la voluntad de las partes hacia un objetivo común particularmente en orden a la individualización de una especie de contrato, el contrato plurilateral.

### 4. Para Franke (en Valder, 2007) el acto constitutivo no crea relaciones contractuales entre la cooperativa y sus miembros. Crea, sí, para cada uno de los fundadores un *status*, una posición jurídica de socio, de la que irradian derechos y deberes hacia la sociedad, íntimamente vinculados a la realización del fin que determinó el nacimiento de la persona moral.

## NÚMERO DE MIEMBROS

### *Mínimo*

No cabe pensar en la unipersonalidad de una empresa social ya que la pluripersonalidad es inherente a su naturaleza. En tal sentido a Vargas et Al (2015) le parece un contrasentido la existencia de cooperativas unipersonales al colisionar con la esencia misma del cooperativismo y sus principios orientadores.

Para Peinado (2013) el principal motivo para que no se contemple la posibilidad de la unipersonalidad es que su configuración con un único socio no permite la consecución de los fines sociales que caracterizan la actividad cooperativa. Y es que ésta pertenece a las sociedades mutualistas pues sus socios ponen en común una capacidad, una necesidad o un riesgo.

Sostiene Stordeur (2002) que la pluralidad real -y no meramente formal- de la empresa es un requisito esencial tanto del nacimiento como de la permanencia durante todo el plazo de su duración.

Por otra parte, señala Henry (2006) que la viabilidad económica de una cooperativa que tenga demasiados pocos miembros es generalmente débil, por lo que en tales condiciones acordar a las cooperativas el estatus de persona moral riesgos de ir en contra de sus relacionados y acreedores potenciales. Es por ello que la mayor parte de las legislaciones exigen un número mínimo de miembros, generalmente tres.

Ahora bien, dice Fici (2014) que a la hora de abordar la cuestión de los límites de dimensión de la empresa cooperativa, de su tamaño ideal, algo habitual en lo que se refiere al sector capitalista, no se puede dejar de tener en cuenta especialmente la influencia que tiene la identidad cooperativa a este respecto. La salvaguardia de la identidad cooperativa, sin embargo, no conlleva que las cooperativas deban seguir teniendo un tamaño reducido, puesto que pueden adoptar medidas y estructuras de gobierno que hacen que una dimensión de mayor tamaño sea compatible con los principios cooperativos.

Evidentemente, ésta es una cuestión problemática a cuya solución debería contribuir la ley mediante reglas apropiadas, también con el fin de evitar que las cooperativas más grandes decidan abandonar la forma cooperativa, convirtiéndose en otros tipos societarios.

### *Restricciones*

El número de miembros podría ser fijo, aunque por el respeto de la libertad de asociación deberían ser mínimas las restricciones. Es evidente que una entidad a reducida base social no puede, en la mayor parte de los casos, realizar su objetivo económico que es el ahorro de gastos y el aumento de retribuciones; y no es conforme al modelo ideal de cooperativa, que presupone el empeño común de un gran número de sujetos pertenecientes a una misma categoría, en su mayoría socialmente subalterna (Bassi, en Dabormida, 1999).

La limitación del número de asociados puede surgir naturalmente de la capacidad instalada de la empresa. Una cooperativa de trabajo, por ejemplo, no puede asociar más personas que las que requiere la producción de los bienes o servicios previstos por su objeto social. La cuestión cambia en las mutuales, en las cuales mayores serán sus posibilidades de desarrollo cuanto más asociados tenga, determinado naturalmente por la clase de servicios que prestan estas organizaciones.

El número de miembros podría ser diferencial según el tipo de empresa o de su rama de actividad; debería depender de la realidad de cada tipo de empresas. “Según lo demuestra la experiencia de los distintos países, para fijar un número mínimo de miembros, será preciso tener en cuenta los diferentes tipos de organizaciones. De ahí que el mínimo deba ser más elevado para las cooperativas de consumidores que para aquellas de producción, mientras que las cooperativas de servicios ocuparán una posición intermedia (Henry, 2000).

Como dice Canaveira (2008) el número de cooperadores ideal para el buen funcionamiento de una cooperativa depende de la actividad a la que se dedica, y para que tenga viabilidad económica.

Generalmente se establece un número mínimo de miembros que al reducirse produce automáticamente la disolución de la entidad, o, lo más prudente, que opera únicamente cuando no se restablezca por la entrada de nuevos miembros en un plazo determinado. En tal caso, la disolución de la entidad estaría sometida a una condición suspensiva, cual es que no se reconstituya el número mínimo de socios en el plazo legal dado al efecto. Con ello, para Stordeur (2002) se conjuga perfectamente el principio de pluralidad de personas en las sociedades con el de la conservación de la empresa al no hacer operar *ipso iure* la causal de disolución.

Al contrario, puede que no se precise el número mínimo necesario para constituir una cooperativa, aunque ese número se coloca en el necesario para componer la administración de la sociedad.

Lopes-Becho (2002) entiende prudente anotar que el legislador al no fijar un número mínimo de socios está incentivando pequeñas cooperativas compuestas por un universo bien restringido de personas. La norma está retirando una barrera para la creación de esas entidades. A partir del momento en que ella se encuentre en actividades, lo que puede ocurrir con un número restringido de individuos, pasa a valer la libertad de acceso a las cooperativas, permitiendo que prácticamente todas las personas que posean aptitudes técnicas para ingresar en la sociedad, lo hagan.

Una opción sería dejar que el estatuto pueda fijar un número mayor y también un número máximo de asociados. En el País Vasco se observó que la media de fundadores de todo tipo de empresas en los tres últimos años antes de la reforma de 2000, era 1.7, mientras que la Ley de Cooperativas marcaba un número mínimo de cinco, lo cual llevó a reducir el número mínimo a tres (Atienza y Merino, 2004).

Lo mejor sería no establecer un número mínimo de miembros para todo tipo de empresas, sino que ello quedase diferido al tipo de actividad específica de cada una, a las circunstancias regionales o locales y demás aspectos específicos. Podría ser una fórmula que preserve el carácter variable e ilimitado, siempre que

reúna la cantidad mínima necesaria para dar respuesta al proyecto económico-social para lo que ha sido creada (Alonso, 2002).

Clarity (2006) es de la opinión que el número de los socios que se requieren para crear una cooperativa varían de caso en caso. Y es mediante procedimientos internos de gobierno, las cooperativas fijarán los requisitos relativos al tamaño.

### *Número máximo*

En teoría, señala Henry (2006) el principio de “puertas abiertas” prohíbe las restricciones relativas al número máximo de miembros. En la práctica, el número máximo de miembros debe ser compatible con el objeto de la cooperativa concernida. De hecho, parece bastante difícil definir un plafón absoluto o relativo del número máximo de miembros.

Señala Vargas (2015b) que no hay disposición legal que de forma expresa prohíba limitar el número de socios. La cooperativa de Rochdale fijaba un número máximo de 250 miembros. Sin embargo, si el número ilimitado de miembros es un elemento configurador de la sociedad cooperativa, lo lógico es que las leyes reguladoras de este tipo social establezcan la prohibición de limitarlo, cosa que no se hace en el ordenamiento español; y de otro lado, también por lógica, la cantidad de asociados debe ser compatible con el objeto de la cooperativa y, aunque no siempre, hay casos que por sus características se puede definir de antemano los límites máximos de miembros de la entidad.

### *Tamaño<sup>14</sup>*

Son tres los criterios para determinar la dimensión óptima de una empresa solidaria:

1. Garantizar la satisfacción de las necesidades de sus miembros y lograr recrearlas de forma autónoma en el tiempo. La dimensión óptima es aquella que garantice la escala suficiente para satisfacer las necesidades de sus

---

<sup>14</sup> Álvarez, 2012 y 2014

asociados, esto es, el grado de satisfacción y cobertura lograda por la organización en su relacionamiento con los asociados.

2. Conciliar eficiencia económica y operativa con la preservación de su naturaleza, es decir, de su identidad organizacional. Justificar un tamaño que garantice una mayor participación y una vida societaria más rica y profunda. Una dimensión óptima que implique una estructura organizacional democrática, flexible y eficiente, pero sobre todo enraizada en su territorio.
3. Valorar tanto las economías de escala como las de cobertura, entendidas éstas últimas como tal los beneficios que obtienen las cooperativas capaces, por su tamaño, de responder a los cambios de producción y nuevas demandas de los asociados.

## DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN

### *Concepto*

El documento de constitución es la relación escrita de lo sucedido en el acto constitutivo, suscrita por todos los presentes, donde se hace constar la voluntad de constituir la empresa, la aprobación del estatuto y el nombramiento de los directivos.

Puede tratarse de un documento de carácter público o privado. Para algunos, es preferible que sea de carácter privado de manera de facilitar la constitución de estas empresas, aunque con ello se reduciría la necesaria seguridad jurídica que debe prevalecer en la constitución de personas colectivas, por lo que en la doctrina prevalece el criterio de que tenga carácter público. Además, el documento público incorpora un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico objeto del instrumento público. En efecto, la escritura pública es la forma solemne y necesaria que exige la ley al negocio de constitución de una cooperativa (Peinado, 2013).

No obstante, lo cierto es que la exigencia de elevación a público del contrato social no es el criterio mayoritario en Derecho comparado, donde suele bastar para la constitución plena la inscripción del acta o contrato social en el Registro correspondiente (Vargas et Al, 2015).

Puede requerirse la redacción de un acta constitutiva a la par del estatuto, o tratarse de un documento único. Sin embargo, la distinción entre ambos es clara: la entidad como persona jurídica tiene su origen en un contrato cuyos elementos esenciales se recogen en la escritura de constitución, pero fuera del estatuto. Éste se manifiesta como normativa contractual revestida de ciertos efectos objetivos, que le hacen funcionar como si fuesen normas de carácter legal (Martín, 2001).

#### *Naturaleza*

El documento tiene el carácter *ad solemnitatem* o constitutivo, en cuanto que es un requisito indispensable para la validez del contrato de sociedad, ya que recoge los elementos esenciales del negocio jurídico origen de la empresa (Vargas, 2009).

Señala Palomino (2003) que la escritura pública tiene carácter formal, esencial y constitutivo de la cooperativa, para que exista la sociedad como vínculo entre los socios, como ente con relevancia externa y dotada de autonomía patrimonial, sin perjuicio de que la definitiva constitución y la adquisición de la personalidad jurídica dependan de la inscripción en el Registro. Además, constituye un requisito *sine qua nom* para poder culminar eficazmente el proceso de constitución.

De forma tal que es sobre el acto constitutivo y no sobre el estatuto que se fundamenta el nacimiento del ente, por lo que mientras que el acto constitutivo no podrá jamás faltar –sin el acto constitutivo (contrato) la entidad no nace- la confección del estatuto es absolutamente facultativa y su falta no tiene ninguna consecuencia sobre la existencia de la entidad (Buonocore, 1997).

En contra, Escolano (2010) considera que la escritura fundacional es a la vez requisito sustancial que comprende la voluntad esencial de los otorgantes de



constituir la sociedad cooperativa y también requisito formal constitutivo o “forma de ser” para la existencia de la cooperativa, de suerte que una vez otorgada, el contrato social es ya perfecto y válido, vincula a los contratantes, los cuales no pueden desligarse *prima facie* de sus compromisos.

Para Pastorino (1993) aun cuando el estatuto es uno de los elementos del acto constitutivo, la separación de los dos instrumentos se debe a razones prácticas: el acto constitutivo recoge hechos y manifestaciones que tienen importancia en ese momento en que, precisamente, se constituye la sociedad; terminado el acto lo que en él ocurrió a poco deja de tener utilidad, la sociedad marcha para el futuro y ese acto es irremisiblemente, pasado; el estatuto -en cambio- está destinado a regir siempre al ente, con las modificaciones que vaya introduciendo la asamblea.

#### *Contenido del estatuto*

Es comúnmente aceptado que la ley debería establecer un contenido mínimo obligatorio del estatuto, el que debe ser redactado con claridad y precisión, sin que sea necesario ni conveniente que transcriban las normas legales. Estima Reyes (2010) que el acto constitutivo se debe reducir a unas pocas cláusulas estatutarias cuyo contenido corresponde en general, a la identificación de elementos esenciales de la sociedad, tales como el consentimiento o la expresión de la voluntad individual, los aportes y el objeto, así como las reglas relativas al nombre de la sociedad, el domicilio y la forma de administración.

Pero, además, se deja en libertad para que se contemplen otros contenidos con carácter facultativo, siempre que no contradigan los principios solidarios ni se opongan a las leyes, entendiendo que lleva, de suyo, el respeto a la buena fe o el no abuso del derecho, y elementos extrínsecos (la moral o el orden público) (Paniagua, 2005).

Los elementos esenciales del estatuto serían:

1. Además de expresar la voluntad de constituir una empresa, se exige la opción expresa del tipo o clase de empresa seleccionado dentro de los permitidos por ley.
2. Es normal que se exija que figuren expresamente los atributos de la personalidad y los caracteres básicos de la empresa, cuya ausencia puede ser causa de nulidad de la constitución.
3. La identificación de los fundadores. Se entiende por miembro fundador la persona que por sí o por medio de representante otorga el documento constitutivo y suscribe y paga las aportaciones que le correspondan, adecuadamente identificada, haciéndose constar el cumplimiento por cada una de ellas de los requisitos exigidos.

En el caso de las personas jurídicas, normalmente se requiere la presentación del acta del órgano interno competente para acordar el ingreso, así como los datos de la persona física que ejerce su representación. A las personas públicas asociadas –cuando fuese procedente- se les exige el acto jurídico válido (Decreto o Resolución) que autoriza su participación en el ente en constitución.

4. Mera expresión o acreditación (comprobación) de las aportaciones suscritas y del monto y, o del porcentaje de las mismas pagado, si ello fuere aceptado. En caso de que se exija o se adopte un capital mínimo, que este se haya desembolsado.
5. La designación de los primeros directivos, así como las personas designadas para otorgar la escritura pública de constitución y demás trámites legales.

#### *Responsabilidad del fundador real, aparente y oculto:*

Es necesario diferenciar entre fundador *real* (la persona que firma el acta en nombre propio pero por cuenta de otro) que es responsable personalmente; el *aparente* es aquel que figura como asociado pero en la realidad no es tal, es el llamado presta-nombre: no se reputa como tal frente a los verdaderos asociados

(no tiene derechos sociales) pero, en protección de los terceros, tiene las obligaciones y responsabilidades de ellos (Stordeur, 2002).

Y el fundador *oculto*: el sujeto que no figura en el acto constitutivo como integrante de la entidad y que niega ante terceros su condición de tal (de forma directa o indirecta) y actúa a través de un presta nombre: es responsable ilimitadamente si se prueba que el testafiero actuó en su nombre (Boquera, 1999).

## CALIFICACIÓN PREVIA DEL ESTATUTO

139

La calificación previa consiste en el análisis preliminar de la legalidad de las formas externas utilizadas por la empresa en formación, de la legitimación de las personas que las suscriben y de la conformidad del contenido de acuerdo con la legislación vigente, actividad que efectúa el Registro. Constituye una elemental medida de prudencia que puede evitar el otorgamiento de una nueva escritura tendiente a la rectificación de los defectos que pudieran presentar el estatuto.

### *Naturaleza*

1. La calificación previa puede ser obligatoria o facultativa según que los constituyentes puedan optar entre solicitarla o efectuar directamente el acto constitutivo. Ahora, si la asamblea constituyente otorga facultades a los promotores para que la soliciten, aquellos deberán cumplir el mandato, por lo que no quedaría a su libre arbitrio la solicitud de tal calificación (Lema, 1999).
2. También, puede ser vinculante, en el sentido que el Registro no puede denegar ni aplazar la inscripción basándose en datos precalificados favorablemente. Pero esto no puede significar que el Registro se exonere de su obligación de control de la legalidad o de la calificación de su contenido (Vargas, 2009).

Peinado (2013) considera más oportuno el carácter vinculante por dos razones: primera, porque considerar totalmente carente de efectos jurídicos vinculantes a la calificación previa, la convertiría en una institución carente de utilidad. Segundo, porque iría contra el principio de los actos propios el

hecho de que el Registro diera su conformidad a un estatuto en la calificación previa y que posteriormente cambiando de criterio, denegase su inscripción.

### *Etapas*

1. Fase de inicio: solicitud de la entidad, acompañada de los títulos que correspondan
2. Fase de instrucción en la que se hacen los requerimientos de documentación. Si el Registro aprecia defectos subsanables, dicta un acto Administrativo motivado en que los señala y solicita la subsanación y devuelve un ejemplar de los mismos, para que lo hagan en un plazo predeterminado. Mientras, queda suspendido el plazo para resolver. Palomino (ídem) entiende que se presume que la asamblea de constitución autoriza a los promotores para llevar a cabo las modificaciones propuestas por el Registro.
3. Fase de resolución: si los títulos no tiene defectos o fueron subsanados, el Registro dicta Resolución que acuerda su calificación favorable, con la devolución de los títulos con el sello del Registro y el Registro queda vinculado por su calificación previa. Caso contrario, la Resolución deniega la calificación favorable.
4. Fase de impugnación de las resoluciones administrativas. de calificación previa en alzada por la cooperativa y resolución en la jurisdicción contencioso-Administrativa  
Ahora bien, si el plazo para resolver por parte de la Autoridad pública no está determinado, lo procedente sería aplicar la teoría del silencio administrativo positivo (el silencio de la Administración se entiende como favorable a la solicitud del particular, al vencerse un plazo perentorio) salvo que la legislación genérica administrativa nacional –en contra de las modernas tendencias democratizadoras- opte por la presunción denegatoria del silencio.  
Por otra parte, en caso que la autoridad calificadora aprecie la existencia de deficiencias subsanables, por principio de economía procedimental, lo

lógico es que debería notificar a los solicitantes para que lo hagan dentro de un plazo perentorio establecido, abriéndose la posibilidad de interponer los recursos administrativos ordinarios al no estar de acuerdo con las observaciones hechas por la Administración.

La calificación favorable produce como efectos permitir el registro legal y el subsiguiente inicio inmediato de las operaciones del giro ordinario, dentro del término que pudiese establecer la ley (por ejemplo, 30 días) a cuyo vencimiento, si no se han iniciado las operaciones, podría entenderse como extinguido por caducidad.

Finalmente, la calificación tiene carácter potestativo y eficacia: lo normal es que el Registro mantenga la calificación provisional si no hay cambios ni en la documentación aportada ni en la normativa aplicable. Ahora bien, la calificación provisional no parece que condicione la definitiva si el Registro advierte *a posteriori* faltas subsanables o insubsanables: sin perjuicio de la posible responsabilidad patrimonial de la Administración (Paniagua, 2005).

## Referencias

- Alonso, F. (2002). Estatuto de la sociedad cooperativa Europea. *Las cooperativas en ibero América y España. Realidad y legislación*. Ávila. Ucavila
- Althaus, A. (1974). *Tratado de Derecho Cooperativo*. Rosario. Zeus
- Álvarez, J. (2012). Cuando el tamaño importa: una breve revisión a los problemas de una dimensión inadecuada. *Revista cooperación & desarrollo*, 100. Bogotá, UCC-Indesco
- Álvarez-Rodríguez, J. (2014). El balance socioeconómico y la dimensión de las organizaciones de economía social y solidaria. *Ciudadanía, desarrollo y paz. , una mirada desde el cooperativismo*. VIII Encuentro de Investigadores Latinoamericanos en Cooperativismo de la ACI. Bogotá, Organizaciones Solidarias – Ciec - Uniminuto - Universidad Católica
- Atienza, E. Y Merino, J. (2004). Derecho de las Sociedades Cooperativas en Euskadi. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 38 Bilbao. Universidad de Deusto

- Boquera, J. (1999). La Responsabilidad de los Fundadores de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. *Revista de Derecho Mercantil*, N. 233. Madrid
- Buonocore, V. (1997). *Diritto de la Cooperazione*. Bologna. Il Mulino
- Canaveira, M. (2008). O quadro legal cooperativo em Portugal. *La economia social em Ibero américa*. Montevideo, Cudecoop
- Cerdá, B. (1959). La Organización en general. *El Régimen Cooperativo*. Bosch. Barcelona
- Clarity, (2006). Principios de Clarity para la Reforma Legal. *La creación de un entorno favorable para el desarrollo cooperativo*. Washington, Iniciativa para la Regulación y el Derecho Cooperativo
- Dabormida, R. (1999). La Piccola Societa Cooperativa. Il fattore dimensionale tra crescita dell' impresa cooperativa e informazione del socio. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* 32. Bilbao. Universidad de Deusto
- Dabormida, R. (2001). ¿La sociedad cooperativa de pequeño tamaño: es una verdadera forma simplificada de sociedad cooperativa? *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* 12. Valencia, Ciriéc-España
- Daly, J. (1967). *Derecho Cooperativo*. Caracas. Universidad Central de Venezuela
- Escolano, J. (2010). Constitución de la sociedad cooperativa: escritura y estatutos. *Derecho de sociedades cooperativas de la Región de Murcia*, Pamplona, Aranzadi
- Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, 2003
- Fici, A. (2014). La Cooperación entre cooperativas en el derecho italiano y comparado. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, N° 48. Bilbao, Universidad de Deusto
- Henry, H. (2000). *Cuadernos de legislación cooperativa*. Ginebra. OIT
- Henry, H. (2006). *Guide de législation coopérative*. Deuxième édition, revue et corrigée. Genève, OIT
- Jordá García, R. (2013). Empresas de Economía Social y Constitución Telemática de Sociedades. *Economía Social y Derecho. Problemas Jurídicos Actuales de las Empresas de Economía Social*. Mercatura 48. Granada, Comares

- Jordá García, R. (2015). Constitución telemática de sociedades cooperativas y sociedades limitadas laborales tras el real Decreto 44/2015, de 2 de febrero. *Revista jurídica N° 26*. Valencia, Ciriec
- Lema, C. (1999). A constitución da sociedade. *Estudios sobre a lei de cooperativas de Galicia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galicia
- Lluís y Navas, J. (1972). *Derecho de Cooperativas*. Barcelona. Bosch
- Lopes-Becho, R. (2002). *Elementos de Direito Cooperativo (de acordo com o novo Código Civil)*. São Paulo, Dialética
- Márquez, I. (1991). Valoración constitucional del Cooperativismo. *Primer encuentro nacional sobre Derecho Cooperativo*. Bogotá
- Martin, J. (2001). Capítulo II. De la constitución de la sociedad cooperativa. *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999 de 16 de julio*. Madrid. Colegios Notariales de España
- Meira, D. (2015). Contributos legislativos para a criacao de empresas cooperativas: a libre fuxacao do capital social. *Revista jurídica, N° 27*. Valencia, Ciriec
- Meira, D. (2015). Contributos legislativos para a criacao de empresas cooperativas: a libre fuxacao do capital social. *Revista jurídica, N° 27*. Valencia, Ciriec
- Münkner, H. (1980). *Le Statut Juridique de la Pre-Cooperative*. Bonn. Friedrich-Ebert Stiftung
- Münkner, H. y Txapartegui, J. (2011). *Glosario cooperativo anotado*. Ginebra. OIT
- Organización Internacional del Trabajo. (2002). *Promoción de las cooperativas*. Ginebra, OIT
- Palomino, H. (2003). Las experiencias actuales de autogestión en Argentina. Caracas. *Nueva Sociedad 184*.
- Paniagua, M. (2005). La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social. *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XX, Vol. 1. Madrid-Barcelona, Marcial Pons
- Pastorino, R. (1993). *Teoría General del Acto Cooperativo*. Buenos Aires, Intercoop
- Peinado, J. (2013). La constitución de la cooperativa. *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I. Valencia, Tirant lo Blanch

- Pérez-Díaz, M. (2013). III. La cooperativa en constitución. La constitución de la cooperativa. *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I. Valencia, Tirant lo Blanch
- Ramírez, B. (1980). *Los grupos precooperativos*. Bogotá. Universidad Santo Tomás
- Reyes, F. (2010). SAS. *La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá, Legis
- Sarmiento, A. (2009). *Derecho de la Economía Solidaria. Conferencias*. Bogotá, Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho
- Scordino, F. (1970). *La Societa Cooperativa*. Nápoles. Jovene
- Stordeur, E. (2002). *Manual de Derecho Societario*. Buenos Aires. Ad.Hoc
- Valder, C. (2007). *Teoria geral dos atos cooperativos*. São Paulo. Malheim
- Vargas, C. (2009). La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 20, Valencia, Ciriec-España
- Vargas, C. (2015b). El principio cooperativo de Puertas Abiertas (adhesión voluntaria y abierta). Tópico o realidad en la legislación y en la práctica societaria. *Revista jurídica N° 27*. Valencia, Ciriec-España
- Vargas, C. (2015b). El principio cooperativo de Puertas Abiertas (adhesión voluntaria y abierta). Tópico o realidad en la legislación y en la práctica societaria. *Revista jurídica N° 27*. Valencia, Ciriec
- Vargas, C. et Al (2015). *Derecho de las sociedades cooperativas*. Madrid, La Ley
- Vega, F. (1965). Capacidad jurídica de las asociaciones cooperativas. *Aspectos legales del cooperativismo*. Río Piedras. Universidad de Puerto Rico
- Verón. V. (2009). *Tratado de las cooperativas*. Tomos I, II y III. Buenos Aires, La Ley
- Williams, W. (1999). Lo Spin-off nelle imprese cooperative. *Rivista della Cooperazione* 2/1999. Roma. Istituto Italiano de Studi Cooperativi Luigi Luzzatti
- X Conferencia Interamericana, 1954



## 57. LEGALIZACION DE LA EMPRESA

Aspectos generales. Operatividad. Decisión de la autoridad. Actividades complementarias. La empresa irregular. La falsa cooperativa

### ASPECTOS GENERALES

#### *Sistemas*<sup>15</sup>

Existen dos sistemas a nivel mundial para el registro de las empresas solidarias: el sistema de autorización o concesión y el sistema de registro o de condiciones normativas.

#### 1. Concesión o autorización

Si un país adopta el sistema de concesión, esto implica que sólo obtendrán personería jurídica aquellas cooperativas que la autoridad competente, de manera discrecional, considere que llenan las condiciones necesarias para ser tenidas como tales, aun cuando cumplan con los requisitos mínimos que se señalen en la ley, si estos se han previsto.

Este sistema entraña desde luego un gran poder del Estado y conlleva el peligro de que en aras de esa discrecionalidad se cometan abusos y se vulnere el derecho de asociación de los ciudadanos.

Todavía son mayoría los países que aplican el régimen de la “autorización”, es decir que sujetan ese reconocimiento a una decisión voluntaria de un organismo del gobierno que puede exigir el cumplimiento de excesivos requisitos a tal efecto o bien demorar la resolución durante un tiempo tan prolongado que desalienta a los interesados.

#### 2. Registro o condiciones normativas

En el caso de adoptarse el sistema de las condiciones normativas, la ley otorga el derecho a constituir y reclamar su reconocimiento oficial si se cumplen los requisitos a los miembros fundadores (Münkner y Txapartegui, 2011).

<sup>15</sup> Sarmiento, 2009 y Cracogna, 2015

El legislador establece ciertos requisitos mínimos, bien definidos, para el registro de asociaciones; de tal suerte que si una entidad cumple con dichos requisitos formales, el Estado tiene que reconocer su personería jurídica, sin que pueda esgrimir argumentos adicionales para impedirle o retardarla

Mediante el sistema de la concesión, el Estado tiene un poder discrecional para otorgar o no la personería jurídica a una entidad cooperativa. En el sistema de las condiciones normativas, la ley ha definido previamente cuáles son los requisitos para obtenerla y si estos se cumplen el Estado no otorga sino que reconoce la personería jurídica a la entidad solicitante, sin que pueda argumentar requisitos diferentes para obstaculizarle su constitución.

Son relativamente pocos los países que aplican el sistema del “registro” consistente en que el organismo encargado de esa función se limite a comprobar que la cooperativa que solicita su reconocimiento haya cumplido con los requisitos legalmente establecidos para su inscripción, con lo cual queda reconocida como persona jurídica.

Curiosamente, se suele afirmar que las mayores exigencias que se plantean a las cooperativas se fundan en la necesidad de tutela estatal, la cual deviene contraproducente. La inexistencia o dificultad para acceder al control judicial de las decisiones de los organismos administrativos competentes agrava aún más este problema.

La Recomendación N° 193 de la OIT expresamente indica “establecer un marco institucional que permita proceder al registro de las cooperativas de la manera más rápida, sencilla, económica y eficaz posible”

### *Concepto*

El registro (llamado también homologación, autorización o incorporación) consiste en un juicio de verificación por parte de la Autoridad pública competente, acerca del cumplimiento de las condiciones establecidas en la ley para la constitución de

una empresa solidaria. Como dice Henry (2000) debe quedar claro que el procedimiento de registro no deberá, en ningún sentido, coartar la libertad de los ciudadanos de agruparse según la forma de organización económica que mejor les convenga de acuerdo con el derecho constitucional de asociarse con fines útiles.

Ahora bien, para algunos, el simple hecho del registro implica una interferencia indebida en el funcionamiento de las personas jurídicas por ser patrocinado por un órgano gubernamental. En cambio, para otros, el registro (siempre que fuese ante los organismos superiores del sector) no crearía restricciones a la autonomía administrativa ni afectaría sus funciones operacionales y sería un simple requisito complementario de su fase constitutiva-formal (Meinen, 2002).

### *Naturaleza*

El registro es un acto reglado, por lo que el poder discrecional de la Autoridad debería limitarse estricta y efectivamente (Henry, 2000). La opinión prevaleciente es que con el registro se hace un control de legalidad –se añade “sustancial”- y no de mérito, además de ser un control preventivo; esto es, un control sobre el acto constitutivo y el estatuto, y no sobre la actividad que va a desarrollar la empresa.

Ahora bien, antes del momento del registro se podrían modificar algunas disposiciones del estatuto inicialmente aprobado, estando presentes todos los socios fundadores que manifiesten su consentimiento actualizado a los cambios productor, pues como señala Peinado (2013) ello implicaría simplemente una novación en las cláusulas antes de su elevación a público.

### *La eficacia del Registro (Paniagua, 2005)*

Aunque la inscripción no convalida los actos inscritos, se presume exacta y válida. El contenido del registro se presume conforme a derecho, en tanto una sentencia judicial firme no cancele el asiento y, aun en estos casos, sin poder perjudicar a los derechos adquiridos legalmente por terceros de buena fe; y los actos de

inscripción obligatoria sólo tienen efecto respecto a terceros (de buena fe) desde su inscripción

Debe destacarse que la tendencia a un control más penetrante se había acentuado significativamente paralelamente al dilatarse cualitativo y cuantitativo del instrumento cooperativo (Buonocore, 1997). Sin embargo, actualmente la tendencia ha cambiado, dejando de ejercer la Administración muchas de sus funciones de control sobre las empresas solidarias, bien sea traspasándolas a los organismos superiores del propio sector (a través del autocontrol) o sometiéndolas a los mismos controles que el sector privado. Con las mutuales no ha ocurrido así, al extremo que muchos países carecen de una legislación específica para ellas (Moirano, 2008).

#### *Carácter.*

Ya vimos que el documento constitutivo puede tener el carácter *ad solemnitatem*, en el sentido que es un requisito indispensable para la validez del contrato de sociedad; para que exista el ente como vínculo entre sus integrantes. La inscripción representa, entonces, una forma de publicidad constitutiva.

Precisa la doctrina (Figone, 1999) que la expresión puede ser aceptada siempre que se aclare que la inscripción de la nueva subjetividad jurídica es la aceptación realizada por el encargado del registro, sobre la presencia de los presupuestos de ley para la homologación; en tal contexto la inscripción asume el rol de condición suspensiva de eficacia del procedimiento constitutivo, en si ya cumplido y perfecto y, como tal, momento final y conclusivo del procedimiento de constitución de la cooperativa o de la mutual.

Sin embargo, algunos (Martín, 2001) la conciben como requisito esencial *ad substantiam* de la constitución, sin que ello quiera decir que los acuerdos concluidos previamente al otorgamiento de la escritura carezcan de fuerza vinculante entre las partes. Pero sin la escritura no existe un ente con relevancia externa y dotada de autonomía patrimonial, la que viene determinada por el otorgamiento de la escritura

De tal manera que la perfección del contrato se produce cuando se dé el consentimiento de los fundadores, lo que normalmente coincide con el otorgamiento de la escritura; pero, la perfección puede tener lugar en un momento anterior, por ejemplo, con la suscripción de un documento privado (Paniagua, 2005).

### *Autoridad*

El registro puede estar a cargo de la Autoridad de aplicación, del juez, del registrador mercantil, de los organismos de integración del sector o tratarse de un Registro especial. En todo caso, la inscripción en el Registro debe concebirse como un servicio de proximidad, además de ser rápido e imparcial.

En el caso de Inglaterra, el modelo de estatuto es la base del Registro: en cada caso es el Registrador el que ha de decidir al inscribir una entidad si esta y su estatuto cumplen con los principios cooperativos siempre que la entidad recoja las materias relacionadas y siempre que el Registrador encuentre que el estatuto cumple los principios cooperativos. La ley no determina el contenido estatutario. El movimiento cooperativo elabora modelos de estatuto. El registrador reconoce a ciertas organizaciones de apoyo que facilitan tales estatutos. Desde el momento en que el modelo haya sido aprobado la inscripción será automática siempre y cuando no se realice ninguna modificación. El pago de derechos de registro también se ve reducido a estos casos (Smith, 1989).

En Colombia, el registro se otorgó -primero con carácter temporal y luego definitivo- a las cámaras de comercio (o la entidad que haga sus veces) con jurisdicción en el domicilio principal de cada una de ellas por incapacidad de la Autoridad de aplicación de asumirlo con eficiencia, pero no así en el caso de las mutuales que dependen de la autoridad administrativa.

Como señala Henry (2006) la experiencia muestra que una autoridad especializada en los asuntos cooperativos, si es posible ayudada por personal proveniente del movimiento cooperativo está más calificada para tratar los asuntos

del registro. Además, el registro debe ser concebido como un servicio local y que se trate de una sola autoridad (ventanilla única) en los procesos de registro.

Para otros, es preferible ubicar las funciones del registro en la misma institución que registra otros negocios y que el proceso de registro no sea más oneroso que el de otros negocios (Clarity, 2006).

## OPERATIVIDAD

150

### *Legitimación*

Determinada en el acto constitutivo. Peinado (2013) estima que la condición de socio no es requisito para solicitar el registro, sino que cualquier persona (incluso un tercero o una gestoría) podría representar a los socios. Y que la designación tiene incidencia a efectos de señalar los responsables pero no a limitar a los designados la facultad de presentación para la inscripción.

### *Plazo*

Lo normal es que se otorgue un plazo determinado para registrar a todas las empresas solidarias en formación, o según el tipo de empresa de que se trate o de su rama de actividad. Y el vencimiento del plazo -que no es preclusivo, salvo norma expresa- para instar el registro sin que se haga, puede tener por efecto constituir una causal de disolución, dar pie a la declaratoria de inexistencia de la personalidad jurídica, derecho de los socios de solicitar la devolución de sus aportaciones, y los encargados responderían solidariamente por los daños y perjuicios que se irrogasen por el incumplimiento de su obligación.

### *Condiciones*

1. En principio, en el marco de una democracia liberal el registro debe efectuarse cuando se hayan cumplido la totalidad de las condiciones establecidas por la ley, siendo las principales: el cumplimiento de las formalidades necesarias; la presentación de una certificación de los organismos superiores del sector; la comprobación de la viabilidad

socioeconómica de la nueva empresa; la presentación de un plan de trabajo que demuestre la factibilidad; la constitución (suscripción y pago) de un capital inicial o mínimo y la valuación de las aportaciones efectuadas en bienes o en trabajo; determinar el carácter o condiciones de los miembros; certificar la calificación de los miembros del consejo de administración; tener aprobación externa, de la autoridad de aplicación o del sector. El estudio de factibilidad de la nueva entidad debe ser hecha por una organización del sector o por otra estructura reconocida, pero no debería ser confiada a la autoridad de registro para evitar que ésta sea juez y parte a la vez.

Para reducir los documentos a cumplimentar y agilizar los trámites administrativos necesarios, el Registro de Cooperativas de Euskadi implantó el *Documento Único Electrónico de la Sociedad Cooperativa Pequeña*: instrumento de naturaleza telemática en el que se incluyen todos los datos referentes a la entidad que se pretende constituir y que remite al Registro para la inscripción de su constitución (Morillas, 2008).

2. En ciertas legislaciones se requiere comprobar que la nueva empresa no haga competencia a otra empresa solidaria, competencia que se sujeta a ciertas condiciones como pueden serlo: que en la misma zona geográfica de acción haya otra entidad con identidad de objeto que esté funcionando eficientemente y, o que con la constitución de la nueva empresa se le cause la ruina o un perjuicio grave a la anterior (relación de causa a efecto). Se trata de un requisito de muy difícil cumplimiento y que podría atentar contra el derecho de la competencia.
3. Igualmente, en ciertos países se circunscribe el ámbito de acción de la empresa a determinado área o espacio geográfico predeterminado. El problema consiste en determinar a quién le corresponde fijar área de actuación de cada empresa (si al propio sector o a la Autoridad administrativa), y qué efectos tendría el realizar operaciones fuera del espacio geográfico asignado.

Para De Castro (2003) el área de acción de la empresa corresponde a los propios asociados y corresponde a la cooperativa decidir sobre la conveniencia y los límites de su expansión. Y basta con verificar si lo que llama “área de admisión de asociados” está de acuerdo con las posibilidades de reunión, control, operaciones y prestación de servicios. Esta –añade- debe ser definida por el grupo que constituye la cooperativa, estando, con todo, de acuerdo con el objeto de la entidad, que podrá ser cualquier género de servicio, operación o actividad.

4. Por su parte, Meinen (2002) estima que debería haber un control oficial mínimo de modo de evitar la creación descontrolada de cooperativas, sin objeto preciso y sin preocupación por su viabilidad económico-financiera, muchas veces gestionadas por administradores sin los mínimos atributos profesionales; sin la menor conciencia de sus responsabilidades, cuando también inescrupulosos. Lo mismo podría sostenerse respecto de las mutuales, aunque el menor número de estas hacen casi inaplicable este criterio.
5. Que se trate de un proyecto empresarial viable, de manera que si la actividad a desarrollar no se realiza con criterios de rentabilidad económica, al menos potencial, no solo se hará imposible la consecución del objeto social sino que se pueden poner en peligro las economías particulares de las personas socias promotoras (Sennent, 2011).

## DECISIÓN DE LA AUTORIDAD

### *Plazo*

Lo normal es que la Autoridad registral responda en un plazo determinado que no debería ser mayor de un mes. Lo procedente es que el silencio administrativo fuese positivo, aunque el texto legal expreso puede hacerlo negativo o neutro. Se plantea que opere el registro de pleno derecho: si dentro de los plazos prescritos no se ha notificado ninguna negativa, o si la Autoridad no ha emitido una decisión, habría un registro de derecho, materializado, en un plazo breve y determinado,



mediante el envío a la cooperativa de un ejemplar de su estatuto certificado, con el número y la fecha del presunto registro (Henry, 2000).

En igual sentido, Clarity (2006) señala que A fin de reducir al mínimo la posibilidad de largos períodos de demora burocrática, se debe fijar un período de tiempo para la aprobación de las solicitudes de registro, después del cual se presume la concesión.

Además, debería adoptarse –si lo hubiere- el régimen simplificado para el registro de las empresas del sector, eliminándose documentos que puedan ser juzgados inoportunos o innecesarios (Rio Grande do Sul, 2002).

### *Decisión*

La autoridad registral, si fuere el caso, tiene tres opciones:

#### *Otorgar un registro o autorización provisional o condicional*

Los registradores tienen la potestad de negarse a registrar los documentos que presenten defectos, así como dar a los interesados un plazo para subsanar los mismos. Y respecto de los elementos de cuya omisión no depende la validez u homologación del acto constitutivo, la asamblea siempre podrá llenar la laguna existente con un acuerdo integrativo (Buonocore, 1997).

La asamblea constituyente puede facultar al órgano de administración o a algunos promotores para que rectifiquen cualquier defecto que presente la escritura de constitución hasta alcanzar la inscripción definitiva en el Registro.

En contra, Escolano (2001) afirma que técnicamente no es una propia ratificación, ya que esta presupone la intervención de representante sin facultades suficientes, sino más bien, una renovación del consentimiento contractual inicialmente prestado en el otorgamiento de la escritura de constitución. Considera injustificable esta medida, pues en el mejor de los casos, supone una duplicidad del consentimiento, que es contrario a todos los principios jurídicos de nuestro

sistema, como el de irrevocabilidad del contrato, incluso contrario al principio de conservación de las condiciones tenidas en cuenta al contratar, como es sabido no sujeto a un elemento de mero transcurso de plazo sino a la acreditación con control judicial de que efectivamente se ha producido la alteración sustancial de las condiciones del contrato.

Ahora bien, si se introducen cambios sustanciales en el estatuto aprobado por la asamblea de constitución que no sean los apreciados por el Registro en la calificación previa, los demás promotores podrán exigir responsabilidad a los autores por tal desviación y por el incumplimiento del mandato (Peinado, ídem).

Se da en caso de presentarse alguna causal determinada para hacerlo, como fuere el tener dudas acerca de la viabilidad de la empresa, falta de capacitación de los directivos, necesidad de un plazo para culminar las gestiones o los permisos necesarios, etc., a cuyo vencimiento deberá optarse por proceder a la liquidación, otorgarse una prórroga u ordenar la conversión a otra forma jurídica. Durante ese lapso las facultades de la empresa pueden ser plenas, estar limitadas, estar bajo sujeción a tutela, bajo protección especial; y su régimen de responsabilidad estaría necesariamente limitado.

Debe, sin embargo, aceptarse la procedencia de ejercer un recurso administrativo contra la decisión, caso que la empresa no esté de acuerdo con la valoración administrativa que sustenta la decisión.

Para favorecer el rápido desarrollo de las cooperativas, la mayor parte de la legislación de los años sesenta contempló la posibilidad de registro provisional principalmente de las precooperativas. No obstante, actualmente se debe admitir que la mayoría de ellas, preferían no haber evolucionado hacia la forma de cooperativas autónomas.

Por el contrario, su dependencia del Estado se incrementó como resultado del apoyo siempre creciente que apuntaba al hecho de convertirse en cooperativas. Por otra parte, el registro provisional dio nacimiento a una importante confusión,

especialmente entre los bancos y otros acreedores con quienes se suponía que el registro provisional facilitaría las relaciones, dado que la naturaleza legal de este registro no quedaba claro (Henry, 2001).

### *Negativa de registro*

Negativa que se produciría por la concurrencia de causales que deben estar previamente determinadas en la ley, como son: el incumplimiento de formalidades, número de miembros menor al mínimo legal, la no conformidad del estatuto con normas obligatorias de la ley, la falta de integración del capital mínimo, la infracapitalización originaria. En el caso de las mutuales, insuficiencia de aportes o número insuficiente de asociados para realizar las prestaciones previstas.

No pareciese ser causal de negativa de autorización el demérito, entendido como inconveniencia o inoportunidad de su funcionamiento, por tratarse de cuestiones de fondo que deberían ser dilucidadas en sede judicial, además que esta causal se corresponde más bien con el registro provisional.

La decisión debe ser motivada y notificada en plazo breve. Tiene por efecto una de las siguientes alternativas: la obligación de efectuar corrección de los vicios observados, procederse a la disolución, o la adopción de una forma jurídica diferente.

En caso de negativa, la entidad podrá interponer un recurso ante un tribunal (debería especificarse en la ley) el cual se pronunciará dentro de plazos breves y determinados (Henry, 2000).

### *Autorización definitiva*

Es otorgada por medio de un instrumento que puede ser una certificación de la autoridad y, o una publicación oficial. Sea cual sea la forma en la que se haya llevado a cabo, el registro, dentro de un plazo breve y determinado, será objeto de

una publicación accesible a todos, por intermedio del medio de información generalmente utilizado por las autoridades locales.

En caso de no procederse a la publicación dentro del plazo estipulado, se considerará el reconocimiento de la cooperativa o de la mutual automáticamente avalado, y la persona que no haya cumplido sus obligaciones será financieramente responsable de las consecuencias que ello entrañe (Henry, 2000).

#### *Plazo para inicio de operaciones*

Puede ser que la autoridad registral otorgue un plazo determinado para que la entidad inicie sus operaciones normales. En caso de ser necesario, puede conceder prórroga. En caso de incumplimiento del plazo (y prórroga) podrían producirse algunos de los siguientes efectos: la caducidad de la autorización; la responsabilidad personal de los directivos; sanciones administrativas; devolución de aportaciones o una causal de disolución.

#### *El medio de prueba de la constitución*

Puede ser el acta correspondiente, el certificado del registro, o la copia de la publicación en un diario privado o en el diario oficial.

## ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS

Una vez registrada la nueva empresa, procede a realizar algunas otras actividades:

#### *Inscripciones diversas*

La nueva entidad debe inscribirse en los registros especiales en que deben inscribirse las empresas del sector para el goce de beneficios fiscales y demás ventajas reconocidas; o en los registros de derecho común, administrativos, fiscales y comerciales.

## *Legalización de los libros sociales*

Los libros sociales y contables legalizados por el Registro o a la autoridad judicial, la Autoridad de aplicación o a la Autoridad de la actividad; esto es, para que los certifique como legítimos para servir de medio de asiento de sus contenidos.

Hay dos procedimientos para la legalización de los libros<sup>16</sup>

1. Legalización *a priori*, consiste en la certificación concreta por la autoridad de que un libro social determinado es el empleado según las prescripciones de la ley por un determinado empresario, dotándole de efectos jurídicos probatorios y, por tanto, deslegitimando cualquier otro libro que se pretenda justificar y que no reúna tales requisitos. Los libros se presentan ante la autoridad antes de su uso para que enumere sus páginas, las selle y abra una diligencia identificadora.
2. Legalización *a posteriori*, permitiendo practicar los asientos y las anotaciones por procedimientos mecánicos, informáticos o por otros medios adecuados, que posteriormente serán impresos y encuadernados correlativamente para formar los libros, los cuales serán legalizados por la autoridad competente en el plazo previsto por la ley

## LA EMPRESA IRREGULAR

### *Concepto*

La empresa irregular es aquella empresa solidaria que ha realizado de buena fe esfuerzos para cumplir con las exigencias y requisitos de la ley bajo la que intenta organizarse, incumpliendo inadvertidamente algunos de ellos y que, también de buen fe, ha hecho uso de las facultades y poderes como tal; la empresa que en ausencia de registro, ejerce de hecho la actividad social.

La opinión predominante de la doctrina es que no es posible una empresa social irregular o de hecho, porque el registro tiene valor constitutivo. Sin embargo, esas

---

<sup>16</sup> Olmedo, 2013

empresas existen frecuentemente y se trata no tanto de establecer si “existe” una entidad irregular, sino cuales son los efectos que emanan de la situación antes del registro legal.

Los errores pueden ser en la documentación; en la falta de registro o la falta de publicación cuando ello fuere requisito. En cambio, las faltas de contenido, esto es, los defectos en la causa del contrato o del acuerdo social de constitución, o los vicios en los elementos fundamentales del documento de constitución, producen la nulidad del acto constitutivo.

Por la especificidad propia de sus prestaciones, es improbable que una mutual pueda actuar sin contar con una constitución regular, porque su actividad demanda una gran cantidad de asociados y ello es difícil suponer en un supuesto de total irregularidad (Moirano, 2009).

### *Efectos*

1. Para Gadea (1999) cualquier socio podrá instar la disolución de la cooperativa irregular y exigir, previa la disolución del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones –en realidad, su cuota de liquidación. Escolano (2010) dice que sería recomendable prever en la escritura de constitución, en caso de no otorgarse la escritura dentro del plazo legal, que las aportaciones realizadas por los promotores puedan ser retiradas transcurrido un plazo prudencialmente superior (ejemplo, cuatro meses) acreditando la no presentación de escritura alguna de constitución en el Registro de Cooperativas o antes si se certifica por el secretario de la asamblea con el visto bueno del presidente que no se ha otorgado la escritura.
2. En caso de no tener documentación escrita expresa de la constitución legal se podría efectuar la prueba de la existencia de la empresa por otros medios, por ejemplo, mediante testigos. En tal caso lo que existe es una comunidad entre sus miembros y, en tal virtud, las ganancias y pérdidas

obtenidas se reparten de acuerdo a la normativa cooperativa, tal y como lo resuelve la Ley de Chile, 2002.

Por sus características propias, este supuesto es muy improbable en las mutuales, pero, en cualquier caso, no habría reparto de excedentes y sí, dado el caso, la responsabilidad ilimitada de los fundadores por el quebranto.

3. Otros consideran que cuando no se complete su constitución, es decir, que no llegue a ser cooperativa y actúe en el tráfico, pese a ello, como tal, este fenómeno societario que existe en la realidad debe recibir una respuesta jurídica, es decir, debe determinarse cuál es el régimen jurídico aplicable y este habrá de ser el de la sociedad colectiva o el de la sociedad civil (Martín, 2001).

En igual sentido, Escolano (2010) estima que cualquiera que sea el nombre que le demos a la situación creada por una sociedad constituida en escritura mas no inscrita en el registro, si ha comenzado su actividad en el tráfico, hay ya un fenómeno societario respecto del cual hay que precisar su régimen jurídico, que no puede ser otro que acudir a la regulación típica de las sociedades generales, esto es, civil o colectiva, en atención a su objeto. Lo contrario nos llevaría a entender que, desde el punto de vista del Registro se produce el confortable cierre; para los terceros, la mera responsabilidad de los gestores que hubieren contratado con ellos y, los socios fundadores, exigir la restitución de sus aportaciones por la vía de la resolución del contrato.

Ahora bien, La inobservancia del contrato de sociedad no puede alegarse en perjuicio de los terceros ajenos a la sociedad, con los cuales se relaciona en el tráfico comercial, en razón del aforismo <<nadie puede alegar a su favor, su propia torpeza>> (Morillo, 2012).

### *Personería jurídica<sup>17</sup>*

La opinión mayoritaria es que la empresa solidaria irregular si tiene personería. Se piensa que los asociados quisieron una cooperativa y no otra cosa, por lo que el contrato no inscrito es, hasta la inscripción, sólo ineficaz. Ello, porque la inscripción es parte del proceso de constitución. La atribución de personalidad por el registro tiene efecto de oponerlo frente a terceros. Ello vale hasta que vence el plazo para el registro, pues al vencerse el mismo, el contrato se considera disuelto y la sociedad inexistente.

El Código Civil italiano regula las asociaciones no reconocidas. Se trata de asociaciones no formalmente constituidas y que por tanto no llegan a alcanzar personalidad jurídica. El legislador se preocupa por garantizar el destino social del fondo constituido, impidiendo su distribución entre los socios, incluso en caso de baja, y su garantía a favor de los acreedores de la asociación.

### *Capacidad procesal*

Por principios generales del derecho procesal, reflejado en muchas legislaciones, se considera que la empresa irregular tiene capacidad procesal plena, aunque puede estar restringida siendo posible –también- que no se le dé ninguna capacidad colectiva, sino capacidad procesal de cada uno de los promotores o de los miembros. Ahora bien frente a terceros: para ellos existe y actúan contra ella y contra quienes procedieron por su cuenta.

### *Responsabilidad de los miembros*

Es ilimitada y solidaria frente a aquellos con quienes hayan contratado. En tal sentido, el TSJ de Andalucía (30/4/2003, en Peinado, 2013) desestimó la personería de una cooperativa que se presenta con el aspecto de tal cuando verdaderamente no revestía tal naturaleza, porque si bien fue constituida en escritura pública, luego no consta en las actuaciones la inscripción en el Registro correspondiente, alcanzando por ende, simplemente la figura de cooperativa en

---

<sup>17</sup> Bonfante, 1999



constitución, siendo sus integrantes responsables solidariamente por los actos y los contratos celebrados.

Sin embargo, opina Bassi (1995) que en las cooperativas irregulares buena parte de los asociados, como en las cooperativas regulares, se limitan a un aporte inicial y a una participación ocasional e indirecta en la vida social.

Desde este punto de vista, pareciera correcto adoptar, en forma general, una solución que no los excluya del todo en la participación en las pérdidas, pero que, al mismo tiempo, reserve la responsabilidad ilimitada en sentido propio solo a quienes han administrado y representado al organismo social (fundadores, administradores o cualesquiera otras personas que hayan obrado en nombre de la sociedad, en representación de los asociados).

En Italia, la omisión de la inscripción determina la existencia de una sociedad irregular con aplicación de las normas sobre la sociedad simple, en cuyo caso la responsabilidad es individual de quienes actuaron: los socios fundadores que redactaron el acta y comenzó a operar antes del registro (Bonfante, 1999).

### *Regularización*

Mediante el cumplimiento de las formalidades faltantes, esto es, mediante el saneamiento de los vicios, lo que produce la continuación de la existencia. Ello solo es posible cuando no se trate de casos de nulidad absoluta que no pueden ser saneados. En caso contrario, procede efectuar la liquidación y la constitución de otra forma jurídica.

### *Las cooperativas de hecho pero no de derecho*

Además, es frecuente encontrar las llamadas cooperativas de hecho pero no de derecho, que son entidades que cumplen voluntariamente con todos o con algunos de los principios cooperativos, pero por las razones que sean (casi siempre por lo incomodo que resulta el régimen legal de las cooperativas) han preferido constituirse en otro tipo social (Vargas, 2009 y 2014).

Incluso, García-Gutiérrez (1994) ha llegado a distinguir entre cooperativas de hecho y de derecho, siendo las primeras aquellas que respetan los principios cooperativos promulgados por la ACI en su organización y funcionamiento, con independencia de su adscripción a la forma social cooperativa [tal y como viene regulada en cada particular Ordenamiento], o a cualquier otra.

Por el contrario, las cooperativas de derecho, aún constituidas conforme a la legislación de cooperativas, su organización y funcionamiento no se corresponde con aquellos principios.

## LA FALSA COOPERATIVA

### *Concepto*

Hemos visto que la cooperativa irregular es aquella que de contenido es una verdadera cooperativa, aunque de forma no lo es. En cambio, la falsa cooperativa formalmente lo es, pero su contenido no. Para Lopes-Becho (2002) son falsas cooperativas aquellas sociedades que aparentan ser cooperativas, pero en la verdad no actúan conforme a la letra de la legislación cooperativista.

Se trata de una verdadera empresa comercial que tiene como fachada el ropaje jurídico de una cooperativa; que no cumple con los principios cooperativos. Vargas (2009 y 2014) dice que por falsas cooperativas se conocen a las sociedades que constituidas con arreglo a las prescripciones legales de las leyes cooperativas, se apartan de los rasgos configuradores de este tipo de entidades, esto es, de los valores y principios que informan el movimiento cooperativo.

### *Casos*

Barca y Rodríguez (2002) presentan los más importantes casos de falsas cooperativas en el ámbito laboral verificados en Brasil: uso de cooperados en actividades normales y necesarias al funcionamiento de la cooperativa, con subordinación, onerosidad, personalidad y no eventualidad, en una relación de empleo con la propia cooperativa; cooperados sin capacidad civil plena o que la misma es ilegal; falta del número mínimo de cooperados en las asambleas;

verificación en los libros contables que una parte considerable del valor recibido por los servicios va para algunas empresas de asesoría, o a determinados cooperados, casi siempre entre los fundadores.

Además, las llamadas cooperativas “fantasmas”, creadas solo para evadir obligaciones tributarias, gozar de privilegios o preferencias otorgadas por el Estado, o para obtener financiamientos públicos indebidos. Para Moirano (2009) estos supuestos no son reproducibles en las mutuales.

### *Efectos*

1. Las personas perjudicadas por la “falsa” cooperativa y la Autoridad de aplicación en todos los casos, y si la legislación nacional no lo prohíbe, podrían solicitar al juez la declaración judicial de la inexistencia de la cooperativa, y la existencia de una sociedad de hecho, con lo cual se declararía que todos los actos practicados serían imputados como de la responsabilidad de todos los integrantes, quienes responderán con todos sus bienes frente a los perjudicados.
2. En tal caso, como puede ser considerada como una sociedad “de hecho”, se desestima su personalidad jurídica y los administradores que han actuado en fraude serán considerados responsables por todos los tributos debidos por la sociedad.
3. Pero, además, no habría separación entre el patrimonio de la empresa y el de los socios, que responderán con todos sus bienes presentes o futuros por la deuda tributaria, sin límite de tiempo, en caso que la legislación nacional establezca la no prescripción de los actos practicados en simulación (Correa, 2003).
4. En opinión de Verón (2009) la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extra societarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Pero deben existir pruebas concluyentes respecto de las situaciones excepcionales a fin de prescindir de la personalidad jurídica, para evitar causar un daño para el derecho, la incertidumbre y la seguridad de las relaciones jurídicas ya que de no respetarlas puede ocasionar un daño mayor que el que eventualmente puede derivarse del mal uso que de las mismas puede hacerse. No parece ilógico que se demande a los socios individualmente cuando se ha producido una “confusión por ellos mismos generada.

5. En la legislación vasca, la utilización instrumental de la forma jurídica de la sociedad cooperativa pequeña para fines distintos de los previstos en la ley se considerará infracción muy grave y dará lugar a la descalificación administrativa de la cooperativa.

## Referencias

- Barca, A. y Rodríguez, L. (2002). Cooperativas e terceirização de serviços. *Problemas atuais do direito cooperativo*. São Paulo. Dialética
- Bassi, A. (1995). *Le Societa Cooperative*. Torino. Utet
- Bonfante, G. (1999). L' unita di forma giuridiche per la cooperazione un tabu' da superare?. *Rivista della Cooperazione*. Istituto Italiano di studi cooperativi Luigi Luzzatti. Roma
- Buonocore, V. (1997). *Diritto de la Cooperzione*. Bologna. Il Mulino
- Clarity, (2006). Principios de Clarity para la Reforma Legal. *La creación de un entorno favorable para el desarrollo cooperativo*. Washington, Iniciativa para la Regulación y el Derecho Cooperativo
- Correa, A. (2003). A Responsabilidade Civil e Tributaria das Cooperativas ed. *Cooperativismo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte. Mandamentos
- Cracogna, D. (2015). La legislación cooperativa latinoamericana en el marco del plan para una década cooperativa de la Alianza Cooperativa Internacional. *Revesco N° 117 Monográfico: Las sociedades cooperativas construyen un mundo mejor*. Madrid, Aecoop

- De Castro, F. (2003). As áreas de ação e de admissão de associados nas sociedades cooperativas. *Cooperativismo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte. Mandamentos
- Escolano, J. (2001). Constitución: escritura y estatutos. *La sociedad cooperativa en la ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas*, Granada, Comares
- Figone, A. (1999). Costituzione della cooperativa. *Cooperativa, Consorzi, Reagrupamenti*. Italia. Ipsoe
- Gadea, E. (1999). Estudio del régimen orgánico en la Ley Vasca de cooperativas. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* 33. Bilbao. Universidad de Deusto
- Henry, H. (2000). *Cuadernos de legislación cooperativa*. Ginebra. OIT
- Henry, H. (2006). *Guide de législation coopérative*. Deuxième édition, revue et corrigée
- García-Gutiérrez, C. (2000). El nuevo marco de la participación de los agentes externos en las empresas cooperativas: en el camino hacia la desmutualización. Madrid. Internet. *La regulación legal del trabajo en las cooperativas individuales de producción*.  
Geneva, International Labour Office. ISBN 92-2-217210-8
- Lema, C. (1999). A constitución da sociedade. *Estudios sobre a lei de cooperativas de Galicia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galicia
- Lopes-Becho, R. (2002). *Elementos de Direito Cooperativo (de acordo com o novo Código Civil)*. São Paulo, Dialética.
- Martin, J. (2001). Capítulo II. De la constitución de la sociedad cooperativa. *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999 de 16 de julio*. Madrid. Colegios Notariales de España
- Meinen, E. (2002). As sociedades cooperativas na constituição federal. *Aspectos jurídicos do cooperativismo*. Porto alegre. Sagraluzzatto
- Moirano, A. (2008). *Manual de Mutuales*. Buenos Aires, Lajuane
- Monzón, J. et al (2009). *Informe para la elaboración de una ley de fomento de la economía social*. Valencia, Ciriéc-España
- Morillas, M. (2008). *Las sociedades cooperativas*. Madrid, Iustel

- Münkner, H. y Txapartegui, J. (2011). *Glosario cooperativo anotado*. Ginebra. OIT
- Olmedo, E. (2013). Singularidades del régimen jurídico contable de las sociedades cooperativas. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 24, Valencia, Ciriec
- Paniagua, M. (2005). La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social. *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XX, Vol. 1. Madrid-Barcelona, Marcial Pons
- Peinado, J. (2013). La constitución de la cooperativa. *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I. Valencia, Tirant lo Blanch
- Rio Grande do Sul (2002). *Lei N. 11.829 de 5 de setembro de 2002 institui a política estadual cooperativista*. Internet
- Sarmiento, A. (2009). *Derecho de la Economía Solidaria. Conferencias*. Bogotá, Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho
- Sennent, M. (2011). Constitución de la cooperativa. Registro de Cooperativas. *Cooperativas. Régimen jurídico y Fiscal*. Tirant. Monografías 738. Valencia. Universidad de Valencia
- Smith, I. (1989). *Ley de Cooperativas en el Reino Unido*. Nº 7 Valencia. Ciriec
- Vargas, C. (2009). La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 20, Valencia, Ciriec
- Vargas, C., Gadea, E. y Sacristán, F. (2014). *Derecho de las sociedades cooperativas*. Madrid, La Ley
- Verón. V. (2009). *Tratado de las cooperativas*. Tomos I, II y III. Buenos Aires, La Ley

## 58. REGIMEN DE LA DISOLUCION

Extinción de la empresa. Aspectos generales de la disolución. Formas. Procedimiento. Efectos. Causales de disolución: Concepto. Voluntaria. Por razón del objeto. Económicas. Reducción de miembros. Sociales. Administrativas. Judiciales. Estatutarias

---

### EXTINCIÓN DE LA EMPRESA

167

Para Bataller (2012) por extinción se puede entender cualquier proceso que implique la supresión de la personalidad jurídica de la cooperativa. Se trata, por tanto, de un concepto amplio capaz de albergar todo procedimiento cuyo resultado comprenda el fin de la personalidad jurídica, con independencia de cuál sea el método seguido para la resolución de las relaciones internas y externas de la cooperativa (desvinculación de la cooperativa respecto de terceros y de los socios).

La extinción de la cooperativa se puede hacer mediante liquidación de la entidad, o a través de modificaciones estructurales que no suponen la liquidación (los casos de fusión y de escisión total (ídem).

Para la mayor parte de los autores la extinción de la empresa constituye un proceso que consta de dos etapas: la disolución y la liquidación. La disolución coloca de inmediato a la entidad en estado de liquidación; estado que se mantiene durante un cierto tiempo necesario para la realización de una serie de operaciones que rematan con la extinción del ente; si la disolución abre el camino a la liquidación, esta pone fin a su existencia (Botana, 1999).

Según Vargas (2009) la disolución y la liquidación se presentan unidas por una relación de causa-efecto, en cuanto que disuelta la sociedad se abre el período de liquidación. Ambas forman parte de un proceso que tiene normalmente como consecuencia la extinción de la sociedad.

Sin embargo, parece necesario distinguir en tres los conceptos o momentos de la extinción: la disolución, la liquidación y la extinción propiamente dicha.

1. La disolución puede entenderse como un acto jurídico que constata una causa, prevista en la ley o en el estatuto y que ordinariamente sirve de base y camino a la apertura de un proceso liquidatorio.
2. Por liquidación se ha de entender un conjunto de actos u operaciones conducentes a determinar y percibir los créditos y satisfacer a los acreedores y a fijar la formación de la masa partible entre los miembros.
3. Finalmente, la extinción supone la conclusión de la entidad como contrato y la disgregación del vínculo que liga o une a sus integrantes. En conclusión, la disolución tiende hacia la liquidación y ésta a la extinción (Martínez, 2001).

Por tanto, disolución y extinción no son términos idénticos, es decir, una empresa en disolución no es una empresa extinguida, sino solamente en vías de extinción, extinción que se producirá tras la fase de liquidación (Alonso, 2000).

## ASPECTOS GENERALES DE LA DISOLUCIÓN

### *Concepto*

La disolución es el acto que –previa verificación de alguna de las causales previstas en la ley o en el estatuto– abre el proceso liquidatorio conducente a la extinción de la empresa como contrato y como persona jurídica (Althaus, 1974). Es un hecho jurídico que abre el proceso de liquidación, como consecuencia de la realización de los presupuestos previstos en la ley y en el estatuto como causas disolutorias (Sacristán, en Vargas, 2009).

Para Cuesta (2000) la disolución generalmente concluirá con la extinción, agotada la liquidación. Generalmente, puesto que disuelta la entidad por la ocurrencia de alguna de las causales previstas en la ley, la disolución puede quedar sin efecto mientras no se haya efectuado la liquidación. Pero, además, porque puede dar lugar a la fusión o a la escisión.



La disolución es un régimen de excepción que supone una situación jurídica limitativa de la actividad propia de la entidad, por lo que no puede perpetuarse; no puede mantenerse indefinidamente en el tiempo, si se la ubica como la línea divisoria y punto de partida entre la actividad habitual y los actos liquidatorios que ponen fin a la existencia del ente (ídem).

Sin embargo, en tanto no se active el proceso de liquidación, la empresa seguirá desarrollando su vida legal y su actividad empresarial en iguales condiciones de normalidad que las existentes antes de la situación o fase de disolución, el manos en los supuestos en que la disolución no se produzca de pleno derecho (Botana, 2013).

### *Fuentes*

Es un hecho que en la inmensa mayoría de los casos la legislación sobre economía solidaria no regula la disolución, sino que generalmente remite a la normativa genérica o de derecho común, por lo que se aplica en forma analógica la legislación sobre la disolución de las empresas mercantiles, en particular, de la sociedad anónima.

Ahora bien, con base en el principio de subsistencia de la empresa, la interpretación de su aplicabilidad debe ser hecha con criterio restrictivo. Tal y como dice Cuesta (2000) “Compartimos el criterio que se funda en la perdurabilidad que, analizando los caracteres que la ley específica señala como propios del sistema, surge como consecuencia de estos. En función de este rango, en caso de duda debe estarse por la subsistencia de la cooperativa.”

Aunque pareciera ser normal, sólo por vía de excepción se aplican los procedimientos de quiebra y de suspensión de pagos por remisión normativa expresa o por laguna legal especial, o se hace aplicación de la normativa especial de la actividad, por ejemplo, de las instituciones financieras, de seguros, etc.

## FORMAS DE DISOLUCIÓN<sup>18</sup>

La disolución puede proceder de pleno derecho, por causas legítimas, por decisión judicial, o ser voluntaria.

### *De pleno derecho*

Se produce al vencerse el término de duración predeterminada de la empresa, por lo que –claramente- no procede si la duración de la empresa es indefinida. Al darse la causal disolutiva la empresa entra en liquidación, pero requiere ser aprobada por la voluntad de la mayoría de los miembros, por decisión de asamblea. Sin embargo, la asamblea puede -antes del vencimiento del plazo- prorrogar la duración de la empresa mediante reforma del estatuto, o también, acordar la fusión o la escisión, siempre que no se haya pagado los aportes a los miembros.

### *Por causa legítima o causas justas*

Cuando se produce cualquiera de las demás causales (más bien presupuestos) de disolución, surge para los administradores la obligación de convocar la asamblea para que acuerde la disolución como consecuencia de la presencia de la causal, o para que adopte otras medidas tendentes a eliminar la presencia de la causa.

La convocatoria debe ser hecha dentro de un plazo determinado en la ley, el que debe ser contado a partir del momento en el cual sea clara e incontestable la presencia de la causal. La asamblea, si fuese el caso, adopta un acuerdo expreso que constate que se ha producido una causal de disolución en un plazo determinado desde su ocurrencia.

No obstante, como afirman Esteban y Rodríguez (2001) en la práctica podrá ser difícil, incluso imposible, determinar el momento inicial para el cómputo de ese plazo, como en el caso de paralización de la actividad social.

---

<sup>18</sup> Vargas, 2009

Ahora bien, si el órgano directivo no convoca la asamblea, parece que los miembros podrían acudir al juez para solicitarle que la convoque para que ella decida al respecto, o solicitarle que el propio juez declare la disolución. Es más, podría suceder que los asociados que insten la convocatoria puedan estar interesados, no en la disolución, sino en que la asamblea adopte algún otro tipo de acuerdo que haga ineficaz la causa de disolución (Esteban y Rodríguez, 2001).

Si los administradores, en un plazo perentorio desde que constatan la existencia de una causal de disolución, no convocan la asamblea para que la acuerde, responderían en forma solidaria de las deudas sociales contraídas con posterioridad a esta situación. Se trata de un supuesto de responsabilidad “*ex lege*” que deriva de una infracción objetiva –de la regla de conducta impuesta- auténtico deber de convocar- que sólo se actúa cuando sea imputable al agente – los administradores- por haber incurrido en negligencia (Pastor, 2007).

Para Coronado (2001) sería una responsabilidad objetiva o <<cuasi objetiva>>, con inversión de la carga de la prueba, por lo que no habría dificultad en declarar la responsabilidad del administrador (Coronado, 2001)

Cualquier miembro puede pedirle al consejo de administración que convoque la asamblea y si no lo hace en un plazo razonable determinado en la ley, puede solicitarlo al Juez. En el orden del día debe aparecer el asunto, así como las medidas alternativas, si fuese el caso.

#### *Por disolución Judicial*

Es una forma subsidiaria que representa la garantía última del cumplimiento de un proceso disolutorio, que requiere el incumplimiento por los administradores de su obligación de convocar la asamblea, o cuando ésta no tome decisión o no apruebe los acuerdos necesarios. Puede ejercerlo cualquier interesado que pruebe un interés legítimo.

Los administradores están obligados a convocar la asamblea en caso de que efectivamente se produzca una causa de disolución. Ahora bien, si la asamblea no

es convocada, se convoca pero no se llega a celebrar, o el acuerdo adoptado es contrario a la disolución, entonces surgirá la posibilidad de que cualquier interesado pueda solicitar la disolución judicial (Moya, 2007).

Ahora bien, para solicitarse la disolución judicial es menester esperar que los administradores no hayan convocado la asamblea o que no se celebre la asamblea convocada, pues hasta ese momento no se puede determinar si se ha adoptado el acuerdo de disolución o aquél o aquellos acuerdos que sean necesarios para remover la causa de disolución (fusión, escisión, conversión).

Como señala Bataller (2012) la disolución tiene un marcado carácter subsidiario. Efectivamente, la disolución judicial únicamente procede cuando no se convocara la asamblea o esta no lograra el acuerdo de disolución, siendo irrelevantes las razones del fracaso de la asamblea. Por tanto, solo cabe interponer la demanda cuando no se haya acordado la disolución por la asamblea.

#### *Disolución voluntaria*

Los miembros pueden decidir no querer continuar con la empresa, en cuyo caso, así lo pueden decidir por medio de un acuerdo de la asamblea aprobado por mayoría calificada, el que tiene carácter constitutivo de la disolución.

Señala Vargas (2009) que la disolución por acuerdo de la asamblea puede ser útil como mecanismo de expresión del agotamiento del proyecto societario, y como técnica de evitación de la aparición de causa de disolución cuando se adopta el acuerdo de disolución para evitar situaciones de conflicto entre los socios, antes de que estas no tengan solución, o para evitar supuestos de inactividad, y disolver la sociedad sin necesidad de esperar a que transcurra el lapso legal.

## PROCEDIMIENTO

### *Iniciativa*

1. La iniciativa procede normalmente de los propios miembros de la empresa. Se discute si se trata de un derecho individual de cada uno de ellos o si

más bien se está en presencia de un derecho de ejercicio colectivo, en cuyo caso se requiere de un determinado porcentaje de miembros de la asamblea para promoverla.

2. En cuanto a los terceros, debería demostrarse que tengan legitimación como partes del proceso, esto es, deben comprobar que tienen “derechos e intereses legítimos y directos” en la empresa.
3. Pueden tener legitimación para promover la disolución la Autoridad de aplicación, la autoridad de fomento o la autoridad de la actividad a la que dedique la empresa.

Sostiene Cuesta (2000) que no existe excusa para que los organismos de contralor no conozcan, oportunamente, los casos en que existen estados de disolución, y en consecuencia adopten las medidas pertinentes conducentes a un adecuado impulso de la liquidación en protección de los intereses de los asociados, de terceros y del propio Estado. Pues, precisamente, esa es una de las principales funciones del control público sobre las empresas del sector solidario.

En efecto, en el caso de Costa Rica, en virtud de la naturaleza de las funciones que el legislador le ha encomendado a la Autoridad de aplicación, resulta razonable que se le otorgue la posibilidad de solicitar la disolución y participar en la liquidación de una cooperativa, aunque los socios no lo hubieren solicitado (Briones y Li, 2013).

4. El juez, el Ministerio Público en su caso, el Registro, todos ellos, de oficio, mediante Resolución, pueden impulsar la disolución, siempre que ello esté expresamente previsto en la ley, al igual que los organismos de integración del sector, si así estuviese previsto en la ley, como entes responsables del buen funcionamiento de todos sus componentes.

### *Acuerdo*

La asamblea, por acuerdo adoptado por mayoría simple o calificada bien sea de los miembros de la empresa o de los asistentes, aprueba la disolución de la

empresa, acuerdo que normalmente debe ser objeto de inscripción en el Registro respectivo y ser objeto de publicación legal

## EFFECTOS DE LA DISOLUCIÓN

La declaratoria del estado de disolución produce a los efectos siguientes:

1. Surge una restricción de la personería jurídica y de la capacidad negocial allí la normal existencia de la entidad, que entra en una actividad restringida y limitada a su posterior liquidación (Cuesta, 2000).
2. Hasta el momento en que los liquidadores asumen sus funciones, el órgano directivo tiene una actuación interina (sigue detentando las funciones gestoras y representativas) y cautelar (puramente defensiva del patrimonio). Las funciones del órgano directivo se limitan al cobro de deudas, a exigir las obligaciones pendientes, finalizar operaciones, revocatoria poderes judiciales.
3. Queda cerrada la posibilidad de iniciar nuevas operaciones e incluso concluir las pendientes, salvo que su paralización pueda ocasionar a la cooperativa un perjuicio o quebranto, entendido como pérdida patrimonial y no como pérdida de eventuales ganancias (Esteban y Rodríguez-Moldes, 2001).

Sin embargo, como la empresa mantiene su personería jurídica, se puede considerar que la asamblea debe seguir funcionando, aunque sus decisiones deberán orientarse a la liquidación de la sociedad, salvo el acuerdo de reactivación.

4. Por otra parte, para algunos la regla general es que la liquidación está a cargo del órgano directivo (salvo previsión expresa en contrario del estatuto y de regímenes específicos según la rama de actividad); así como atenerse a lo dispuesto por la asamblea.

En cambio, otros consideran que debe sustituirse el órgano ordinario de administración por un órgano especializado, el liquidatorio.

5. Si los liquidadores son diferentes al órgano directivo, nace la obligación para este de hacer entrega material a los liquidadores, de los activos y pasivos, de la totalidad de sus instalaciones, dependencias, depósitos, vehículos, materiales y equipos, servicios, cuentas bancarias, nominas, de los estados financieros y a suministrarles las informaciones que necesiten para el desempeño de sus funciones.
6. En principio, el propio órgano de la empresa. En consecuencia, no se puede emprender nuevas operaciones y la actividad debe limitarse a los actos conservatorios; no puede haber admisión ni retiro de miembros. Importa el fin de su vida activa, deteniéndose
7. de administración debería estar a cargo de la liquidación. Pero, si esta se produjo por alguna causal imputable al mismo, como inactividad inexcusable, despilfarro, mala administración, o por conflicto societario grave, la liquidación no podría estar en sus manos, sino a cargo de otros asociados.

## LAS CAUSALES DE DISOLUCION

Las causales son las razones o causas por las que se produce la extinción o cese definitivo de la actividad de la empresa solidaria; aquellos hechos, actos o situaciones a los que la ley dota de efectos disolutorios.

Las causales de disolución pueden ser obligatorias o de pleno derecho, que se producen por la mera ocurrencia de la causa que puede tener origen legal o estatutario, o voluntarias, cuando además de la ocurrencia de la causa disolutoria, se requiere de un acuerdo de la asamblea.

Ahora bien, el principio de autonomía de la voluntad permite que el estatuto, ya sea originariamente, ya en una modificación posterior, pueda prever otros supuestos de disolución no previstos por la ley, u operar sobre las causas previstas en la ley, ya sea combinándolas (por ejemplo, la no conclusión de una operación concreta en un plazo determinado) ya sea facilitándolas, por ejemplo, acortando el plazo de paralización o de inactividad (Esteban y Rodríguez, 2001).

Sin embargo, según Coronado (2010) la doctrina no admite que el estatuto pueda dificultar o excluir el juego de las causas previstas legalmente, ya sea exigiendo la concurrencia de dos o más causas de las establecidas, o excluyendo alguna de las causas legales, o exigiendo mayores requisitos que los legales para el juego de una causa determinada.

Si concurre alguna de las causas previstas en la ley, la disolución será inevitable - no sólo posible- en el sentido de potestativa, sino obligatoria y sin perjuicio de que, al margen de ella, la ley reconozca a cada ente en concreto la posibilidad de prever otras causas de disolución distintas de las enumeradas (Alonso, 2000). Aunque, hay quienes opinan que la disolución sólo puede producirse por las causas taxativamente determinadas por la ley.

## DISOLUCIÓN VOLUNTARIA

### *Naturaleza*

El acuerdo de la asamblea con la mayoría indicada constituye un acto jurídico expresivo de su soberanía y de formación de la voluntad social; órgano que tiene competencia exclusiva y excluyente para acordar la disolución de la entidad, incluso antes de transcurrir el plazo de duración que eventualmente estuviera fijado en el estatuto (Botana, 1999).

El acuerdo de los socios –dice Bataller (2012)- como causa de disolución obedece a la base negocial que tiene toda cooperativa: si el acuerdo de los socios da vida a la cooperativa (*Associatio*), una decisión social en sentido opuesto (*dissociatio*) es también causa de disolución. El acuerdo es a la vez causa y formalidad de la disolución, añade Botana (2013).

La decisión de la asamblea puede basarse en hechos concretos que aconsejan la disolución y aun sin la existencia de ellos, por el mero deseo de la mayoría de los miembros, ya que la decisión social en sí misma es la que produce la disolución, por lo que no será necesario que concurra nada más, no se exige justificación.



El acuerdo de disolución debe ser adoptado por mayoría de votos de los miembros presentes en la asamblea. Aunque la mayoría puede ser absoluta, lo normal es un quórum y una mayoría calificada, justificado por la amplitud o la trascendencia de la decisión. Por ello, dice Cuesta (2000) es inocuo toda disposición estatutaria que refleje la indisolubilidad de la cooperativa mientras exista cierto número de asociados dispuestos a continuar sus operaciones. Ello no impedirá la plena validez de la disolución, si ha sido resuelta por la aludida mayoría especial.

En caso de instituciones financieras solidarias, para que proceda la disolución voluntaria es necesario demostrar que cuentan con los activos suficientes para repagar a sus depositantes y demás acreedores.

#### *Condiciones*<sup>19</sup>

1. De no ser adoptado el acuerdo por la asamblea, no cabe solicitud para la adopción del acuerdo por la autoridad judicial o la administrativa y tampoco cabe la delegación en el órgano de administración para la adopción del acuerdo de disolución.
2. Cabe adoptar el acuerdo en cualquier tiempo, aunque la cooperativa se hubiese constituido por plazo determinado o para un emprendimiento concreto, y no si hubiesen concluido. Y tiene lugar en la fecha de la asamblea que acordó la disolución. Es, por tanto, un acuerdo constitutivo, siendo la inscripción en el registro un acto meramente declarativo (Bataller, 2012)
3. Su especial modo de actuar reside precisamente en su inmediatez, por lo que resultaría carente de sentido someter esta causal al procedimiento disolutorio pues la causa de disolución es un acuerdo social en sí mismo; ni el concederle a la cooperativa la oportunidad de remover la causa de disolución, porque al adoptar el acuerdo disolutorio está manifestando expresamente su voluntad contraria a continuar desarrollando el objeto social (ídem).

---

<sup>19</sup> Coronado, 2010

4. No cabe limitación estatutaria a la disolución voluntaria, porque la voluntad y los intereses sociales siempre deben primar sobre los particulares de los miembros, de modo que no parece lícito establecer límites estatutarios a la disolución, cuando la misma pueda ser necesaria o incluso provechoso para la cooperativa. Además, una norma estatutaria limitativa afectaría a los futuros miembros que nada pactaron al respecto.
5. La doctrina no admite que el estatuto pueda dificultar o excluir el juego de las causas previstas legalmente, ya sea exigiendo la concurrencia de dos o más causas de las establecidas, o excluyendo alguna de las causas legales, o exigiendo mayores requisitos que los legales para el juego de una causa determinada.
6. Quien arriesgue capital en la constitución de una cooperativa con la finalidad de realizar un emprendimiento concreto, por ejemplo, la construcción de dos promociones de viviendas en dos lotes) deberá establecer cautelas, tales como cláusulas penales, que le puedan asegurar ante un acuerdo mayoritario desfavorable a la continuación de la cooperativa.  
Podría ser mediante cláusulas en el estatuto en la que se prevea la adjudicación a los aportantes de los mismos bienes por ellos aportados como parte de su cuota de liquidación, o el reforzamiento de mayorías para la adopción del acuerdo de disolución.

## CAUSALES RELACIONADAS CON EL OBJETO

### *Por la realización del objeto social*

Por haber cumplido el objeto sin que se hubiese ampliado o renovado, lo que supone el cumplimiento total de la actividad de la empresa, su consumación o conclusión (Esteban y Rodríguez, 2001).

Ahora bien, generalmente resulta complicado precisar si efectivamente ha concluido o no la actividad que constituye el objeto social, por lo difícil que es precisar el contenido del objeto, sobre todo cuando se trate de actividades que no

se centran en la realización de un negocio único o de un objeto perfectamente acotado por sus características intrínsecas (actividades delimitadas espacialmente), Bataller (ídem).

De manera que cuando la elasticidad y la complejidad del objeto social enturbian o dificultan el acotamiento de éste con un mínimo grado de precisión, el criterio para resolver si y en qué momento se produce la realización, conclusión o finalización del objeto, no puede ser otro que atender al conjunto de las circunstancias concurrentes en el caso, así como a la cordura y sensatez de los administradores y, en su caso, del Juez (Botana, 2013).

Para Coronado (2010) la causal se refiere a supuestos en que la actividad pretendida es la de un objeto muy concreto, o cuando el objeto social consiste en una actividad transitoria como la construcción de un edificio, para cuyo supuesto, el estatuto previene la disolución, una vez cumplido. De no contenerlo el estatuto, la empresa no quedará disuelta pudiendo ejercitar otras actividades. En tal caso, los actos y negocios que celebren los representantes de la empresa que escapan al objeto social y que son extraños al mismo, exceden las facultades de los administradores.

Esta causal, como señala Bataller (ídem) no opera en las cooperativas cuyo objeto sea una actividad susceptible de prolongarse indefinidamente en el tiempo, o cuando se trate de actividades que difícilmente pueden ser concluidas (intercambio de un producto, por ejemplo).

Igualmente, en una cooperativa de objeto múltiple, cuando simplemente concluya alguna o algunas de las diversas actividades, continuando otras. No obstante – continúa el autor, si se admite la posibilidad de un objeto principal y otros complementarios, sería suficiente el agotamiento del objeto principal.

#### *Por la imposibilidad de cumplir el objeto*

Se refiere a que la imposibilidad no sea efecto de haberse cumplido el objeto social, sino la causa de que éste no pueda cumplirse. La Imposibilidad puede ser

absoluta, definitiva y originaria o sobrevenida Algunos sostienen que la imposibilidad sea manifiesta, y otros no. En todo caso, la imposibilidad ha de ser clara (notoria) y persistente (duradera) e insuperable o definitiva, esto es, que excluya las dificultades transitorias, por lo que los meros obstáculos temporales no son suficientes para configurar la causal.

Bataller considera que se trata de un motivo disolutorio en el que encajan múltiples supuestos tanto de orden externo (obstáculos naturales o impedimentos de carácter técnico como interno; de hecho (ausencia de materia prima) o de derecho (caducidad de la concesión, por ejemplo).

#### *Otras causales*

1. Algunos añaden el cambio total de objeto, aunque parece que más bien se trata de un supuesto de conversión.
2. Por infracapitalización sobrevenida, entendida como imposibilidad de conseguir el objeto. Ahora bien, cuando se establece como causa de disolución de la empresa la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, la infracapitalización podría considerarse como una manifestación de la imposibilidad de conseguir el fin social.

Sin embargo, Vicent (en Coronado, 2001) estima que no es una causal de disolución porque la cooperativa siempre cuenta con la entrega de bienes o de trabajo de sus socios.

#### *En relación con el plazo de duración de la empresa*

Aun cuando -en forma general- las cooperativas y las mutuales tienen plazo indefinido o no determinado, y si la ley lo permite, el estatuto puede establecer un plazo de duración, a cuyo término expira la empresa. Este motivo disolutorio es de carácter voluntario, ya que es la voluntad social la que lo incluye en el estatuto. El cumplimiento del término establecido en el estatuto es un hecho jurídico que genera efectos jurídicos disolutivos de pleno derecho (*ipso iure*); transcurrido el plazo de duración fijado se produce automáticamente y de hecho, instantáneo, la

disolución del ente (Botana, 1999). Esto es, en rigor técnico, la disolución por transcurso del plazo de duración fijado estatutariamente, debe conceptuarse más que como causa de disolutoria, como causa de apertura de la liquidación (Botana, 2013).

Para Coronado (2001) el cumplimiento del plazo tiene eficacia constitutiva propia; se apoya en un hecho jurídico, cual es el mero transcurso del plazo fijado en el estatuto; actúa de modo automático: no exige acuerdo social y tiene eficacia respecto de los miembros y de terceros por su constancia en los estatutos y su publicación registral, una vez eficaz la disolución, no procede la reactivación de la cooperativa. La causa de disolución se genera, si antes del vencimiento del término no se produce un acuerdo expreso de la asamblea de renovar o de prorrogar la duración de la entidad. Es de notar que no es admisible la prórroga tácita. Si el acuerdo no antecede al vencimiento, se considera irreversible la disolución.

Ahora bien, si llegado término de duración de la entidad no se quiere disolverla, bastaría con proceder a una modificación del estatuto para evitar la disolución (Alonso, 2000) mediante un acuerdo de prórroga presentado al Registro antes del vencimiento del plazo determinado en el estatuto, aunque la inscripción se haga después.

Adicionalmente, puede darse una causal de disolución por reducción del término. Se trata de una causal *ope- legis* por lo que se hace necesario un acuerdo expreso del órgano deliberante que reforma el estatuto en el sentido de reducir la duración inicial de la empresa y su publicación, al efecto de preservar los derechos de los miembros (minoritarios o inasistentes) y de los derechos e intereses de terceros.

#### *Por el cumplimiento de una condición resolutoria*

En el acto constitutivo puede haberse establecido que al cumplirse una determinada condición, si fuere el caso, por ejemplo, no obtener los permisos administrativos requeridos para desarrollar la actividad objeto de la empresa, la

misma deberá entrar en disolución. En tal caso, los miembros podrían modificar el estatuto incorporando otro objeto, con lo cual la empresa se reconvertía.

#### *Por efecto de transformaciones*

La fusión, la incorporación o la escisión de la empresa son causales de disolución, siempre que la transformación comporte su disolución. De tal manera que tales acuerdos constituyen también causas dotadas por sí mismas de eficacia disolutiva, lógicamente para las entidades que se extinguen. Así, la fusión produce la disolución cuando es por unión y lo mismo, en el caso de las entidades incorporadas. En el caso de la escisión, se produce la disolución del ente en el caso de que fuere total (Esteban y Rodríguez, 2001).

Sin embargo, no se suele considerar la fusión, la incorporación y la escisión entre las causas de disolución porque las mismas provocan directamente la extinción de la entidad -sin liquidación del patrimonio- que pasa a integrarse, también directamente, en el de la sociedad resultante de la fusión o en el absorbente, o a repartirse entre las resultantes de la escisión (ídem).

La conversión no es causa de disolución puesto que no se extingue la personalidad jurídica de la empresa, la que continúa existiendo aunque bajo una nueva forma.

## CAUSALES DE ÍNDOLE ECONÓMICO-FINANCIERA

#### *Por la situación económica de la empresa*

Con base en el principio de conservación de la empresa, para que se produzca la causal de disolución se requiere que la situación económica de la entidad sea de real gravedad que no sea posible la cobertura de las acreencias, ni posible de forma alguna su recuperación, todo lo que debe estar documentado debidamente en el Balance.

Es una causal que engloba dos parecidos aunque realmente diversos supuestos:

El primero, la *crisis*:

Cuando el valor de mercado de los activos de la empresa disminuye considerablemente en relación con el valor de sus obligaciones, de modo tal que el valor de mercado de su patrimonio sea negativo. En tal caso, la empresa ni siquiera será capaz de cancelar todas sus deudas en la fecha fijada (Martin, 1999).

El segundo, la *insolvencia*:

Se produce la insolvencia en aquellos supuestos en que la capacidad para atender las obligaciones de pago ha decrecido hasta el nivel de que con su activo es imposible satisfacer su pasivo, de manera provisional o definitiva (Irákulis, 1999). Que no tenga la solvencia necesaria para continuar operando, o que la seguridad de sus ahorrantes, afiliados u otros acreedores esté en riesgo.

Siguiendo a Vargas (2009) hay que tomar un criterio dinámico de balance constitutivo de insolvencia (no solo el elemento estático de confrontación numérica entre activo y pasivo) que se produce cuando, si analizando la rentabilidad de la empresa, financiación y expectativas de evolución futura de la misma, el deudor no puede recuperarse de la situación de crisis económica.

Habrá que comprobarse si la sociedad puede hacer frente a sus obligaciones exigibles, ya que aun teniendo un balance de situación con un pasivo mayor que el activo, la cooperativa puede tener mecanismos suficientes para seguir cumpliendo sus obligaciones, por ejemplo, por la existencia de reservas ocultas, activos minusvalorados, o acudiendo al crédito externo.

Périus (2001) señala que esta es la causa más común que lleva a las cooperativas a la disolución, que las deja sin condiciones de ofrecer la prestación de servicios. A los insolventes sólo les queda el camino de la liquidación, lo que genera una grave injusticia en relación con las sociedades mercantiles que, en idénticas situaciones pueden invocar el concordato preventivo como forma de negociación

con los acreedores, en búsqueda de la superación de insolvencia. No obstante, algunas legislaciones admiten el concurso preventivo para las cooperativas y aun para las mutuales.

#### *Por suspensión de pagos*

Señala Reyes (2010) que las tendencias financieras contemporáneas dan mucha importancia al flujo de caja de la empresa, lo que justifica medidas tan drásticas como la liquidación de la sociedad, debido a la imposibilidad de pagar las obligaciones en la medida que estas se hagan exigibles.

Sin embargo, el criterio general es que la suspensión de pagos no es causa de disolución, al no tratarse de una situación de insolvencia real, sino de simple falta de liquidez (Esteban y Rodríguez, 2001).

#### *Por reducción o pérdida del capital*

La pérdida del capital es causal de disolución siempre que produzca la disminución del capital por debajo de la cantidad determinada en la ley, si es que existe, o por pérdida del capital, cuando la reducción o la pérdida hayan tocado la totalidad del capital

Esa reducción de capital por debajo de los límites debe producirse de forma constante, esto es, por un período determinado por la ley o el estatuto (seis meses, por ejemplo) y no que se trate de una disminución instantánea o temporal, superable a mediano término. Es aconsejable ampliar el término (por ejemplo, hasta 18 meses) para facilitar el saneamiento patrimonial de una sociedad afectada por crisis financiera (Reyes, 2010).

Es necesario que el lapso se agote completamente para que se produzca la causal de disolución. Lo determinante, en todo caso, es que la situación de pérdida de capital tenga visos de ser permanente, y no una mera coyuntura transitoria que pueda ser superada.



El porcentaje de pérdidas de capital que produzca la causal de disolución puede estar determinada en la ley; puede consistir en la pérdida de la totalidad del capital o quedar a juicio de la Autoridad de aplicación o del juez, siempre que no hubiere habido la reposición por parte de los miembros en el lapso establecido.

La reposición por parte de los miembros en ese lapso, o la reposición con las reservas indivisibles en este orden: facultativas, indivisibles, legal (Bonfante, 1999) haría desaparecer la causa de disolución siempre que los miembros repongan las reservas en un tiempo prudencial.

También se produciría mediante la reducción estatutaria del capital, en el caso en que fuere procedente, o si la situación revierte por sí misma, porque desaparezca la situación de pérdidas, porque sencillamente, como dice Bataller (ídem) no habrá causal de disolución.

Si las pérdidas pueden quedar cubiertas por la reducción del capital hasta su total cobertura, la empresa puede evitar la disolución con la reforma del estatuto que así lo acuerde. Si por el contrario, las pérdidas no pueden ser saneadas por la reducción del capital social por ser este insuficiente, o la asamblea simplemente no deseara acordar la reducción, habrá que liquidar la empresa (Gomez, 2001).

#### *Por reducción del capital mínimo*

Por ser de origen estatutario y solo en caso que existiese, el capital social mínimo de la empresa no es inmutable, ya que cabe su mutación en más o en menos a través del mecanismo de modificación del estatuto. De manera que la reducción del capital por debajo del mínimo estatutario no sería causal de disolución ya que –en dicho caso- bastaría con una reforma del estatuto disminuyéndolo y, con ello, enervar la causal de disolución.

Por ello, Botana (2013) estima que la cuestión se ha de considerar sólo patrimonialmente (descapitalización) en el ámbito contable y financiero, por lo que la causa de disolución residiría en que, de acuerdo con los datos contables, el

capital social entendido como patrimonio de la empresa, no alcanza el importe de la cifra que como tal figura en el estatuto en concepto de capital social mínimo.

#### *Por la cesión total de cartera*

En el caso de las cooperativas de seguros, cuando proceda a ceder la totalidad de los contratos de seguros en curso, lo que, en todo caso, debe ser autorizado por la autoridad pública de control de la actividad aseguradora.

#### *Por trasvasamiento societario*

El trasvasamiento consiste en la desaparición fáctica de un sujeto de derecho colectivo que es "abandonado a su propia suerte", y cuyas actividades comerciales son "continuadas" por una tercera sociedad, constituida e integrada por personas vinculadas con la primera, y que por lo general, aunque no necesariamente, desarrollan su objeto social en el mismo local o establecimiento de la primera, utilizando para ello todo o parte de su activo y personal (Nissen, 2000). Pero (dice Moirano, 2009) este es un supuesto del derecho mercantil, difícilmente aplicable a las organizaciones de la economía social.

Sin embargo, en el sector solidario se observa una tendencia a practicar el trasvasamiento cuando el patrimonio social se ha incrementado notablemente por la revaluación de los activos, y los miembros desean beneficiarse personalmente de ellos, lo que muchas veces se prohíbe en razón del carácter irrepartible de los fondos colectivos.

El trasvasamiento produce una confusión de patrimonio mediante su traspaso a otra entidad en fraude: la creación de una empresa "fachada" cuyo objeto es permitir a otra empresa continuar la realización de sus actividades, estando confundidos los patrimonios de ambas, y haciéndose las contrataciones bajo la apariencia de dos sociedades distintas, cuando en realidad solo existía una sociedad. En estos casos, el juez ha extendido a la empresa fachada la extinción de la otra (Corte de Casación francesa, 15-01-1991).

Bonnard (2000) lo considera como ficción de sociedad, siendo una aplicación de la simulación que consiste en crear una falsa apariencia (la sociedad ficticia) a fin de disimular la actividad real de otra sociedad.

De igual forma, señala Merino (1999) se da trasvasamiento cuando se tenga constancia de que se producen alzamientos de bienes con el único objeto de perjudicar (al organismo destinatario) de cara a la adjudicación del haber social en el ulterior proceso de liquidación. Es conocida, por ejemplo, la práctica existente de constituir sociedades limitadas al objeto, de forma previa a la liquidación, de pasar todos los activos y pasivos de una cooperativa, por ejemplo, a la nueva sociedad mercantil.

#### *Transmisión patrimonial*

Si se transmiten a diversas personas y por separado la totalidad de los elementos que conforman una empresa, se pierde la integralidad o la “*unitariedad*” del patrimonio social de la misma y el efecto necesario tendría que ser su desaparición.

## REDUCCIÓN DEL NÚMERO MÍNIMO DE MIEMBROS

### *Concepto*

La reducción del número de miembros por debajo del mínimo legal constituye una causal de disolución que procedería de manera inmediata al hecho mismo de la reducción. Sin embargo, es conveniente que se reconozca determinado lapso durante el cual el número de miembros se encuentre por debajo del legal, por si la reducción resulta de corta duración; ello no comporte la extinción de la entidad.

Esta causal no genera *per se* la disolución de la cooperativa, y requiere del acuerdo de la asamblea (o la decisión judicial o administrativa sustitutoria), por lo que no opera automáticamente (Bataller, 2012).

El lapso de reducción puede estar indeterminado, con lo que cabría la aplicación del derecho común o puede ser que se haga remisión a normas de carácter

reglamentario o a las normas internas. Normalmente está determinado: un año, seis meses. En tal caso, se podría esperar el vencimiento del lapso, por lo que podría haber durante este una empresa unipersonal, ya que –se entiende- el lapso sería concedido en beneficio de los miembros.

Un caso especial sería aquel en que la entidad establezca un número máximo de miembros y se exceda ese número máximo, en cuyo caso, habría que considerarse si existe un plazo, o si la causal procede de manera inmediata. Es el caso de las cooperativas pequeñas que al alcanzar el número superior de miembros debe convertirse en cooperativa regular.

Ahora bien, si el estatuto establece un número mínimo de miembros mayor al mínimo legal establecido o un número máximo de miembros, la infracción de estos límites estatutarios no afecta la existencia del ente, sino la eficacia jurídica de la posición de los asociados. Se trata –en cambio- de una infracción que producirá consecuencias únicamente en relación con la responsabilidad de los miembros de los órganos de dirección de la cooperativa (Gómez, 1999).

*La cooperativa unipersonal sobrevenida<sup>20</sup>*

La reducción el número mínimo de miembros permite, incluso, que por el tiempo previsto en la ley pueda haber empresas solidarias de una persona, salvo disposición expresa en contrario, de manera tal que la personalidad jurídica de la cooperativa, independiente de la del socio único parece incuestionable por el propio pronunciamiento legal, al menos durante el plazo indicado por la ley

La cuestión más importante reside en la determinación de la responsabilidad del socio único por los contratos que la cooperativa realice con terceros, para lo cual debe diferenciarse entre las operaciones ordinarias y las operaciones con terceros; en las primeras, por tratarse normalmente de operaciones con el propio socio hay un evidente problema de auto-contratación que impone la responsabilidad del socio ante la sociedad por las ventajas que haya obtenido en

---

<sup>20</sup> Coronado, 2001

perjuicio de ésta por la celebración de contratos con ella; esta responsabilidad se acentúa y podrá ser exigible por terceros, pues es evidente que el socio único estará en situación (o tentación) de aumentar la descapitalización de la sociedad excluyendo los posibles excedentes mediante el aumento ficticio de los precios.

## CAUSALES DE TIPO SOCIAL

### *Por la paralización de los órganos sociales*

Para que se produzca esta causal generalmente se requiere la concurrencia de dos extremos:

Uno, la paralización de los órganos sociales que produzca haga imposible el funcionamiento de la empresa durante un plazo determinado por la ley o indeterminado aunque determinable.

Se trata, como señala Botana (2013) de supuestos de bloqueo tenaz y persistente del funcionamiento del órgano; pero, además, cabe integrar en él cualesquiera otras situaciones que dificulten, entorpezcan o impidan un funcionamiento normal y mínimamente ágil y eficiente del órgano. Incluso, la paralización de la actividad social o de los órganos puede deberse, también, a la simple paralización de facto, por desidia o por desinterés.

No se trata de simples entorpecimientos, sino la permanente y continuada imposibilidad de toma de decisiones por la asamblea: la no posibilidad de adoptar acuerdos por las encontradas e irreconciliables posiciones de los asistentes que impidan alcanzar las mayorías exigidas por la ley y, o el estatutos. Añade Vargas (2009) que la paralización de los órganos sociales se produce de forma definitiva cuando no pueden tomarse acuerdos por haber empate en las votaciones.

El plazo de inactividad ha de ser continuado, sin interrupciones que, en caso de producirse, iniciarán un nuevo plazo. De acuerdo a una jurisprudencia española (STS, 15-06-2010, en Bataller (2012) la disolución no debe esperar a la completa paralización de los órganos sociales con carácter definitivo e insuperable, sino

autorizar la disolución tras la mera constatación de la existencia de un conflicto corporativo, por solicitud de interesado, debidamente documentada con el libro de actas del órgano paralizado.

Ahora bien, para Esteban y Rodríguez (2001) la única inactividad que de verdad paraliza a la entidades la de la asamblea, ya que esta siempre tiene la posibilidad de nombrar otro consejo rector y otros interventores, aunque no hay que desconocer que la paralización del consejo podrá ser causa de paralización de la asamblea, ya que esta debe ser convocada por aquel, sin perjuicio de la convocatoria judicial instada por los asociados. Precisa Coronado (2001) que si la asamblea no es capaz de terminar con las dificultades operativas del órgano de administración, habrá que estimar que la paralización afecta en realidad, a aquella.

Dos: Además, es necesario que la paralización no esté apoyada en una causa justificada, ponderada a la luz de las circunstancias de cada caso, como cuando se deba a catástrofes, desordenes públicos y, en general, a hechos o situaciones no controlables por los miembros del órgano respectivo.

#### *La falta de realizar actos cooperativos o de actividad cooperativizada<sup>21</sup>*

Se trata de una especificidad de la inactividad que puede ser constatable: la cooperativa no realiza actividad cooperativizada, independientemente del motivo al que se deba ello.

La doctrina exige que para ser causa de disolución se deben reunir tres requisitos:

1. Que se encuentre paralizada la actividad cooperativizada (no cumplimiento de las prestaciones debidas a los miembros, o –lo que es lo mismo- que no se produzcan actos cooperativos del objeto social: no se reciban productos, no se suministre bienes, no se otorguen ayudas económicas a los miembros, entre otros).

---

<sup>21</sup> Bataller, 2012

Aquí entran tanto los supuestos de cooperativa completamente inactiva, como el de cooperativa que incumpla su fin social y se limite a especular con su patrimonio, o que explote y desarrolle cualquier otra actividad que no sean actos cooperativos.

2. Que trascorra determinado tiempo de paralización establecido en la ley, por ejemplo, de dos años. Ahora bien, para que sea relevante la inactividad ha de comprender todas las actividades, y la reanudación simplemente temporal u ocasional de algunas de las actividades del objeto obligaría a comenzar de nuevo el cómputo del plazo. Sin embargo, la paralización debe referirse a la actividad externa de la entidad, por lo que el hecho de realizar asamblea en que –incluso- de adopten acuerdos, no determina la inexistencia de la causal, ni la paralización del cómputo.
3. Que la paralización sea “sin causa justificada”, por lo que se debe permitir a la empresa demostrar –sobre todo en sede judicial- que la ausencia de actividad reside en una causa cuya desaparición permitirá el normal desenvolvimiento del objeto social.

Las causas justificativas de la inactividad, señala Botana (ídem) pueden ser muy variadas: carencia de materias primas, catástrofes naturales, suspensión o expiración de concesiones administrativas, procesos judiciales, todo ello a la visa de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Más que justificar las razones de la paralización, debe probarse que la ausencia de actividad puede ser removida. Parece necesario incluir una norma –como la hace el derecho español- que prevea el congelamiento o suspensión de las actividades del ente durante un lapso determinado en caso de circunstancias que lo ameriten, que impida la concurrencia de la causal de disolución por inactividad y que pudiese proceder mediante solicitud debidamente motivada, presentada a la Autoridad competente.

### *Conflicto asociativo*

La persistencia de un conflicto grave entre los miembros que comprometa gravemente los intereses sociales y que paralice el funcionamiento de la empresa podría ser una causal de disolución por inactividad social, lo que –en todo caso- debe ser probado (Pascual, 1998).

Señala Bataller (ídem) que la praxis demuestra que el conflicto intracooperativo desemboca en la paralización de todos los órganos sociales. Ahora bien, en una cooperativa aunque la asamblea esté bloqueada, puede desarrollar durante un cierto tiempo su actividad, con ciertas dificultades, pero sin obstáculos insuperables.

Sin embargo, si el colapso se presenta en el órgano que tiene encomendada la gestión y representación de la cooperativa como el caso de una cooperativa con el órgano de administración totalmente paralizado que pueda llegar a desembocar en una situación concursal, por no efectuar pagos a terceros aun siendo completamente solvente.

*Por desaparición o inexistencia de una categoría determinada de miembros.*

Por ejemplo, por la no presencia de sujetos minusválidos en una cooperativa social, o de socios de la clase laboral en una sociedad laboral, por debajo del porcentaje exigido por la ley.

## CAUSALES RELACIONADAS CON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*Por decisión de la Autoridad pública*

En los casos en que la ley lo autorice, se produce como causal de disolución la decisión de la entidad estatal de adscripción de la empresa –si fuere el caso- o de la Autoridad de aplicación, de la autoridad de fomento o de la autoridad de la actividad, por pérdida de la autorización para desarrollar determinada actividad que constituye el objeto social, por ejemplo, revocatoria de la autorización para operar seguros o bancos.



Igualmente, en el caso de la Ley de Marcas de España que establece la disolución de pleno derecho para aquellas sociedades sobre las que haya sentencia por violación del derecho de marca que impusiera el cambio de la denominación social, si esta decisión social no es adoptada en el plazo de un año, mediante cancelación registral por parte del Registrador respectivo (Bataller, ídem).

#### *El vencimiento del término de la intervención*

Al expirar el plazo legal de la intervención legal de la empresa solidaria por parte de la autoridad administrativa, sin haberse regularizado el funcionamiento de la empresa, o sin haber cesado las causas que la motivaron, la empresa entra en fase disolutiva por decisión administrativa si así está previsto en la ley.

#### *Por contravención legal o estatutaria*

Esto es, por incurrir en una falta legal o del estatuto de gravedad suficiente como para justificar la liquidación de la empresa, por decisión judicial.

#### *Mala gestión*

Por grave y reiterada deficiencia en la gestión y que haya sido imposible regularizar la situación mediante medidas previas.

#### *Por no entregar los estados financieros en un plazo determinado.*

La Casación italiana, en sentencia del 08/06/010 (en Cotronei, 2002) determinó que el transcurso de dos años sin el depósito del balance disuelve de derecho la cooperativa de vivienda, extingue su personería jurídica y hace a todos los asociados ilimitadamente responsables por las obligaciones sociales en curso y por aquellas que sean el efecto consecuente de eventuales nuevas operaciones, estableciendo una automática transformación de la cooperativa en sociedad en nombre colectivo.

### *Violación de prohibiciones de ley*

Por violación de las prohibiciones a que pueda estar sometida la empresa, siempre que la decisión respectiva la haya adoptado el órgano directivo

Por *causa de utilidad pública o interés social* que afecten total o parcialmente las tierras propiedad de los miembros de la cooperativa (Ley de Cuba 2002).

Por *disposición legal sobrevenida* que por la cual deba procederse a la disolución de la empresa. Tal sería el caso que una nueva ley prohibiera a las cooperativas realizar determinada actividad, por lo cual la cooperativa que venía desarrollando dicha actividad como objeto principal y, o único y no lo modifique por vía de reforma del estatuto, incurre en causal de disolución por decaimiento.

## POR DECISIÓN JUDICIAL

### *Por quiebra de la empresa*

La quiebra es un procedimiento judicial iniciado a petición propia o de los acreedores, en que se priva a una entidad en estado de insolvencia de la facultad de administrar y disponer de su patrimonio, facultad que se atribuye a los síndicos (designados por el juez o por la junta de los acreedores) quienes, además, deben realizar el activo y repartir el importe entre sus acreedores en proporción a sus créditos.

Es sostenida por una parte de la doctrina la no quiebra de las cooperativas, mutuales y demás empresas asociativas por el carácter no mercantil que pacíficamente es atribuido al sector. Sin embargo, si se acepta el carácter de empresas que en realidad revisten, nada obstaría a la aplicación de los procedimientos del concurso y de la quiebra.

Si la ley (excepcionalmente) así lo permite, la declaración judicial de quiebra no provocaría automáticamente la disolución, sino que la misma debe ser acordada por la asamblea y, en tal caso, la liquidación de la empresa se apartaría de la legislación del sector, y se regiría por la normativa especial en la materia.

### *Disolución judicial.*

La disolución judicial requiere como presupuesto la constatación del incumplimiento por los administradores de su obligación de convocar la asamblea, o por la ausencia de una manifestación de voluntad. Es un instrumento subsidiario, garantía última del cumplimiento de un proceso disolutorio para hacer prevalecer la seguridad del tráfico sobre la voluntad social, a la que sustituye por el contenido de una resolución judicial que declara la disolución de la sociedad que ésta no ha sabido o querido realizar (Vargas, 2009).

Tal sería el caso de la empresa irregular, cuando otorgada el acta constitutiva se vence el plazo para su inscripción en el Registro correspondiente, en cuyo caso cualquier miembro puede instar su disolución ante la autoridad judicial (Botana, 2013).

El Código Cooperativo de Portugal contempla como causal de disolución la decisión judicial tramitada en juzgado, que verifique que la cooperativa no respeta en su funcionamiento los principios cooperativos, que utiliza sistemáticamente medios ilícitos para la consecución de su objeto, o que recurre a la forma de cooperativa para alcanzar indebidamente beneficios legales.

## CAUSALES ESTATUTARIAS

Cualesquiera otras causales que los miembros acuerden establecer en el estatuto, siempre que no sean contrarias a los principios cooperativos o solidarios (por ejemplo, acordar la disolución por decisión de una sola persona) o que dejen el futuro de la empresa al servicio sólo o principalmente de los intereses particulares de quienes la consideran como una especie de fondo de su personal propiedad, aunque serán válidas las cláusulas que formulen con mayor severidad las previsiones legales (Vargas, 2009 y Botana 2013).

Observa Botana (ídem) que ha de descartarse la posibilidad que el estatuto establezca causas disolutorias que operen de pleno derecho, exigiéndose –en

todo caso- el correspondiente acuerdo de la asamblea o, en su caso, la resolución judicial, la que es obligada e insustituible observancia.

## Referencias

- Alonso, E. (2000). La fusión, la escisión, la transformación y la extinción de la cooperativa. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 34. Bilbao. Universidad de Deusto
- Althaus, A. (1974). *Tratado de Derecho Cooperativo*. Rosário. Zeus
- Bataller Grau, J. (2012). La disolución de las cooperativas. *Pérdidas, disolución y concurso en sociedades cooperativas*. Madrid, Marcial-Pons
- Bonfante, G. (1999). L' unita di forma giuridiche per la cooperazione un tabu' da superare?. *Rivista della Cooperazione*. Istituto Italiano di studi cooperativi Luigi Luzzatti. Roma
- Bonnard, J. (2000). *Droit des entreprises en difficulté*. Paris, Hachette
- Botana, M. (1999). As cooperativas agrarias. *Estudios sobre a lei de cooperativas de Galicia Santiago de Compostela*. Xunta de Galicia
- Botana, M. (1999). As modificacions estruturais da sociedade. *Estudio sobre a lei de cooperativas de Galicia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galicia
- Botana, M. (2013). La disolución. *Tratado de Derecho de Cooperativas. Tomo II*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Briones, E. y Li Bonilla, F. (2013), *Organizaciones sociales en Costa rica desde una perspectiva jurídica*. San José, Universidad Estatal a Distancia
- Coronado, F. (2001). Disolución, liquidación y extinción. *La sociedad cooperativa en la ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas*, Granada, Comares
- Coronado, F. (2010). Disolución, liquidación y extinción. *Derecho de sociedades cooperativas de la Región de Murcia*, Pamplona, Aranzadi
- Cotronei, G. (2002). L'art. 18 della legge n. 59/1992 secondo la Corte di Cassazione. *Rivista della Cooperazione*. Roma. Istituto italiano di studi cooperativi luigi Luzzati
- Cuesta, E. (2000). *Manual de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires. Abaco

- Esteban, C. Y Rodríguez-Moldes, L. (2001). Capítulo VIII. De la disolución y liquidación. Cooperativas. *Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 julio*. Madrid. Colegios Notariales de España
- Gómez, J. (1999). Concepto e características. *Estudios sobre a lei de cooperativas de Galicia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galicia
- Gomez-Villa, J. (2001). Sección 3. Ejercicio Económico. Cooperativas. *Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*. Madrid. Colegios Notariales de España
- Irákulis, N. (1999). Aproximación al problema teórico de la insolvencia en las sociedades cooperativas. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* 33. Bilbao. Universidad de Deusto
- Martin, F. (1999). Crisis bancarias: la intervención y la liquidación administrativa. *Revista de Derecho Mercantil*, N. 20-21. Caracas. Livrosca
- Martínez, M. (2001). De la escisión. Cooperativas. *Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*. Madrid. Colegios Notariales de España
- Merino, S. (1999). Administración Pública y Sociedades Cooperativas: el caso vasco. *Estudios sobre economía social y derecho cooperativo*. Madrid. Marcial Pons
- Moya, J. (2007). (2007). Responsabilidad por no promoción de la disolución de los miembros del consejo rector. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 18, Valencia, Ciriec
- Nissen, R. (2000). *Panorama actual del Derecho Societario*. Buenos Aires. Ad-hoc
- Pascual, I. (1998). La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés. *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* Paris. Dalloz
- Pastor, C. (2007). La responsabilidad del órgano de administración de las sociedades cooperativas y su necesaria incardinación en el moderno derecho de sociedades. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 18, Valencia, Ciriec
- Périus, V. (2001). *Cooperativismo e Lei*. São Leopoldo. Unisinos

Vargas, C. (2009). La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 20, Valencia, Ciriec

## 59. RECUPERACION DE EMPRESAS

Crisis empresarial. Medidas previas a la disolución. Salvataje. Reactivación. Compra de la empresa. Recuperación. Medidas judiciales. Concurso de acreedores. Aplicación a las empresas solidarias

---

### CRISIS EMPRESARIAL

Las empresas solidarias –como cualquier empresa- pueden pasar por dificultades de diverso orden que las sitúan en estado de crisis que pone en entredicho su continuidad e, incluso, que las colocan en situación de disolución.

Las principales situaciones de crisis empresarial (económicas o financieras) son:

#### *La insolvencia*<sup>22</sup>

La insolvencia, o estado de insolvencia, puede ser definida partiendo de su concepción en el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia: “falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda”.

La doctrina la define como el desequilibrio patrimonial entre el activo realizable y el pasivo exigible. En otras palabras, la insolvencia se reconoce como la situación fáctica real en que el deudor no se encuentra en condiciones de pagar sus deudas y sus bienes no son suficientes para solventar el pasivo.

En todo régimen de insolvencia el fin primordial es sanear la empresa, mantener su actividad y los puestos de trabajo liquidando el pasivo. La empresa se convierte en protagonista, separándola de la actividad del empresario o propietario, llegando a permitirse la continuidad de la misma y no del empresario, dando la posibilidad a terceros, incluso a los mismos trabajadores de mantener su explotación a través de otras formas jurídicas.

Bajo estos aspectos, al entrar en juego el interés general y social de la empresa a la que se le ha conferido un altísimo valor económico-social, llegando a

---

<sup>22</sup> Estecche, 2013

considerarse como factor de producción de bienes y servicios, generador de empleo (relaciones laborales) y tributos, todo lo que contribuye al desarrollo de los pueblos, mejorando la calidad de vida y a la paz social...el fenómeno empresa, queda vinculado con el “interés general”

En consecuencia, focalizando ese interés social insertado en el régimen de insolvencia, el sistema debe abarcar tanto procedimientos de recuperación como procedimientos de liquidación, tanto para personas naturales como para personas jurídicas.

Partiendo de la base de que la insolvencia es la incapacidad para pagar las deudas, podemos distinguir entre<sup>23</sup>:

1. La insolvencia técnica o provisional

Tiene lugar cuando no se dispone de efectivo suficiente para pagar las deudas en un momento determinado aunque el activo sea superior al pasivo (deudas). Se trata de una situación de falta de liquidez. Se produce en caso de sobreseimiento general en el pago corriente de obligaciones, la existencia de embargos por ejecuciones pendientes, incumplimiento generalizado de pago de obligaciones tributarias, de pago de cuotas de la Seguridad Social o de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo.

2. La insolvencia patrimonial

Se produce cuando el valor de los activos es inferior al de los pasivos y por tanto el patrimonio neto es negativo.

### *Cesación de pagos*<sup>24</sup>

En la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia son coincidentes en definir a la cesación de pagos como el estado de impotencia para satisfacer, con medios regulares -esto es, a través de bienes realizables y con disponibilidad de crédito-

---

<sup>23</sup> Alfonso y Polo, 2013

<sup>24</sup> Forzati y Rodríguez, 2008



(disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (exigibilidades o pasivos corrientes).

El verdadero estado de cesación de pagos se caracteriza por las notas de generalidad y permanencia:

La primera se refiere a la extensión patrimonial, no se relaciona con el número de incumplimientos, que es indiferente, sino la afectación de toda la situación económica del deudor como una verdadera impotencia patrimonial.

La segunda se refiere a la extensión temporal, ya que si bien la cesación de pagos no es, necesariamente, un estado perpetuo del patrimonio, tampoco es una situación pasajera. La prolongación en el tiempo permite distinguir al verdadero estado de cesación de pagos de las situaciones de mera iliquidez, indisponibilidad circunstancial de fondos, desequilibrios financieros transitorios.

De acuerdo con el principio general de conservación de la empresa, es posible arbitrar diversas medidas que eviten el cierre de empresas solidarias en situaciones de crisis.

## MEDIDAS PREVIAS A LA DISOLUCIÓN<sup>25</sup>

### *Concepto*

Las medidas previas son las providencias o acciones que pueden adoptarse y que tienden a evitar la liquidación de empresas solidarias en dificultades, cuando se den ciertas condiciones -en ciertos modos controlables y previsibles- siempre que fuere posible objetivamente su recuperación, permanencia o continuación. Son medidas anteriores o precedentes a la disolución.

La conservación o continuación de la empresa busca la conservación de los puestos de trabajo de los trabajadores y satisfacer los intereses y los derechos de los acreedores sociales.

---

<sup>25</sup> Bergel, En: Candelario y Rodríguez, 1998

“La continuación de las actividades de una empresa en crisis está justificada sólo en el supuesto de dificultades coyunturales, mediando razonable expectativa para que su producción tenga un mercado suficiente para alcanzar, en un tiempo razonable, la economicidad de la gestión. No siendo ello así, carece de razonabilidad y justicia el mantenimiento de actividades productivas a expensas de los acreedores y, cuando se la financia con fondos públicos, de la comunidad toda”

Se trata de medidas que pueden adoptarse para enfrentar la situación de empresas con dificultades económicas, más allá de las tradicionales, como son los préstamos bancarios o hipotecas; contratos de leasing; asociación de cuentas en participación; factoraje; fusión o escisión, o, inclusive, arreglos extrajudiciales.

#### *Principales medidas previas*

##### 1. La Intervención de la empresa

Bien sea por decisión de la Autoridad pública o el cumplimiento de exigencias administrativas, lo que se aconseja en casos de simple cesación de la actividad ajena a un eventual fiasco empresarial; o incluso en casos de incumplimiento de la normativa reguladora en un sector (como el bancario) que por su interés estratégico desaconseje retirar la autorización para el desempeño de la actividad, dado el problemático resultado que ello depararía (Gomero, 1996).

##### 2. Recapitalización por parte de los miembros.

Sin embargo, para algunos autores de procedencia mercantil, la decisión no tiene carácter obligatorio para el miembro ya que es discrecional para él y su negativa no puede entenderse como abuso de minoría. En caso que grupo de miembros se nieguen al aumento, el juez podría designar un mandatario que vote en lugar de la minoría conforme al interés social (Rizzo, 1999).

En todo caso el miembro de la empresa que no esté de acuerdo con la recapitalización tiene el recurso de retirarse en ejercicio del derecho de receso que generalmente se otorga.

### 3. Cesión

Cesión de la empresa, de bienes (materiales o inmuebles inútiles) o de ramas de actividad, esto es, de un conjunto de elementos de la explotación que formen una o varias ramas completas y autónomas de actividad, tales como una fábrica, un departamento o un sector de actividades deficitarias (ídem).

#### *Otras medidas*<sup>26</sup>

##### 1. Concordato:

Consiste en la reducción o modificación de las deudas de la empresa, pudiendo limitarse a una simple moratoria.

##### 2. Reconstitución empresarial

Que opera mediante la constitución por parte de los acreedores de empresas destinadas a la explotación de actividades de la deudora.

##### 3. Reestructuración financiera.

Se produce por la adopción por los acreedores de medidas de modificación del pasivo o del capital.

##### 4. Gestión controlada por una nueva administración designada por los acreedores.

##### 5. Exclusión del deudor de la administración de sus negocios y la designación de un administrador judicial;

##### 6. Farías (2003) propone en casos de concursos preventivos o de quiebras, la constitución de un Fideicomiso de Gestión a los efectos de administrar la entidad, tratando de sanearla y reactivarla bajo la conducción del juez concursal, integrado por profesionales de reconocida solvencia intelectual y plenos conocimientos de la materia.

---

<sup>26</sup> Coutinho, 1998

Es una medida de continuación de la empresa en vías de liquidación, en casos de situación de insolvencia, de una situación económica difícil, de falta de liquidez o de dificultades para cumplir compromisos, siempre que haya una objetiva viabilidad económica y posibilidad de su recuperabilidad financiera.

El salvataje puede darse antes de la adopción del acuerdo de disolución, por lo que se diferencia de la reactivación, que se produce una vez acordada la disolución.

En el derecho mercantil, los acreedores y aun terceros pueden adquirir las acciones de una empresa en cesación de pagos, bien sea para continuar su explotación o cerrarla, y generalmente no se requiere de un plan al respecto.

El autor propone que en la reforma de la ley de concursos se considere la posibilidad que los trabajadores (acreedores o no: como terceros interesados) puedan ser considerados agrupados bajo la forma de una cooperativa de trabajo que deberá constituirse para el supuesto de que el activo del concursado le sea adjudicado.

La aplicación del salvataje al sector solidario consiste en la adquisición de la empresa por parte de los trabajadores quienes se convierten en propietarios-trabajadores de la misma, o por una entidad solidaria, siempre que la empresa quede bajo sujeción a tutela por parte de organismos de integración del sector, previo el pago del valor del capital.

Esta figura pretende evitar la disolución de un patrimonio que puede ser económicamente viable, que se ha insolventado por causas que hayan su origen en su administración, para evitar el cierre de la fuente de trabajo, la desaparición de un sujeto con capacidad contributiva, afianzar la circulación del crédito y en general tratar de evitar la rotura del tejido social.

---

<sup>27</sup> Telese, 2006

Para que opere el salvataje debe haber viabilidad económica en el sentido que la empresa pueda cumplir con el conjunto de sus obligaciones de manera regular. En cambio, un patrimonio es económicamente inviable cuando los recursos que el mismo genera no son suficientes para afrontar los costos y gastos que la actividad demanda, y se trataría de una situación de declaración de quiebra.

La decisión de reactivación corresponde a la asamblea mediante acuerdo adoptado por mayoría calificada, asentado en acta que debería ser registrada y publicada, con el derecho de los acreedores de oponerse, en las mismas condiciones y con los mismos efectos de la fusión (Ley de cooperativas de Murcia, de 2006).

## REACTIVACIÓN

### *Concepto*

Por reactivación se entiende la posibilidad de que la empresa solidaria que se encuentre incurso en una causal de disolución no obligatoria, acuerde continuar su existencia normal. El caso es que la subsistencia de la personería jurídica de la empresa a lo largo del período de liquidación fundamenta que, a pesar de estar disuelta, recupere el ejercicio de sus actividades del objeto social en condiciones idénticas o similares a las precedentes. La reactivación, pues, no es sino el retorno o vuelta de la empresa al ejercicio de su actividad ordinaria, desapareciendo la finalidad liquidatoria (Botana, 2013).

Como señala Bataller (2012) la reactivación es un acuerdo de la asamblea que finaliza con la liquidación sin que la disolución sea declarada ineficaz, por lo que las operaciones realizadas durante la fase de liquidación habrán sido válidas. Este acuerdo adoptado por la asamblea mientras subsista la personalidad jurídica permite a la cooperativa continuar desarrollando el objeto social; la cooperativa reactivada regresa a desarrollar su objeto social puesto que es la misma.

Implica la interrupción del proceso de liquidación (mediante anulación del acuerdo de disolución por otro nuevo que permita reactivar la empresa) y la vuelta de la

entidad a su actividad habitual. Se trata de cambiar la decisión tomada, al efecto de que la cooperativa disuelta y en liquidación pueda retornar a su vida activa (Alonso, 2000).

La reactivación presupone la desaparición de la causa que motivó la disolución, lo que se hace por medio de un acuerdo de la asamblea o de una reforma del estatuto, si fuese el caso, la que –a su vez- hace desaparecer la causal, o que la misma pierda su eficacia. Por tanto, no será procedente cuando no fuere posible hacer desaparecer la causal, por ejemplo, si ya fue ejecutada la fusión o la escisión.

Señala Eizaguirre (en Ávila, 2009) que la reactivación es extensiva a cualquier supuesto de disolución, ya que producida esta, aunque sea de forma automática o de pleno derecho, el efecto disolutorio no es distinto de los demás supuestos. Y que sólo la deficiente comprensión de la naturaleza jurídica de la disolución, unida a la confusión creada en torno a la eficacia de la disolución por transcurso del término, explican las reticencias de la doctrina dominante en admitir la reactivación.

En contra, Bataller (ídem) señala que en casos de fusión y escisión total no es posible la reactivación porque la cooperativa ya se ha extinguido dado que las mismas producen *ipso iure* la disolución y la extinción de la cooperativa. Y la cooperativa únicamente puede retornar a la vida activa *durante* la liquidación.

En igual sentido, para Botana (2013) se han de excluir los supuestos de disolución fundados en causas disolutorias de pleno derecho, como serían el cumplimiento del plazo de duración sin previa reforma del estatuto que acuerde su extensión, ya que la expiración de este plazo genera de forma fatal e irrevocable la disolución; en caso de resolución judicial firme, o a consecuencia de la descalificación administrativa o cancelación del registro.

## Requisitos

Para que la reactivación proceda es menester que se cumplan los siguientes requisitos:

1. La desaparición o cese de la causa de disolución, lo que es un presupuesto de la reactivación.

En unos casos, será posible como consecuencia de la intervención de la asamblea, si adopta un acuerdo tendente a la eliminación de la causa. Y en otros, simplemente por su desaparición pero sin que sea necesario un acuerdo de la asamblea para eliminar la causa (Vargas, 2009).

2. La existencia de un acuerdo de asamblea que sustituya la causa por la cual se procedió anteriormente a la disolución y, si fuere el caso, modificación de las normas internas: aumento de capital, modificación del objeto, aumento (prórroga) de la duración de la entidad.

Se discute si una vez verificada una causal de disolución, la deliberación con la cual se evita la prosecución de la liquidación debe ser tomada con el voto unánime de los miembros o con la mayoría de ellos. Los primeros sustentan su posición en que con la causal de disolución el asociado adquiere un derecho a la cuota individual de liquidación, y que tal derecho es indisponible por la asamblea. Los que sustentan el criterio de la mayoría afirman que se adquiere el derecho a la cuota sólo después de la aprobación del balance final de liquidación (Lazzareschi, 2000).

3. Que no se haya iniciado el reintegro de las aportaciones sociales. “Se considera que una vez restituidas todas o parte de las aportaciones sociales ya no se dan las condiciones para volver a la vida social anterior a la disolución, al faltar todo o parte del patrimonio social” (Estaban y Rodríguez, 2001).
4. Legalización del acta de asamblea que acordó la reactivación, en un plazo previsto, cuyo otorgamiento corresponde a los liquidadores, o, si la asamblea de reactivación designó nuevos directivos cesando los liquidadores, debe corresponder al presidente del órgano directivo y, en su

caso, inscripción registral o aprobación de la autoridad de aplicación o de la actividad, del juez, etc.

### *Efectos*

La declaratoria de reactivación de la empresa extingue el proceso de su disolución; abre el derecho de receso de los miembros no conformes con la reactivación; y, dado que el acuerdo de reactivación puede repercutir en los intereses de los acreedores de la empresa disuelta, debería otorgárseles el poder oponerse al acuerdo de reactivación en las mismas condiciones y con los mismos efectos establecidos para los casos de fusión (Botana, 1999).

## COMPRA DE LA EMPRESA

Se produce por dos vías principales, los llamados *Leveraged buy-out* y *Management Buy-Out*

### *Leveraged buy-out (LBO):*

En términos del derecho mercantil, consiste en la adquisición de una empresa en dificultades mediante la creación una nueva empresa con un capital social comúnmente inferior al valor de aquella. Esta nueva empresa creada solicita un crédito bancario y ofrece como garantía las acciones de la sociedad a adquirir. Se adquiere la sociedad (las acciones o los activos) sin soportar el costo que ello conlleva. Una vez perfeccionada la adquisición se produce la fusión entre ambas entidades.

La inversión del comprador en el capital es pequeña en relación al precio de compra y la mayor parte del precio se financia mediante préstamos de uno o más prestamistas externos que se basan exclusivamente en el crédito de la sociedad adquirida.

La posibilidad de obtener financiación no se apoya en la solvencia económica de la entidad adquirente sino en una combinación de la capacidad de generación de



circulante y de la protección ofrecida por el valor de los activos de la sociedad adquirida (Candelario y Rodríguez, 1998).

Creemos posible este tipo de operaciones (comunes en el campo mercantil) en el sector solidario, cuando sean asumidas por grupos de empresas solidarias, y los aspectos financieros los manejen instituciones financieras propias del sector.

### *Compra de la empresa por los trabajadores*

Llamada en inglés *Management Buy-Out (MBO)* alude a la adquisición por parte de los empleados o de un grupo dirigente, de una porción de participaciones suficientes como para detentar el control de la empresa. La técnica consiste en la creación de una nueva sociedad (*trust*) que será controlada por los empleados y que adquirirá la empresa en dificultades. Entidades financieras suscriben porciones minoritarias en el capital de la sociedad creada por los empleados o bien otorgan créditos –con ciertas ventajas fiscales- a los empleados para que puedan comprar las acciones de la empresa (Rodríguez, 1995).

También, puede ser hecha por directivos de otra empresa que acceden a la titularidad de una empresa de la que no forman parte.

La razón de ello puede ser lograr la continuidad de una empresa en peligro de cierre, para evitar la pérdida del empleo o en caso de privatización de empresas públicas en que son preferidos los trabajadores para su adquisición.

Puede suceder que no exista norma jurídica expresa, razón por la cual haya que referirse a la normativa genérica del derecho común. También, que la operación esté expresamente prohibida o permitida, o que se remita al estatuto.

Si nada se dice sobre el tipo de empresa no habría limitación alguna, o sólo se permita que la adquisición se haga de una sociedad de capital, de responsabilidad limitada o exclusivamente de una sociedad de personas.

Puede ser obligatorio convertir la empresa adquirida en cooperativa o en empresa del sector en un plazo estipulado, o que se trate de una mera estructuración como tal.

Puede, también, ser objeto de absorción, requiriéndose en veces de aprobación pública y que se garantice la representación de los usuarios: “Si una cooperativa necesita poseer una compañía subsidiaria, se hacen las previsiones para que haya una representación de los usuarios de la misma en el consejo y en los distintos comités (Laidlaw, 1980).

Además, se establecen sanciones por el incumplimiento, que pueden ser meramente administrativas, la fusión imperativa o la declaratoria de caducidad de la adquisición.

## RECUPERACIÓN

### *Concepto*

Es una medida de continuación de la empresa en vías de liquidación, en casos de situación de insolvencia, falta de liquidez o dificultades para cumplir compromisos), siempre que tenga objetiva viabilidad económica y sea posible su recuperación financiera -nunca para empresas insalvables.

Es lo que algunos denominan como el criterio de cooperativa “fracasada” que se produce cuando concurren en ella una situación de patrimonio neto negativo (cuando la totalidad de sus obligaciones es superior a la totalidad de sus obligaciones) concomitante con una circunstancia de insolvencia (cuando la *ratio* de liquidez sea inferior a la unidad (Seguí-Mas, 2012).

Lucena (2007) distingue entre recuperación de empresas y de establecimientos. Generalmente lo que se toma en una entidad productiva en crisis o cerrada es el establecimiento. A veces se toma el establecimiento y a veces se toman las empresas, porque es un establecimiento cuya expresión física está en ese solo sitio y en ese solo sitio está todo. La empresa es más que el establecimiento.

La empresa puede concentrarse en un solo lugar, en el espacio donde se hace la manufactura, pero este no es el espacio donde se liquida el producto como terminado, no es el espacio donde se convierte el producto en dinero. El espacio donde se convierte es el de la red de distribución, la estructura de distribución, entonces si se toma el establecimiento manufacturero no se toma la empresa, la empresa realmente implica la red de distribución.

### *Proceso de recuperación*

La recuperación de la empresa comprende:

1. Un período de observación durante el cual hay la continuación de la actividad de la empresa y la presentación de un informe de su situación.
2. Con base en el contenido del informe se decide si procede o no un plan de recuperación. El plan puede prever la continuación del desarrollo de la actividad de la empresa, la que puede ser remodelada, gracias a una moratoria impuesta a los acreedores.
3. Puede acordarse la cesión de actividades, la que tiene por fin asegurar el mantenimiento de actividades susceptibles de explotación autónoma, la que puede ser total o parcial (Uriola, 1988).

## MEDIDAS JUDICIALES

Las medidas judiciales de recuperación de empresas propias del derecho mercantil, deberían ser aplicadas, también, a las empresas solidarias en cuanto son consideradas empresas, aunque de diferente naturaleza. Las medidas judiciales tradicionales son la suspensión de pagos y el concurso de acreedores, que pueden ser consideradas por algunas legislaciones como medias diferentes, aunque las más recientes han suprimido tal diferencia. Además, existen otras medidas judiciales de carácter preventivo.

### *Declaración de suspensión de pagos<sup>28</sup>*

Es el procedimiento concursal reservado a los empresarios que se hallan en situación de no poder atender al pago corriente de sus obligaciones. Mediante este procedimiento bajo el control de la autoridad judicial se pretende lograr un acuerdo (vinculante para la totalidad de los acreedores, aunque adoptado por mayoría) que permita al deudor la recuperación de su solvencia.

Se produce cuando es imposible para la empresa hacer frente al pasivo exigible (este comprende todas las deudas vencidas y cuyo pago puede ser efectivamente reclamado por el deudor) con su activo disponible (que comprende todas las sumas con las que la empresa puede disponer de inmediato, su liquidez) y no puede ser confundida con la insolvencia del deudor. En efecto, una persona es insolvente cuando su pasivo es superior a su activo. Ella puede no estar en cesación de pagos, sea porque sus deudas no son aún exigibles, sea porque se beneficia de un crédito para hacerles frente (Bonnard, 2000).

Tiene por objeto evitar que un empresario, cuyo patrimonio puede considerarse suficiente para cubrir las deudas y obligaciones que lo gravan, se vea abocado, por falta transitoria de liquidez o en estado de auténtica insolvencia del patrimonio social para satisfacer el pasivo, a una liquidación precipitada o a la quiebra.

### *Otras medidas judiciales*

La ley de salvaguarda de empresas en dificultades de Francia, de 2005, aplicable también a las cooperativas, prevé diversas medidas para evitar el cierre de empresas que sin haber llegado a la cesación de pagos, presentan dificultades graves (financieras, económicas, sociales, jurídicas o ambientales) no superables por sí mismas.

Se trata de la adopción, bajo tutela judicial, de medidas de prevención que pueden ser: designación de un revisor, la administrador provisional, el procedimiento de

---

<sup>28</sup> Irákulis, 1999

conciliación con los deudores, diseño y ejecución de un plan de salvaguarda, etc. (Prete, 2007).

El instituto de la Administración y reorganización por Intervención Judicial es un instrumento de saneamiento de las empresas, para enfrentar situaciones de crisis económicas y/o financieras que se dictaminen como *superables*.

En términos generales se pretende ofrecer a las empresas una forma de eludir los efectos nefastos de una posible quiebra con lo cual no son solo desapoderados de sus bienes los empresarios, sino que sus efectos se extienden a despidos de trabajadores, desatender y abandonar a los clientes y se revocan contratos de alquiler de inmuebles y equipos (Burgos y Durán, 2014).

## EL CONCURSO DE ACREEDORES

### *Concepto*

El concurso de acreedores (instituto de Derecho Mercantil) es un procedimiento judicial que puede tener lugar cuando una empresa no puede hacer frente a los pagos pendientes y otras deudas, y se recurre a la justicia para poner orden en la situación y pagar las deudas.

El concurso es una medida que precede a la desaparición de la empresa en dos situaciones de riesgo:

1. Una situación es el fracaso económico

Se produce cuando los ingresos son inferiores a los gastos operativos, por tanto la empresa es incapaz de generar de forma recurrente rentabilidad por medio de su actividad principal. De no corregirse las pérdidas acumuladas irán minorando el neto patrimonial (activos menos pasivos) hasta hacerlo desaparecer e incluso puede llegar a ser negativo, llevando a la imposibilidad de asumir los compromisos financieros.

2. El fracaso financiero

Que se refiere a la dificultad de la empresa para atender a sus obligaciones de pago. Se distingue del anterior en que el origen no es problema de

rentabilidad sino una inadecuada planificación financiera u otras circunstancias que incidan en la financiación de la empresa.

### *Objeto*

La finalidad del concurso es la conservación del conjunto patrimonial del deudor, incorporando incluso sistemas preventivos o de alerta temprana, destacando los convenios extrajudiciales, la desjudicialización de los concursos, entre otros.

El objeto del concurso es organizar las finanzas del concursado para conseguir que el mayor número de acreedores cobren lo máximo posible. Observa Pastor (2013) que la finalidad del procedimiento concursal es la satisfacción de los acreedores, pero no por ello la Ley Concursal es ajena a las ventajas que tanto para los acreedores como para el resto de intereses afectados por la crisis pueden derivarse de la conservación de la estructura empresarial.

En este procedimiento se protege más a los débiles, como los trabajadores, y se posterga a aquellos que han tenido influencia en la mala situación económica o que puedan beneficiarse del concurso, por ejemplo, administradores de la sociedad o personas relacionadas con el concursado. *Juez competente*

La competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga la empresa el centro de sus intereses principales. Por centro de los intereses principales se presume que se halla en el lugar del domicilio social. A estos efectos será ineficaz el cambio de domicilio efectuado inmediatamente antes de la solicitud del concurso.

### *Solicitud del concurso*<sup>29</sup>

En el concurso voluntario (cuando la solicitud es presentada por la propia empresa) la competencia para decidir la solicitud corresponde al órgano directivo o de liquidación, salvo que la ley y, o el estatuto lo atribuya a la asamblea, lo cual es explicable por tratarse de un acto excepcional y extraordinario.

---

<sup>29</sup> Suso Vidal, 2013

La solicitud debe acompañarse los estados financieros del ejercicio anterior y cualquier otro soporte contable (libros obligatorios y otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad empresarial).

### *Legitimados*<sup>30</sup>

#### 1. Facultativa

La convocatoria de un concurso de acreedores puede hacerse por la persona insolvente (el deudor) la que en el caso, debe justificar su estado de insolvencia inminente, esto es, que la empresa prevea que no podrá cumplir puntual y regularmente sus obligaciones.

#### 2. Obligatoria

Cuando se advierta una insolvencia actual, es decir, cuando la empresa no pueda cumplir con sus obligaciones exigibles. Se produce a solicitud de la empresa o de alguno de sus afectados (acreedor). En este caso, la administración de la empresa pasa a manos del concurso de acreedores.

### *Desistimiento*

Ahora bien, en caso de que el órgano directivo o liquidador procediera a solicitar autónomamente el concurso sin el beneplácito de la asamblea, pudiera exigirse responsabilidad a quienes lo hicieron, o que la asamblea desautorice la petición realizada ante la instancia judicial pertinente. En tal caso, debería producirse un acto procesal de desistimiento o renuncia de la empresa al concurso. Y el Juez, antes de resolver tal pretensión, tendría que oír previamente a los acreedores.

## APLICACIÓN DEL CONCURSO A LAS EMPRESAS SOLIDARIAS

Es necesario determinar si el concurso se puede aplicar a las cooperativas y empresas solidarias, o es exclusivo de las sociedades mercantiles, para lo cual se analizan varias alternativas:

---

<sup>30</sup> Vargas, 2010

1. Si la ley especial establece que a las mismas les será de aplicación la legislación sobre suspensión de pagos y quiebras, pues habrá que atenerse a ella.
2. En el caso de las cooperativas, si la normativa nacional las considera mercantiles, no habría duda de que -como tales- estarían sujetas a concurso.
3. Para las cooperativas, cuando no se establezca su naturaleza mercantil, así como para las mutuales y otras entidades de naturaleza asociativa, habría que atenerse a la ley concursal nacional; si ésta reserva el procedimiento concursal a las sociedades comerciales, o lo extiende a todo tipo de persona colectiva.

En conclusión, por aplicación del principio de economía normativa y dado que las entidades solidarias son consideradas "empresas", lógico es que en caso de silencio de la ley, y si no hay reserva expresa de su aplicación a las sociedades mercantiles y, o prohibición de su aplicación a las entidades solidarias, las mismas pueden ser objeto de concurso.

Pueden ser objeto de concurso tanto las empresas solidarias que se hallen en situación de vida activa ordinaria, como aquellas otras que pudieran hallarse en período de liquidación. Incluso, las empresas irregulares (constituidas pero no registradas) aunque *strictu sensu* no sean persona jurídica, pueden ser declaradas en concurso, al igual que las cooperativas en constitución. No, las cooperativas liquidadas una vez cancelados sus asientos en el Registro respectivo, sin perjuicio que queden subsistentes determinadas responsabilidades a cargo de los liquidadores o de los propios socios (Vargas, 2010).



*Cuadro: Sujeción de las cooperativas al sistema concursal en la legislación Latinoamericana*

<b>País</b>	<b>Ley</b>	<b>Concurso</b>	<b>Liquidación</b>
<i>Colombia</i>	Ley de Insolvencia Empresarial de 2006	X	
<i>Perú</i>	Ley General del Sistema Concursal de 2006	X	
<i>Ecuador</i>	Ley orgánica de la economía popular y Solidaria y del sector financiero popular y solidario de 2011.		X
<i>Chile</i>	Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas de 2014	X	
<i>Bolivia</i>	Ley de Reestructuración Voluntaria de 2003 y Decreto Supremo N° 27384 de 2005	X	
<i>Uruguay</i>	Ley de Concurso y Reorganización Empresarial de 2008	X	
<i>Paraguay</i>	Ley de Quiebras de 1970	X	
<i>Brasil</i>	Ley sobre recuperación judicial, extrajudicial y la quiebra e 2005		X
<i>Argentina</i>	Ley de Concursos y Quiebras de 2011	X	
<i>Venezuela</i>	Ley Especial de Asociaciones Cooperativas		X
<i>ACI</i>	Ley Marco para las cooperativas de América Latina		X

*Fuente: elaboración propia*

**Legitimados<sup>31</sup>**

En el caso de las cooperativas (y demás empresas solidarias) quien está legitimado para solicitar el concurso es el consejo de administración. La ventaja de ello es que, en tal caso, la administración concursal quedaría en sus manos.

En principio, los socios no pueden pedir el concurso por no recurrir en ellos la responsabilidad personal *ex lege* por las deudas sociales, aunque algunas leyes han instrumentado procedimientos para que una minoría de socios pueda hacerlo.

<sup>31</sup> Vargas, 2010

Con relación a los ex socios, pueden hacerlo pero no como socios puesto que ya no lo son al haber perdido el vínculo asociativo, sino como acreedores de la cooperativa, una vez que su crédito esté vencido y sea exigible.

### *Efectos de la declaración de concurso*

#### Sobre la cooperativa

1. Todo el patrimonio de la cooperativa pasa a integrar la masa activa del concurso, salvo los recursos de los fondos y reservas que tengan carácter inembargable, como el caso del fondo de educación.
2. Aunque la declaración de concurso no supone la disolución de la cooperativa, en caso que se aperture la liquidación dentro del concurso, la declaratoria del Juez contendrá la declaración de disolución de la entidad.

#### Sobre los gestores de la cooperativa

1. Los administradores o liquidadores pasan a ser controlados por la administración concursal, teniendo derecho de asistencia con voz en las sesiones de los órganos colegiados de la misma. Incluso, pueden ser separados de sus cargos, pasando a ejercer sus cometidos la administración concursal.
2. Las negligencias o irregularidades en la contabilidad establecen una presunción *iuris tantum* para calificar el concurso como culpable, lo que puede conllevar diversas sanciones para los que hubieran sido administradores o liquidadores de la cooperativa, tanto de hecho como de derecho, por un período determinado antes de la declaración del concurso.
3. Las sanciones pueden ser la remoción en el cargo, la pérdida de sus derechos como acreedores concursales o de la masa, el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados y con carácter cautelar, incluso puede procederse al embargo de bienes de los responsables cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.

En criterio de Suso Vidal (2013), tales medidas excepcionalísimas no son aplicables a los miembros de los órganos de fiscalización si ello no está expresamente previsto en la ley, por tratarse de preceptos que no admiten aplicación extensiva.

### Sobre los miembros

Los efectos sobre los miembros son de orden económico, pudiéndose discriminar los siguientes:

1. Deben pagar las aportaciones sociales suscritas y no desembolsadas, cualquiera que fuera el plazo fijado en el acta constitutiva y o el estatuto (se consideran de plazo vencido). Incluso, la administración concursal puede ejercer acción judicial de <<reintegración>> para traer a su patrimonio los aportes pagados a los socios retirados con la anterioridad establecida en la ley (en caso que así lo prevea) por el perjuicio patrimonial que ha tenido la salida de ese dinero.
2. En caso de pérdidas, les corresponde pagar la parte proporcional de las mismas, según su grado de participación en la actividad social.
3. Los productos entregados por los miembros para su comercialización por la cooperativa (masa de gestión cooperativa) dependerá si forman o no parte de la masa activa del concurso.  
Para Vargas (2010) la cuestión dependerá de las condiciones fijadas por el estatuto de la cooperativa. Si permanecen de propiedad de los asociados, no, por pertenecer a ellos; si fueron entregados a la cooperativa en propiedad, forman parte de su patrimonio y, por tanto, a la masa concursal.
4. Suso Vidal (2013) sostiene que comoquiera que no pasan a ser propiedad común y siguen perteneciendo a los miembros, no integran el patrimonio de la cooperativa y, en consecuencia, quedan fuera del alcance de los acreedores sociales.

En todo caso, dado que las entregas consisten a menudo en bienes fungibles de imposible reivindicación, los miembros se ven impedidos de

ejercitar un derecho de separación, contando en su lugar, con un mero derecho de crédito contra la cooperativa

5. En caso de que la cooperativa con anterioridad al concurso (dentro del plazo fijado por la ley) haya llevado a cabo actos catalogables como perjudiciales, como una política arbitraria e imprudente de reconocimiento de anticipos excesivos o de precios por debajo del coste en las prestaciones de la cooperativa (en definitiva, no realizados en condiciones normales) aunque no hubiese existido intención fraudulenta, los miembros deberán restituir las prestaciones percibidas en exceso, con sus frutos e intereses.
6. En este caso, la administración concursal puede ejercer la acción de reintegración, quedando a cargo del miembro la prueba en contrario al invertirse la carga de la prueba, ya que como la ley lo considera persona especialmente relacionada con el concursado, se presume el perjuicio patrimonial.

En contra, frente a los miembros que no se hallaren en la situación descrita, quien ejercite la acción rescisoria deberá probar el perjuicio patrimonial.

En todo caso, cuando el miembro deudor frente a la cooperativa sea titular, a su vez, de derechos de crédito contra la cooperativa, opera la compensación, de manera que los débitos del miembro exigibles y vencidos antes de la declaración de concurso se neutralizan en la cantidad concurrente con los créditos igualmente vencidos y exigibles.

Si la diferencia es favorable a la cooperativa ese será el único importe reclamable al socio y si la diferencia es favorable al socio, ese será el importe que, en el pasivo del concurso se le reconocerá como acreedor.

## Referencias

- Alfonso-Sánchez, R. y Polo-Garrido, F. (2013). La solicitud de declaración de concurso de la sociedad cooperativa. Aspectos controvertidos. *Economía Social y Derecho. Problemas Jurídicos Actuales de las Empresas de Economía Social*. Mercatura 48. Granada, Comares
- Alonso, E. (2000). La fusión, la escisión, la transformación y la extinción de la cooperativa. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 34. Bilbao. Universidad de Deusto
- Ávila de la Torre, A. (2009). Las sociedades cooperativas: aspectos societarios. *Lecciones sobre trabajo autónomo y economía social*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Bataller Grau, J. (2012). La disolución de las cooperativas. *Pérdidas, disolución y concurso en sociedades cooperativas*. Madrid, Marcial-Pons
- Bonnard, J. (2000). *Droit des entreprises en difficulté*. Paris, Hachette
- Botana, M. (1999). As modificacións estruturais da sociedade. *Estudio sobre a lei de cooperativas de Galicia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galicia
- Botana, M. (2013). La disolución. *Tratado de Derecho de Cooperativas. Tomo II*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Burgos, e. y Durán, R. (2014). Administración por intervención judicial: alternativa para superar una crisis económica o financiera de la empresa. *Revista Nacional de Administración, Vol. 5 (2)*. San José, Universidad Nacional a Distancia
- Candelario, M. y Rodríguez, L. (1998). *La Empresa en crisis. Derecho actual*. Buenos Aires. Ciudad Argentina
- Coutinho, J. (1998). Providencias e Recuperação de Empresas e Falencia (Apontamentos de Dereito Portugues). *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra. Universidade de Coimbra
- Esteban, C. Y Rodríguez-Moldes, L. (2001). Capítulo VIII. De la disolución y liquidación. Cooperativas. *Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 julio*. Madrid. Colegios Notariales de España

- Estecche, E. (2013). Las cooperativas ¿en régimen concursal? Caso venezolano. *Revista Derecho y Reforma Agraria, ambiente y sociedad* N° 39. Mérida, Universidad de los Andes
- Farías, C. (2003). *Mapeando al cooperativismo*. Rosario, UNR
- Forzati, R. y Rodríguez, H. (2008). Concursabilidad de las asociaciones mutuales. *Hologramática* N° 9. Buenos Aires, Universidad Nacional de Lomas de Zamora
- Gamero, E. (1996). *La Intervención de Empresas. Régimen jurídico-administrativo*. Madrid. Marcial Pons
- Laidlaw, A. (1980). *Las Cooperativas en el año 2.000*. Moscú. Confederación Mexicana de cajas populares
- Lazzareschi, V. (2000). La piccola societa cooperativa. *Revista della Cooperazione*, 4/2000. Roma. Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti
- Lucena, H. (2007). Empresas recuperadas: experiencias y reflexiones, *Cooperativas, empresas, estado y sindicatos*, Barquisimeto-Valencia, Universidad Centro Occidental y Universidad de Carabobo
- Pastor, C. (2013). Recuperación de pequeñas y medianas empresas en concurso a través de sociedades cooperativas y su contribución a la <<responsabilidad social concursal>>. *Deusto, Estudios Cooperativos*, 2. Bilbao, Universidad de Deusto
- Prete, F. (2007). Le imprese agricole in difficoltà nella nuova Lei de Sauvegarde francese, *Rivista di Diritto Agrario* 3-2007, Milano-Italia, Giuffrè
- Rizzo, F. (1999). Le principe d'intangibilité des engagements des associés. *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, N. 1. Paris. Dalloz
- Rodríguez, E. (1995). *Privatización de la Empresa Pública y post privatización. Análisis jurídico*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot
- Seguí-Mas, E; Marí-Vidal, S. et al (2012). Evaluación y análisis de las variables explicativas del fracaso empresarial. *Pérdidas, disolución y concurso en sociedades cooperativas*. Madrid, Marcial-Pons
- Suso Vidal, J. (2013). El concurso de la sociedad cooperativa. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo II*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Telese, M. (2006). *Cooperativas de Trabajo*. Buenos Aires, Osmar Buyatti

- Uriola, P. (1988). Procedimientos colectivos de recuperación y de liquidación de empresas en el Derecho Francés. *Revista de Derecho Mercantil* 6. Caracas. Eram
- Vargas, C. (2009). La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 20, Valencia, Ciriec
- Vargas, C. (2010). El derecho de reembolso del socio en caso de baja y el concurso de las sociedades cooperativas, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 21, Valencia, Ciriec

## 60. LA LIQUIDACION

Aspectos generales. Tipos de liquidación. Los liquidadores. Funciones. Interventores. La partición. Destino de sobrantes. Inscripción registral. Otros asuntos

---

### ASPECTOS GENERALES

#### *Concepto*

Es posible definir la liquidación como una fase en la vida de la sociedad, previa a la extinción o a la eventual reactivación, que como consecuencia de la disolución constituye a la sociedad en un nuevo estado, durante el que la actividad está orientada a romper las relaciones jurídicas de la empresa con los terceros y los miembros, presupuesto necesario de su extinción (y del reparto) y excepcionalmente a hacer posible la reactivación (Sacristán, en Vargas, 2009).

Sin embargo, no procede la liquidación en los supuestos de disolución por fusión o escisión.

#### *Características*<sup>32</sup>

1. Aunque el período liquidatorio sea único, va a aparecer integrado por la concatenación temporal de una pluralidad de operaciones, habituales en todos los tipos societarios.
2. Se trata de operaciones complejas en razón de la diversidad de intereses que en ella confluyen, dado que la desaparición de la empresa afecta los intereses de los miembros y, en especial, de los acreedores, pues conlleva la extinción de las relaciones jurídicas que tenga pendientes con terceros.
3. Mientras se realiza la liquidación subsiste la personería jurídica, que sólo se extinguirá con la cancelación del asiento registral correspondiente.
4. Durante el proceso liquidatorio se debe añadir a la denominación la expresión <<en liquidación>>.

---

<sup>32</sup> Brenes, 2013



5. La actividad propia u ordinaria de la empresa va a ser sustituida por una actividad liquidatoria restringida a las operaciones comerciales pendientes y las nuevas que sean necesarias para su liquidación. No cambia el objeto social, sino que se modifica el fin social que ya no consistirá en la realización de actividades socioeconómicas, sino en la extinción de la entidad; de una finalidad productiva a una liquidatoria.
6. El órgano directivo subsiste hasta que sean designados los liquidadores, y hayan aceptado el nombramiento, de manera que la modificación del órgano directivo no es automática sino que requiere de un acto formal de transmisión de funciones por el cual se pone en poder y posesión de la empresa y de sus bienes a los liquidadores.
7. La competencia de la asamblea se restringe a acordar lo conveniente a la liquidación
8. La contabilidad ordinaria se sustituye por la función de elaborar los informes y los estados financieros relacionados con la extinción.

## TIPOS DE LIQUIDACIÓN

Como en todos los casos de tipificaciones, hay diversos puntos de vista. Para Stefanos (2002) sólo hay dos formas de liquidación y disolución: judicial y extrajudicial. La primera acontece en la medida en que sea necesaria la intervención de la tutela jurisdiccional y determinar lo necesario en el proceso. Y, no ocurriendo cualquier interferencia de lo judicial, la disolución y liquidación será siempre extrajudicial. Sin embargo, en la mayor parte de los sistemas legales se distinguen tres tipos de liquidación: amigable, judicial y administrativa.

### *Liquidación amigable*

Es el procedimiento de liquidación de la empresa solidaria asumido por los propios miembros, previo acuerdo de la mayoría de ellos. El procedimiento puede estar determinado en la ley especial, o se aplican analógicamente las normas del derecho común, esto es, de la sociedad anónima.

En todo caso, hay que tener presente que se requiere de:

1. Asamblea

Una decisión de la asamblea que realiza el nombramiento de los liquidadores, fija el plazo de la liquidación (puede ser que la ley establezca un plazo máximo) y determina las normas de la liquidación. La asamblea aprueba el balance inicial de liquidación que junto al inventario determina la situación patrimonial de la empresa el día en que se hubiera disuelta y entra en estado de liquidación, y el patrimonio sobre el que ésta se va a desarrollar.

Con relación con la valoración de las distintas partidas del balance, para algunos sería el criterio del valor de realización, aunque pareciera mejor los de empresa en funcionamiento (Vargas, 2009) que lógicamente son superiores.

2. Proyecto

Elaboración del proyecto de liquidación, sujeto a la aprobación de una instancia pública determinada por la ley, que puede ser el juez, el Registro o la Autoridad de aplicación o de la actividad y la correspondiente publicidad.

3. Partición.

Para Stefanos (2002) si la mayoría de los casos de disolución y liquidación ocurren única y exclusivamente por falta de condiciones de mantenimiento del objeto social, para evitar el incremento de los perjuicios no debería haber otra salida sino colocar también de forma simplificada en las manos de los asociados la continuación o la repartición del pasivo como un compromiso social, teniendo en vista una visión contemporánea de la autogestión con responsabilidad.

### *Liquidación judicial*

Es el proceso de la liquidación de la empresa cuando es dirigida por el juez. Procede en los casos siguientes: por acuerdo de la asamblea; por decisión de la Autoridad de aplicación cuando se venció el plazo para acordarla en caso que

fuere amigable, sin que se produzca la decisión de la entidad; por decisión del propio juez o del Registro.

El juez competente puede ser el de Primera Instancia, aunque debería ser preferentemente el juez de proximidad del domicilio de la entidad.

La liquidación judicial produce la suspensión de las medidas judiciales preventivas o de ejecución en curso, incluso las acciones de cobro salvo las posteriores a la intervención.

Gadea (1999) considera que –en sede de liquidación- cuando el balance de la cooperativa indica que el pasivo exigible es superior al activo, el peligro de que los liquidadores, aun sin actuar de mala fe, dejen sin cobrar a los acreedores menos diligentes aconseja someter a la sociedad a una liquidación o ejecución universal y judicial, es decir, regida por los principios de comunidad de pérdidas entre los acreedores (*par conditio creditorum*) y supeditarla al control y supervisión del juez.

#### *Liquidación administrativa*

Es la liquidación de la empresa asociativa llevada a cabo por la autoridad administrativa. Es un procedimiento administrativo proveniente de la Autoridad de aplicación o de la autoridad de la actividad, especialmente de la autoridad de supervisión de las instituciones financieras. Se trata de la opción que se le concede a la Administración de tomar la iniciativa de disolver la empresa en aquellos supuestos en los cuales, al concurrir una causa de disolución prevista en la ley, los órganos sociales no adoptan las medidas adecuadas para adoptar el correspondiente acuerdo. (Villalobos, 2001).

Esta potestad se fundamenta en la complejidad y naturaleza de las operaciones que desarrollan las empresas en general, o de las bancarias, en este caso, por un activo extremadamente fraccionado y por sus relaciones masivas. Para el mismo autor, es posible que sea anticonstitucional porque se trata de que sea la propia Administración, como sanción aplicable al supuesto de infracción, quien puede provocar la disolución de la sociedad cooperativa aun existiendo la “*affectio*

*societatis*” entre quienes la componen. Además que esa intervención se muestra claramente contraria al régimen que propugna la Constitución, al proteger la cooperativa de forma expresa, y asimismo contraria a la finalidad del Estado de reconocer como tarea de interés público la promoción de las cooperativas, todo lo cual nos lleva a considerar que la citada actuación administrativa es claramente contraria a los principios generales que regulan nuestro ordenamiento.

Un caso particular sería el de la intervención por parte de la Administración pública en la liquidación de una empresa. Se trata de someter a tutela de la Administración la liquidación de empresas cuando el interés público aconseje que, dado su tamaño, su tipo de actividad, o por la complejidad del procedimiento mismo, se busque por medio de la intervención, el ocasionamiento del menor daño posible al interés general, a pesar de que la empresa sea liquidada (Gamero, 1996).

## LOS LIQUIDADORES

### *Concepto*

Los liquidadores son las personas encargadas de llevar a cabo el proceso de la liquidación. En cuanto a su naturaleza, se considera que los liquidadores tienen el carácter de mandatarios y de representantes legales de la cooperativa, aun cuando sean nombrados por el juez o por la Autoridad de aplicación, ya que una vez nombrados sus relaciones se establecen directamente con la entidad a quien rigen y con los asociados (Ardiles, 1973).

Pueden ser liquidadores las personas que tengan la condición de miembros o de directivos (fundamentalmente del órgano directivo) de la empresa solidaria, aunque también pueden serlo terceros, sean personas naturales o jurídicas.

### *Integración:*

El liquidador puede ser unipersonal, aunque lo mejor es que sea una comisión liquidadora con un coordinador. Los demás miembros podrían ser los representantes de la empresa de adscripción, si fuese el caso; de los miembros o

asociados; del juez; de la autoridad de aplicación, de fomento o de la actividad. El número de liquidadores normalmente es determinado en la ley, aunque puede que se deje en libertad al estatuto para fijarlo, o se hace mediante acuerdo de asamblea.

### *Requisitos*

Se exigen determinados requisitos a los liquidadores como que sean profesionales del área jurídica, administrativa, contable o económica; tener plena capacidad civil; no haber sido directivo de la institución en liquidación durante determinado lapso anterior; no ser alto funcionario del área financiera y no tener relaciones de consanguinidad o afinidad. Pero, además, es perfectamente posible designar liquidadores a personas no miembros, puesto que de otra forma, lo más probable es que no tendría eficacia el nombramiento.

La doctrina suele aplicar a los liquidadores las incompatibilidades, incapacidades y prohibiciones que para los directivos establece la ley; y admite que el estatuto pueda, además, restringir la capacidad para ser liquidador, exigiendo determinadas condiciones (por ejemplo, fianza o aval), o estableciendo un régimen especial de incapacidades o incompatibilidades (Coronado, 2001).

Normalmente se prohíbe al liquidador como adquirir, directa o indirectamente, los bienes de la organización. Esta prohibición se extiende al cónyuge, conviviente en unión de hechos y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

### *Designación*

Su designación les corresponde a los miembros en asamblea, al juez, a la Autoridad de aplicación o la autoridad de la actividad. La ley de cooperativas de Galicia de 1998 establece que si a los dos meses de la disolución no han sido designados, los administradores o interventores (o cualquier socio) deben instar al Consejo Gallego de Cooperativas para que lo haga. Norma semejante prevé la ley de Argentina.

La doctrina admite la validez de la cláusula estatutaria que prevé la designación de liquidadores por un tercero, como por ejemplo una cooperativa de segundo grado, o la unión, federación o confederación de cooperativas (Esteban y Rodríguez, 2001). En caso de pertenecer a un grupo empresarial, tendría habilitación la empresa cabeza de grupo.

Para Esteban y Rodríguez (2001) conviene que el órgano directivo no asuma el proceso liquidatorio ya que se produciría una “transmisión de funciones” o, mejor, la alteración del órgano de administración que provoca la sustitución del órgano primitivo. Ello se justifica en la alteración que supone la disolución del ente y la vocación del patrimonio al pago de las deudas y a la distribución y adjudicación del sobrante, lo que impone que la gestión y la representación sean asumidas por un órgano de diversa naturaleza y de capacidad más restringida

#### *Cesación*

La pérdida de la condición de liquidador puede ser por renuncia presentada ante el órgano o la autoridad que los designó. La renuncia debe ser expresa. Sería inadmisibles la renuncia tácita porque devendría del incumplimiento de las tareas de liquidación, lo que podría conducir a la remoción y a la reparación de los daños causados (Cuesta, 2000).

También, por revocación por la misma autoridad que los designó y con la misma mayoría, siendo nulo cualquier pacto que tienda quitarle ese carácter. Y por terminación de la liquidación.

Los propios liquidadores deben convocar la asamblea para proveer los cargos vacantes, si bien continuarán en el ejercicio de sus cargos hasta el momento en el cual los sustitutos designados presenten su aceptación.

En caso de dificultades en el proceso de liquidación ejecutada por los propios asociados, la ley chilena de cooperativas dispone que las resuelva la Autoridad de aplicación actuando como árbitro arbitrador sin forma de juicio y sin ulterior recurso.

### *Remuneración*

Aunque en el derecho común la remuneración de los liquidadores prácticamente tiene preferencia sobre los activos de la empresa en liquidación, en el sector cooperativo, mutual y solidario se estima que si no se fija remuneración los liquidadores no tendrán derecho a ella, salvo el reembolso de los gastos en que hubieren incurrido.

En el caso de las mutuales de la Argentina, se dispone que para los asociados la función del liquidador constituye una carga social, por lo que la misma no puede ser rentada, salvo en caso de características especiales (Inam, 2002).

En ciertos casos, la remuneración de los liquidadores dependerá del volumen, importancia y capacidad económica de la empresa.

### *Responsabilidad*

Puede ser igual al régimen de responsabilidad al que están sujetos los directivos ordinarios, por remisión que haga la ley o por vacío legal, puesto que realizan aunque dentro de un marco más amplio actividades del mismo carácter, idénticas en sustancia a los particulares actos que los liquidadores deben realizar en el cumplimiento de su cometido (Cuesta, 2000).

Sin embargo, en caso que no sean remunerados, por aplicación de los principios jurídicos generales, su responsabilidad se atenúa siendo sólo responsables por culpa leve.

Responden como mandatarios por dolo, abuso de facultades o culpa grave; por la violación de normas de la liquidación; por no incluir ni cobrar acreencias de terceros; por reparto prematuro del haber social; por reparto indebido del activo social; por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las instrucciones emanadas del órgano deliberante que permanece en funciones; por no utilizar el aditamento “en liquidación”, etc.

## *Responsabilidad fiscal*

De acuerdo con algunas legislaciones, pueden ser responsables personalmente de los tributos debidos por una entidad en liquidación, los directivos que no hubieren realizado los trámites necesarios para pagar la obligación tributaria de la empresa, cuando esta hubiese tenido recursos económicos para hacerlo.

Incluso, los propios miembros de la entidad pueden ser responsables – personalmente- de las obligaciones fiscales incumplidas por su empresa liquidada, por cuanto los actos realizados por los directivos elegidos en asamblea, son practicados en beneficio de ellos. En este caso, pueden ser llamados a responder los cooperados, contribuyendo proporcionalmente con el valor de sus cuotas sociales (Correa, 2003).

## **FUNCIONES DE LOS LIQUIDADORES<sup>33</sup>**

### *Sistemas*

Sobre el carácter de las funciones de los liquidadores hay dos posiciones:

1. Una posición conceptúa esta actividad como una actuación pasiva, conservativa, dirigida únicamente a finalizar las operaciones pendientes y convertir el patrimonio en dinero para pagar a los acreedores y distribuir el sobrante entre los socios; esta posición aparece plasmada en la técnica normativa de enumerar pormenorizadamente las funciones concretas de los liquidadores;
2. La posición que conceptúa la liquidación como una verdadera actividad empresarial que exige la continuidad de la empresa para evitar un quebranto patrimonial, la realización de inversión para evitar una disminución del valor de la empresa o para asegurar una rentabilidad durante la liquidación; todo ello impone cierto ámbito de actuación a los

---

<sup>33</sup> Coronado, 2001



liquidadores sin imposición de un cuadro de funciones que encorseten su labor.

### *Operaciones conducentes a la liquidación*

En general, los liquidadores tienen por función realizar cuantas operaciones sean necesarias para la liquidación. Son las propias facultades y funciones de los administradores pero limitadas a las operaciones necesarias a la realización del activo y la cancelación del pasivo, en un todo de acuerdo con las instrucciones emanadas de la asamblea, aun cuando sea el propio consejo de administración el órgano encargado del proceso liquidatorio (Cuesta, 2000). Tienen las funciones plenas de los directivos de la empresa solidaria.

Dice Vargas (2009) que la expresión legal “operaciones necesarias para la liquidación” debe interpretarse en el sentido de realizar todas las operaciones que faciliten la extinción de la sociedad, a través de la eliminación de la empresa de la que ésta es titular. Incluso, pueden realizar las operaciones nuevas que sean necesarias para la liquidación, siempre que hagan más fácil, o más rápida la liquidación.

### *En relación con los contratos*

1. La disolución no supone causa de extinción de los contratos ya estipulados (de trato instantáneo aún pendientes de cumplimiento por la cooperativa) ya que ello es consecuencia del mantenimiento de la personalidad.
2. Respecto de los contratos de duración determinada convenidos por un plazo, cuyo cumplimiento dilate excesivamente el período de liquidación, la disolución debe ser considerada como causa justificada de resolución.
3. En los contratos de duración indefinida, el desistimiento o denuncia unilateral está justificado, si se hace de buena fe (con causa justificada) y con un preaviso suficiente.
4. Sobre nuevos contratos, en cuanto que sean necesarios para la liquidación, su determinación como tales es responsabilidad de los liquidadores, lo que

supone que el tercero contratante no quedará afectado por la posible extralimitación de los liquidadores si las desconocía.

### *Enajenación de bienes*

En relación con la enajenación de los bienes, más que una facultad, se trata de un deber para los liquidadores. En tal virtud, los liquidadores pueden:

1. Si cabe, aplazar el pago del precio de venta pues lo contrario privaría a los liquidadores de la posibilidad de obtener el mejor precio o la mejor rentabilidad, siempre y cuando el plazo de la devolución de la cantidad no dilate excesivamente las operaciones de liquidación, y se constituyan garantías personales o reales para la seguridad de la devolución. Lo mismo con los aplazamiento o fraccionamiento en el pago, si se pactan intereses por la demora
2. Si cabe, la adjudicación de los bienes a los socios en pago de su cuota de liquidación, ya que no parece que deba haber limitaciones para que la adjudicación del haber social, cumplidas las limitaciones legales, se realice en la forma que los liquidadores tengan por conveniente, y esa dación en pago es una de los medios de pago previstos en el Código Civil
3. Pensemos en la importancia que puede tener la compensación como medio de extinción de débitos de los que sean titulares los propios socios contra la cooperativa, que pueden quedar saldados, hasta la suma concurrente con la cuota de liquidación

Dentro de las funciones hay que distinguir aquellas que se refieren propiamente a las operaciones materiales de liquidación, de aquellas otras que se refieren a la representación y gestión de la empresa en liquidación, en que los liquidadores actúan como los directivos ordinarios.

## *Funciones específicas*

1. Ejercer la guarda y custodia de los bienes en poder de la entidad o que formen la masa de esta; asumir la representación legal y la constitución de apoderados necesarios; formar el inventario inicial que es el instrumento para establecer si hay un patrimonio a liquidar o es la base para omitir el proceso final de liquidación (Buonocore, 1997).
2. Levantamiento de estados financieros, en especial el balance de liquidación en donde se registran los activos reales, aun los que no se encuentren contabilizados, pero que sean de propiedad del ente. Se excluyen los activos que no tengan expectativas de realización.  
En cuanto a los pasivos, se presentan de acuerdo a los valores de reembolso. La doctrina opina que el balance ha de ser sencillo, de modo que refleje fielmente el estado patrimonial de la sociedad y ser una síntesis de la misma; no tiene que recoger todas las partidas que ordinariamente se exigen en los balances anuales. Además, llevar un registro contable periódico del proceso.
3. Llevar libro de actas que contengan información sobre sus actividades económico-financieras y sociales. “La importancia de este libro se debe al momento en el cual sea necesario informar a los asociados, a terceros y a la administración, sobre los últimos hechos que dan por finalizada la actividad de la cooperativa. Su carácter contable es consecuencia del contenido económico-financiero de los datos registrados, con una responsabilidad patrimonial que es necesario tratar y valorar adecuadamente” (Fernández-Feijoo, 1999).
4. Presentación de informes de la situación social, legal, contable, administrativa, económica y financiera que genera, así como el proyecto (plan de acciones) de la liquidación: miembros, bienes, deudas.
5. Administración de los activos: plena, actos conservatorios, mejoría de situación para obtener mayores ingresos con su enajenación, efectuar pagos, finiquitar negocios en curso.

6. Exigir rendición de cuentas en forma amigable y, de no ser posible, por vía judicial.
7. En cuanto a los créditos, transacciones y compromisos, el autor considera:
  - Aunque la doctrina niega que los liquidadores puedan condonar los créditos o renunciar a garantías, no hay inconveniente en realizar condonaciones parciales a cambio de otras compensaciones, como pago anticipado. Pensemos que las operaciones de descuento o *factoring* llevan inherente un coste que puede ser cubierto mediante una condonación parcial, compensada con el vencimiento anticipado de la obligación.
  - Si pueden enajenar los bienes sociales, es lógico que puedan transigir. Además la transacción al posibilitar la conclusión de un litigio o impedir el nacimiento de una cuestión litigiosa, permiten –a cambio de un sacrificio económico- facilitar la labor de los liquidadores y no dilatar el proceso de liquidación.
  - También se acata que pueden someter las cuestiones discutidas al juicio de árbitros
8. Realización o liquidación de activos. Se trata de la monetarización de los bienes en natura y de los créditos exigibles. Al efecto, se emplean los mecanismos siguientes: preferentemente mediante licitación o subasta pública cuyo precio de base puede ser el de la tasación fiscal para el pago de impuestos; dación en pago; cobro de deudas, venta y traspaso de bienes, cobro de aportes suscritos.
9. Confección del balance final de liquidación, cuya finalidad esencial es la determinación de la cuota del haber a repartir entre los asociados. Se considera aprobado si en un plazo determinado (tres meses en Italia) no reclama nadie.

Contiene el proyecto de distribución del activo revisado por el órgano interno de control, publicado y factible de impugnación como si fuese un acuerdo de asamblea, en determinado tiempo, a cuyo vencimiento se considera aprobado.

Se impide repartir el activo hasta el vencimiento o resueltas las impugnaciones por sentencia firme. Sin embargo, se pueden hacer pagos siempre que por su cuantía no se vea afectado el haber social. De acuerdo con muchas de las leyes vigentes, los asociados solamente tienen derecho a la percepción del valor de sus cuotas sociales o cuotas de capital, en su totalidad o en la proporción que haya resultado una vez satisfechos los pasivos.

10. En cuanto a los apoderamientos, suele decirse que los liquidadores deben revocar expresamente los apoderamientos conferidos y notificarlo así a los apoderados. Caso de que no se produzca esta revocación expresa, unos autores entienden subsistentes los apoderamientos conferidos por el consejo rector. Otro opinan que, en este supuesto, debe distinguirse entre la posición del apoderado y la de los terceros adquirentes.

El apoderado, una vez tenga conocimiento de la disolución de la cooperativa no deberá ejercitar las facultades que les concede el apoderamiento, porque la nueva situación de la sociedad lo impide. Ni siquiera en supuestos de grave peligro para los intereses de la sociedad podría sostenerse que conserva sus facultades representativas.

11. Otras actividades como el cierre de libros, depositar la documentación.
12. Además, como la empresa en liquidación puede acordar su reactivación y volver a la etapa anterior a su disolución evitando su extinción, en principio es admisible que los liquidadores realicen las operaciones que sean necesarias para mantener la empresa en una situación que permita su reactivación (Vargas, 2009).

### *Pago de las deudas*

Como resalta la doctrina, previo a la adjudicación del sobrante los liquidadores deberán proceder al pago de las deudas de la cooperativa a su respectivo vencimiento, o su consignación para el pago a su vencimiento, porque la disolución de la entidad no constituye causa de vencimiento de las deudas, sin alterar su naturaleza y garantías, amparándose los derechos de los acreedores

que no pueden ser desconocidos y por la imposibilidad de que se adjudique el sobrante sin pagar o consignar las cantidades debidas (Esteban y Gutiérrez, 2001).

Respecto de las deudas vencidas, es prudente que los liquidadores sigan las normas sobre preferencias y privilegios de los acreedores para evitar que puedan incurrir en responsabilidad ante los acreedores preferentes, en caso de quiebra

No debe permitirse adjudicar el haber social hasta que no se hayan satisfecho íntegramente las deudas sociales o se haya asegurado su pago. En el caso de las mutuales de la Argentina, si otra entidad del sector aspira la adquisición de un inmueble en venta, dentro del plazo estipulado por el liquidador podrá solicitarla del liquidador, quien la realizará en forma directa, por el precio que se convenga, siempre que supere el precio de base y bajo la condición de que se utilice para la prestación de un servicio social (Inam, 2002).

Se ha propuesto, que decretada la liquidación forzosa de una cooperativa, la transferencia de activos o depósitos se podrá realizar por medio de un sistema de subastas donde los participantes serán las organizaciones cooperativas calificadas por la Autoridad de aplicación y deben cumplir los requisitos mínimos de solvencia, liquidez y los demás indicadores establecidos en la normativa vigente (Honduras, 2002).

#### *Cesión del activo*

Sobre la posibilidad de la cesión global del activo y pasivo como operación liquidatoria, se admite que puede ser más ventajoso para la empresa porque permite obtener un mayor precio.

Para Coronado no parece fundado que la cesión requiera autorización de la asamblea. De todas formas, ello se daría puesto que los liquidadores deben confeccionar el balance social y someterlo a la aprobación de la asamblea y posteriormente, cumplidos los requisitos procederán a la adjudicación del haber social.

De esta forma, la cesión podrá realizarse a favor de uno o varios socios, que no tuvieren incompatibilidad con los liquidadores, o a favor de uno o varios acreedores, como dación en pago de sus créditos, etc. La cesión no producirá efectos respecto de los acreedores en tanto estos no presten su consentimiento.

*Con relación a la masa de gestión económica*<sup>34</sup>

Se entiende que si los bienes entregados –o los pagos realizados- por los socios a la cooperativa no se transmiten a la sociedad, no se pueden considerar esas entregas –o pagos- como parte de la masa patrimonial con la que se va a pagar a los acreedores del concursado.

Se suele interpretar que la masa es inembargable y su titularidad jurídica corresponde a los socios. La *ratio* de la norma es proteger al máximo el patrimonio individual de los socios.

Lo que hay que indagar es como se ha articulado la relación jurídica que subyace en la actividad cooperativizada que realiza el socio con la sociedad, ya que dependiendo de ello se deduce si son patrimonio de la cooperativa o de los socios.

Considera el autor que acudir al régimen articulado en cada cooperativa, aunque genere cierta inseguridad al no saber con certeza prima facie quien es el titular de esos bienes o fondos entregados a la cooperativa, es la solución más equilibrada para satisfacer todos los intereses en juego.

Considerar *per se* que la masa es siempre de los socios constituye un gran riesgo para el tráfico, y aceptar que esos bienes pertenecen a la cooperativa sería un incentivo para el abandono de socios de tipo cooperativo, buscando modelos societarios que les permiten conservar la titularidad de esos bienes.

## INTERVENTORES (COMISARIOS) DE LA LIQUIDACIÓN

Se trata de un órgano potestativo designado por el juez a solicitud de cierto porcentaje de los miembros para que supervise y controle las operaciones de

---

<sup>34</sup> Vargas, 2009

liquidación. Tiene la finalidad de informar a los miembros de la marcha de tales operaciones y del estado de la liquidación en cualquier momento, para que puedan adoptar fundamentalmente las medidas que sean oportunas para la defensa de sus derechos e intereses (Brenes, 2013).

En los casos en que estén previstos, los interventores son órganos de fiscalización sin facultad de decisión o de codecisión, previstos para que los socios minoritarios puedan controlar la marcha de la liquidación, si lo consideran oportuno (Esteban y Rodríguez, 2001).

No hay duda que la figura del comisario de la liquidación sea válida por disposición legal expresa. De no existir norma que los establezca, el estatuto puede perfectamente crearlos por tratarse de materia en que prevalece la autonomía de la voluntad y no restringe o limita los derechos de otros; antes bien, tiende a dar protección a los mismos y contribuye con la seguridad jurídica de los intervinientes en el proceso liquidatorio. En la ley argentina los liquidadores están sujetos al control de la sindicatura, que no cesa, como sí puede suceder con el consejo de administración.

Los comisarios pueden darse en todo tipo de cooperativa, mutual o empresa en liquidación, o solamente cuando el patrimonio a liquidar sea cuantioso o que exista un elevado número de asociados.

El número de interventores puede ser indeterminado y ser tantos como grupos de miembros lo hayan pedido al juez. La revocación parece que corresponderá al juez, a petición de la misma minoría que pidió el nombramiento o, con justa causa y con audiencia de los promotores del nombramiento si no son los mismos que piden la revocación (Esteban y Rodríguez, 2001).

Si no hay intervención judicial o de la Autoridad de aplicación, la remoción corresponderá a la asamblea del ente en liquidación. Requisitos: puede ser que se exija o no tener la condición de miembro de la empresa, pero sí que tenga la calificación profesional necesaria para el cumplimiento de sus funciones.



## *Funciones*

Se trata de una especie de órgano con funciones de vigilancia y control de la observancia de las normas por parte de los liquidadores; de fiscalización de las operaciones del proceso liquidatorio, por lo que tienen acceso a los documentos y contabilidad, así como la facultad de pedir informaciones a los liquidadores. Sus funciones están centradas en el conocimiento y vigilancia de la contabilidad y documentación social, en el más amplio sentido, en el andamio de las operaciones de liquidación (Botana, 1999).

Para el ejercicio pleno de sus funciones se le conceden atribuciones de aprobación de los acuerdos y decisiones adoptados por los liquidadores, aprobación que en ciertos casos, es necesaria para su validez. Para el mismo autor esta exigencia “*ad validitatem*” es del todo desproporcionada y comporta una intervención de difícil justificación de la Administración pública autonómica en la liquidación de la cooperativa.

Por ello, en caso que los comisarios tengan origen en disposición del estatuto, no podrían tener la facultad de aprobar las decisiones de los liquidadores, sino meramente informativa.

## LA PARTICIÓN

### *Concepto*

La partición consiste en el conjunto de las operaciones tendientes a la distribución del activo social o la adjudicación del haber social de acuerdo a la ley, el estatuto y el proyecto aprobado. Tiene por finalidad establecer la forma ordenada de pagos a los acreedores, a los terceros y a los miembros.

Para que se pueda llevar a cabo requiere como presupuestos necesarios el acuerdo o la satisfacción los acreedores, así como la aprobación de un proyecto de reparto por parte de la autoridad encargada de supervisar la liquidación.

Con la finalidad de poner freno a la perpetuación de los procesos liquidatorios, algunas leyes establecen que este proceso no podrá exceder de un determinado plazo (tres años, por ejemplo) prorrogable por una sola vez.

Reseña Vargas (2009) que algún autor ha planteado que es posible que la cooperativa en liquidación ceda globalmente su activo y pasivo, lo que es contemplado expresamente en la ley valenciana de cooperativas (2003) entre las modalidades de realizar la liquidación. Pero, atendiendo al régimen de adjudicación del patrimonio sobrante en las cooperativas, en concreto al destino de los fondos irrepartibles, no se puede aceptar una extensión analógica. Lo contrario, admitirlo, supondría abrir una vía incumplimiento del destino previsto en la ley para los fondos irrepartibles.

#### *Orden de prelación de los pagos*

Tiene por objeto establecer en forma ordenada el pago a los acreedores de la empresa en liquidación. El orden de pago puede estar indeterminado, en cuyo caso habrá que aplicar el derecho común o las instrucciones de la autoridad que supervise la liquidación, si fuere el caso; o estar determinado en la ley o en el estatuto, y ser genérico, para todo tipo de empresas, o según el tipo de empresa del que se trate, por ejemplo, en las cooperativas de trabajo asociado.

#### *Orden*

Aunque cada legislación establece el orden de prelación, el más común es el siguiente:

1. Los gastos de la liquidación que comprenden los gastos necesarios para salvaguardar los bienes de la empresa hasta su venta, los gastos conservatorios pertinentes, la remuneración de los liquidadores, etc., a lo que hay que atender con prudencia, para evitar que por esta vía se desnaturalice el proceso liquidatorio.

2. El pago de las deudas laborales (anticipos vencidos y salarios caídos) así como de las indemnizaciones o prestaciones sociales no pagadas de los asalariados de la empresa social o cooperativa.
3. Los recursos de los depositantes, las deudas con terceros y los créditos insolutos.
4. Los préstamos otorgados a la empresa por parte de los miembros. Ahora bien, si en el momento del préstamo la empresa no estaba en condiciones de obtenerlo de terceros en las mismas condiciones que lo hizo el miembro, esos préstamos se consideran como aportaciones por aplicación de la doctrina de la infra capitalización.
5. Los fondos y las reservas irrepartibles.
6. Las obligaciones con el sector cooperativo y social o solidario.
7. Las obligaciones fiscales. Sin embargo, ello dependerá del sistema legal concreto, que muchas veces privilegia las deudas con el fisco.
8. Las aportaciones de los miembros (aportes externos) que ocupan un lugar privilegiado en el orden de prelación, sólo previo pago de la totalidad de las obligaciones. Para Gadea (1999) las reglas de distribución distintas de la legal no podrán basarse en criterios capitalistas, sino que debería realizarse a partes iguales en función de la antigüedad o en función de las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada uno de los socios con la cooperativa
9. Pago de los retornos que correspondan a los miembros, en particular, los anticipos no pagados a los miembros-trabajadores. Este último rubro debería figurar en el segundo lugar, junto a las deudas laborales e indemnizaciones sociales de los asalariados, porque –en definitiva– se trata de remuneraciones debidas al trabajo, aunque prestado por asociados. Sin embargo, hay el criterio contrario de que en situaciones de insolvencia de una cooperativa y en lo que a las retribuciones de los asociados se refiere, no se puede considerar el anticipo laboral como crédito preferencial. No obstante, en algunos casos la equiparación entre estos anticipos y los salarios sí se da. Así, en la Ley de cooperativas de Navarra (1999) se

afirma que tales anticipos gozarán de idénticas garantías de protección que las percepciones salariales (Irakulis, 1999).

### *Forma de reparto*

Generalmente en dinero, aunque podría darse en bienes sociales, debidamente valuados y a satisfacción de los beneficiarios.

Los liquidadores tienen prohibido efectuar un *reparto prematuro de haberes*. Esto se refiere a la distribución de los activos sociales antes de terminarse el proceso de liquidación en detrimento de los derechos de los acreedores. Estos, al ser preteridos en fraude sus acreencias, tienen derecho a ser cancelados y ello es responsabilidad de los liquidadores.

244

## DESTINO DE LOS SOBRANTES

Una vez pagadas todas las deudas y obligaciones de acuerdo con el orden de prelación establecido y según el proyecto respectivo aprobado por la instancia correspondiente, si queda un remanente de la diferencia entre los pasivos y los activos sociales, habrá que darles un destino. Al efecto, hay dos corrientes: una, que son repartibles entre los miembros restantes de la empresa liquidada (más propiamente, los ex-miembros) y otra, que son irrepartibles.

### *Repartibles*

Para algunos, son repartibles entre miembros en proporción a los aportes que tuvieron en la empresa o a su antigüedad en ella. En el caso de las mutuales en España, el patrimonio obtenido puede repartirse entre los mutualistas que la integren en el momento en que se acuerde la disolución y quienes, no perteneciendo a ella en dicho momento, lo hubiesen sido en el período anterior fijado en los estatutos, no menor de los últimos tres años (Maldonado, 2001).

Se trata de la llamada cláusula de acrecimiento tomada del Derecho Mercantil, que puede entenderse de la manera siguiente: si el estatuto lo hubiera previsto, los bienes tendrán el destino dispuesto en él, en tanto que si nada hubiese

previsto, hay que distinguir si la entidad perseguía un fin lucrativo o no, en el primer caso sus bienes deben considerarse vacantes, con lo que pasarían a propiedad del Estado; en el segundo caso, si tuvieran fines de lucro, deben repartirse entre los miembros de acuerdo con sus respectivas participaciones (Borda, en Stordeur, 2002).

Se afirma que se trata de un derecho del miembro que puede ser o no objeto de derogación por vía estatutaria o por renuncia individual de los miembros. Aunque podrían ser imputados al pago del aporte económico necesario para el ingreso del miembros a otra empresa, dentro de un plazo estipulado. En tal caso, lo procedente es que a solicitud del interesado, los liquidadores transfieran esos fondos directamente a la nueva empresa, a nombre de este.

De otra forma, la ley de Extremadura permite que todo el activo sobrante y el remanente del fondo de educación será repartible entre los socios (tanto los activos como los que anteriormente hayan causado baja y sus causahabientes) en proporción a la actividad cooperativa realizada por cada uno de ellos en los últimos cinco ejercicios, o desde la constitución de la sociedad si su duración fuese inferior.

### *Irrepartibles*

Generalmente, los remanentes económicos de la liquidación no son distribuibles entre los miembros de la empresa y sólo pueden ser transmitidos a otra entidad o empresa del sector. La entidad de destino podría ser la que indiquen el estatuto de la empresa liquidada o lo que establezca la ley. Esta, normalmente dispone que se destine al sector para actividades de educación o de promoción. Puede, también, por mandato legal, destinarse a los programas educativos de la autoridad de Aplicación o de Fomento, o a actividades caritativas.

Una alternativa interesante es que el sobrante del haber social asignado a una cooperativa pueda ser imputado a su fondo de reserva y mantenerlo indisponible por cinco años, sin que se puedan imputar pérdidas sobre su importe.

En España, cualquier socio de la cooperativa en liquidación que tenga en proyecto incorporarse a otra cooperativa, podrá exigir que la parte proporcional del haber líquido sobrante de la liquidación, calculada sobre el total de socios, se ingrese en el fondo de reserva obligatorio de la sociedad cooperativa a la que se incorpore, siempre que así lo hubiera solicitado con anterioridad a la fecha de la convocatoria de la asamblea que deba aprobar el balance final de liquidación (Vargas, 2009).

Plantea la *co-operative commission* de Gran Bretaña (2002) que los activos cooperativos han sido construidos después de muchos decenios y representan un legado para las actuales generaciones de cooperativistas, quienes inequívocamente son custodios del activo y, por esto, no deben ser vendidos para el beneficio financiero de las actuales generaciones de asociados.

Para salvaguardar dicho activo la Comisión (ídem) recomienda crear un fondo de tutela del activo. Se trata de un fondo común de inversión u otra forma jurídica alterna, al que se le transferirían en propiedad los activos sobrantes, de manera de continuar a ser utilizados por las cooperativas. Ese fondo estaría a cargo de unos administradores fiduciarios y sería utilizado en casos especiales.

## INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Una vez finalizadas las operaciones materiales de la liquidación, es necesario que los liquidadores otorguen ante el Registro respectivo una escritura pública de extinción de la empresa, con lo cual serán cancelados los asientos registrales de la misma, acompañados del balance final de liquidación, el proyecto de partición aprobado y la comprobación del pago de deudas y de la adjudicación de los sobrantes.

A falta de norma expresa que determine la naturaleza del registro, se discute en doctrina si el mismo tiene efectos meramente declarativos o, al contrario, constitutivos. En el primer caso, la extinción de produciría con la culminación material del proceso, constituyendo el registro la mera constatación de un hecho ya acaecido. En el segundo caso, la inscripción actuaría como un requisito necesario para la extinción legal de la empresa, sin el cual no se extingue a pesar

de haberse culminado materialmente el proceso extintorio. Solución ésta que para Auriolles y García-Sanz (2013) consideran preferible por ofrecer mayor seguridad jurídica.

## OTROS ASUNTOS

### *Ausencia de acreedores*

En las mutuales de Argentina, frente a la situación de la no presentación de los acreedores los recursos sobrantes se transfieren a un fondo para inversión de pago diferido. En tal caso, los importes correspondientes a miembros o a acreedores no reclamados en el momento del balance final, son depositados en un banco a disposición de los titulares, hasta por tres años.

### *Subsistencia de activos*

En caso de que se compruebe la subsistencia de activos después de la liquidación, se acepta que los asociados, previa demostración que la clausura del procedimiento no ha coincidido con una efectiva liquidación del patrimonio por haber quedado en vida una relación insoluta, pueden hacer valer su derecho al reparto de dichos subsistentes, reclamando a los liquidadores o haciendo nombrar a otros (Casación italiana 12/10-1957, en: Paolucci, 1999).

Cuesta (2000) distingue dos situaciones: si se descubren antes de la cancelación del registro, debe reabrirse el proceso y proceder a incluir los bienes en la liquidación definitiva, realizando los ajustes que fueran pertinentes; en el caso que se haya cancelado el registro, es indudable que la personalidad jurídica se ha extinguido y no puede resucitarse. En tal caso, los bienes y acciones que tenía la entidad tienen el destino previsto en el estatuto o en la ley.

### *Deudas post liquidación*

Con relación al activo y pasivo sobrevenidos, para Coronado (2001) hoy toda la doctrina está de acuerdo en que materialmente la liquidación y por tanto la extinción de la cooperativa sólo acaece cuando efectivamente no haya derechos

pendientes de ejercicio de los que aun sea titular. Aun después de la cancelación registral persiste la sociedad como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular. No hay obstáculos a que subsistan los encargos que por acuerdo unánime de la asamblea recibió el liquidador si los mismos tienen como finalidad dar cumplimiento a obligaciones residuales. La clave es que sean operaciones que tengan naturaleza residual. El liquidador debería someter a la asamblea la posibilidad de las operaciones residuales y que se le concedan facultades para formalizarlas.

En caso de la aparición de deudas exigibles después de la liquidación, dice Cuesta (2000) que si no ha finalizado la liquidación, como no se ha extinguido la personería, procederá hacer el ajuste y requerir la devolución de la parte proporcional de los reembolsos en concepto de valor nominal de las cuotas sociales, a los asociados. Pensamos que esto no es factible ya que si ellos recibieron de buena fe sus reembolsos, no pueden ser obligados a repetir a favor de la entidad. Ahora bien, si se terminó el proceso liquidatorio no es posible reabrirlo.

En los supuestos de aparición de activos que no figuraban en el haber social y que, por tanto, no han sido objeto de adjudicación, o de acreedores desconocidos hasta entonces que irrumpen en escena, una vez cancelados los asientos registrales de la entidad extinguida, se reabre el proceso liquidatorio realizado de manera incompleta. Y ello, porque, como señalan Auriolles y García-Sanz (2013) es negar a la cancelación de los asientos registrales de la sociedad cualquier virtualidad sanatoria de los vicios del procedimiento liquidatorio.

Siguiendo a Cuesta (ídem) los acreedores negligentes que no registraron sus créditos no tienen acción para su cobro, ya que el deudor actuó de buena fe y su enriquecimiento se debió a la culpa del deudor y los liquidadores no tienen responsabilidad porque también actuaron de buena fe. Si se debió a culpa o dolo de los liquidadores, son ellos quienes responden personal y solidariamente por la cancelación de la deuda exigible no tenida en cuenta, sin acción de repetición contra los miembros.



## Referencias

- Ardiles, F. (1979). *La Empresa obrera cooperativa*. Valencia. Universidad de Carabobo.
- Aurioles, A. y García-Sanz, A. (2013). Introducción. La extinción como proceso y la personalidad jurídica. *Tratado de Derecho de Cooperativas. Tomo II*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Botana, M. (1999). As modificacións estruturais da sociedade. *Estudio sobre a lei de cooperativas de Galicia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galicia,
- Brenes, J. (2013). La liquidación. *Tratado de Derecho de Cooperativas. Tomo II*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Buonocore, V. (1997). *Diritto de la Cooperazione*. Bologna. Il Mulino
- Coronado, F. (2001-b). Disolución, liquidación y extinción. *La sociedad cooperativa en la ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas*, Granada, Comares
- Correa, A. (2003). A Responsabilidade Civil e Tributaria das Cooperativas ed. *Cooperativismo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte. Mandamentos
- Cuesta, E. (2000). *Manual de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires. Abaco
- Esteban, C. Y Rodríguez-Moldes, L. (2001). Capítulo VIII. De la disolución y liquidación. Cooperativas. *Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 julio*. Madrid. Colegios Notariales de España
- Fernández-Feijoo, B. y Cabaleiro, M. (1999). A Documetación Social e a Contabilidade. *Estudios sobre a lei de cooperativas de Galicia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galicia
- Gamero, E. (1996). *La Intervención de Empresas. Régimen jurídico-administrativo*. Madrid. Marcialpons
- Gran Bretaña, Co-operative comisión (2002). Gran Bretaña: per un “rinascimento” della cooperazione. *Revista della cooperazione 2/2002*. Roma. Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti
- Honduras (2002). *Proyecto de Ley de Cooperativas de Ahorro y Crédito*. Colac
- Inam, (2002). Asociaciones Mutuales. *Resoluciones del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social*. Buenos Aires

- Irákulis, N. (1999). Aproximación al problema teórico de la insolvencia en las sociedades cooperativas. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* 33. Bilbao. Universidad de Deusto
- Maldonado, F. (2001). *Aspectos societarios de las mutuales*. Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas
- Paolucci, L. (1999). *Le societa cooperativa*. Milano. Giuffre
- Stefanes, J. (2002c). Do processo de liquidação e dissolução das cooperativas. *Aspectos jurídicos do cooperativismo*. Porto Alegre. Sagraluzzatto
- Stordeur, E. (2002). *Manual de Derecho Societario*. Buenos Aires. Ad.Hoc
- Vargas, C. (2009). La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 20, Valencia, Ciriéc
- Villalobos, J. (2001). Política del gobierno Vasco en materia cooperativa. *Anuario de Estudios Cooperativos*. Bilbao. Instituto de Estudios Cooperativos. Universidad de Deusto