



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

1

DERECHO COOPERATIVO Y DE LA ECONOMIA SOCIAL Y SOLIDARIA

MODULO 12 CONTROL PÚBLICO

ALBERTO GARCÍA MÜLLER

MÉRIDA, 2.016

UNIDAD XIX. CONTROL PÚBLICO DEL SECTOR SOLIDARIO

- 108. REGISTRO DEL SECTOR
- 109. CONTROL PÚBLICO
- 110. CONTROL DE FINANCIERAS
- 111. AUTORIDAD DE APLICACIÓN
- 112. SANCIONES
- 113. INTERVENCIÓN

UNIDAD XX. ASPECTOS JUDICIALES

- 114. RESOLUCION DE CONFLICTOS
- 115. ASPECTOS PROCESALES
- 116. ACCIONES JUDIALES
- 117. IMPUGNACION DE ACUERDOS
- 118. MEDIDAS CAUTELARES
- 119. REGIMEN PENAL
- 120. DELITOS CONTRA LAS EMPRESAS SOLIDARIAS

UNIDAD XIX. CONTROL PÚBLICO DEL SECTOR SOLIDARIO	7
108. REGISTRO DEL SECTOR	7
ASPECTOS GENERALES	7
SISTEMA REGISTRAL	11
AUTORIDAD REGISTRAL	14
ORGANIZACIÓN INTERNA.....	16
LA ACTIVIDAD REGISTRAL.....	18
FUNCIONES DEL REGISTRO	18
ACTOS REGISTRABLES	21
PROCEDIMIENTO REGISTRAL	23
EFECTOS DEL REGISTRO	25
109. CONTROL PÚBLICO	28
CONTROL PÚBLICO	28
NATURALEZA.....	30
ÁMBITO DEL CONTROL.....	33
SISTEMAS DE CONTROL.....	34
LA SUPERVISIÓN ESTATAL	39
MEDIDAS ALTERNATIVAS.....	45
EL AUTOCONTROL.....	51
110. CONTROL DE ENTES FINANCIEROS SOLIDARIOS	57
FUNDAMENTO DEL CONTROL ESPECIALIZADO	57
ASPECTOS REGULATORIOS ESPECIALES PARA ENTIDADES FINANCIERAS SOLIDARIAS	60
INSTITUCIONES QUE EJERCEN CONTROL ESPECIALIZADO	65
ENTIDADES DE SUPERVISIÓN DE LAS CAC'S EN AMÉRICA LATINA	68
EL CONTROL ÚNICO SOBRE TODAS LAS CAC POR MEDIO DE LA AUTORIDAD BANCARIA O FINANCIERA.....	71
EL CONTROL DIFERENCIAL DE LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SEGÚN DIVERSOS CRITERIOS	74
ALTERNATIVAS.....	75

111. LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN	80
CONCEPTO	80
SISTEMA	81
JERARQUIA ADMINISTRATIVA.....	83
FUENTES	86
ESTRUCTURA ORGANIZATIVA	87
FINANCIAMIENTO	89
COMPETENCIAS DE LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN	91
SOBRE EL CONTROL	96
INSPECCIÓN Y SUPERVISIÓN	98
FACULTADES DIVERSAS.....	100
PROPUESTA.....	105
LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN COOPERATIVA EN AMÉRICA LATINA	106
112. SANCIONES ADMINISTRATIVAS	111
ASPECTOS GENERALES	111
PRINCIPIOS SANCIONATORIOS.....	114
CAUSALES DE IMPOSICION DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS	117
PROCEDIMIENTO.....	119
SANCIONES APLICABLES.....	121
DESCALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA	123
RECURSOS ADMINISTRATIVOS CONTRA LAS SANCIONES.....	127
113. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA	137
ASPECTOS GENERALES	137
TIPOS DE INTERVENCIÓN.....	142
SUPUESTOS O CONDICIONES PARA DICTAR LA INTERVENCIÓN	143
ÓRGANO DE LA INTERVENCIÓN	145
FACULTADES DEL INTERVENTOR.....	148
UNIDAD XX. ASPECTOS JUDICIALES	152
114. RESOLUCION INTERNA DE CONFLICTOS	152
LOS CONFLICTOS EN LAS EMPRESAS SOLIDARIAS	152
LA NEGOCIACIÓN.....	155
MECANISMOS DE NEGOCIACIÓN	159
LA MEDIACIÓN	160

LA MEDIACIÓN EN LAS COOPERATIVAS	161
PROCESO DE MEDIACIÓN	163
CONCILIACIÓN	165
ARBITRAJE	166
PROCEDIMIENTO ARBITRAL	171
LAUDO	172
115. ASPECTOS PROCESALES.....	177
EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	177
JURISDICCIÓN ORDINARIA	180
LEGITIMACIÓN	185
PROCEDIMIENTO	189
PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES	190
CERTIFICACIONES.....	192
116. ACCIONES JUDICIALES	196
ACCESO A LA JURISDICCIÓN	196
NULIDAD DE LA CONSTITUCIÓN	198
ALLANAMIENTO DE LA PERSONERÍA	204
RECURSOS DE LA EMPRESA CONTRA LOS MIEMBROS	207
RECURSOS DE LOS MIEMBROS CONTRA LA EMPRESA SOLIDARIA	209
REMOCIÓN DE LOS DIRECTIVOS.....	217
ESTABLECIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTIVOS	219
117. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS	227
INTRODUCCIÓN.....	227
EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA ASAMBLEA.....	228
ACUERDOS IMPUGNABLES.....	230
ACUERDOS NO IMPUGNABLES	236
PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACION	237
EFFECTOS DE LA DECISIÓN.....	239
IMPUGNACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS	242
IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DEL ÓRGANO DIRECTIVO.....	245
IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE	249

118. MEDIDAS CAUTELARES	253
EL INSTITUTO DE MEDIDAS CAUTELARES	253
RECAUDOS	256
SUSPENSIÓN DE ACUERDOS DE LA ASAMBLEA.....	259
LA INTERVENCIÓN JUDICIAL.....	262
119. RÉGIMEN PENAL	271
LOS DELITOS CONTRA LAS EMPRESAS ASOCIATIVAS.....	271
INDICIOS DE LA COMISIÓN DE DELITOS EN LAS EMPRESAS SOLIDARIAS	274
PROCEDIMIENTO.....	279
¿QUIÉN ES RESPONSABLE DE LOS DELITOS ECONÓMICOS EN LAS EMPRESAS SOLIDARIAS?.....	283
PENAS.....	290
120. DELITOS CONTRA LAS EMPRESAS SOLIDARIAS	293
DELITOS DURANTE LA FORMACIÓN Y LA LIQUIDACIÓN	293
ADMINISTRACIÓN DESLEAL O FRADULENTA	294
PREVALECIMIENTO DE CONDICIÓN DE DIRECTIVO.....	297
DELITOS CONTRA LAS EMPRESAS DE AHORRO Y CRÉDITO.....	299
DELITOS CONTABLES	300
EL BALANCE FALSO	302
SIMULACIÓN DE EMPRESA SOLIDARIA	308
DELITOS COMPLEMENTARIOS.....	309

UNIDAD XIX. CONTROL PÚBLICO DEL SECTOR SOLIDARIO

- 108. REGISTRO DEL SECTOR
- 109. CONTROL PÚBLICO
- 110. CONTROL DE FINANCIERAS
- 111. AUTORIDAD DE APLICACIÓN
- 112. SANCIONES
- 113. INTERVENCIÓN

108. REGISTRO DEL SECTOR

Aspectos generales. Sistema registral. Autoridad registral. Organización interna. Funciones del Registro. Actos registrables. Procedimiento registral. Efectos del registro

ASPECTOS GENERALES

Concepto

El registro de cooperativas es el conjunto orgánico y material donde se inscriben y producen sus efectos determinados actos relativos al desenvolvimiento ordinario de la cooperativa (Gallego, 2006). Es un sistema de publicidad legal o jurídico-privada que tiene por objeto crear seguridad jurídica mediante la inscripción de las entidades cooperativas y de los negocios, actos y hechos jurídicos que afectan su existencia, modificaciones y actividad en los supuestos exigidos por la ley (Vicent, en Fajardo, 2011)

El registro es de naturaleza pública, y tiene por objeto esencial garantizar la seguridad jurídica de las operaciones del sector solidario, así como la protección de los intereses de los terceros. El registro es un servicio público cuya “*ratio*” consiste en servir de medio de publicidad así como proporcionar y reforzar la seguridad jurídica de las entidades en el tráfico económico, mediante, por un lado,

la presunción de que el contenido del registro es conocido por todos (oponibilidad frente a terceros) y, por otro lado, por la presunción de que ese contenido registral es exacto y válido (Costas, 1999).

Fuente

Lo ordinario es que la regulación del Registro de cooperativas o de empresas solidarias implica la trasposición de los principios y caracteres de funcionamiento propios del Registro Mercantil, incluso, es considerado el reglamento del mismo como norma de aplicación supletoria.

Principios registrales

El Registro se basa en los siguientes principios:

1. Publicidad material y formal

En el sentido que se trata de una oficina pública dependiente del poder judicial o simplemente administrativa, así como que es un archivo o un conjunto de libros abierto a toda persona que tenga interés en él (que acredite un interés legítimo) lo cual no quiere decir, necesariamente, que el acceso sea libre o gratuito.

2. Titulación pública

Sólo podrán registrarse documentos que consten en instrumento público, resolución judicial o resolución administrativa (constitución, reforma de estatuto, conversión, fusión, escisión, cesión global del activo, prorroga, disolución, reactivación) aunque basta la certificación del acuerdo adoptado por el órgano social competente elevado a público o con las firmas del presidente y secretario de la empresa para la inscripción de las variaciones en los cargos directivos y depósito de cuantas anuales (Peinado, 2103).

3. Legalidad y legitimación

El registro debe examinar y valorar la legalidad de los documentos que se pretende accedan a los libros de registro, los que se presumen válidos y exactos y conocidos de todos, no pudiéndose alegar su ignorancia. Por

tanto, surten todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud o nulidad por el juez (lo que es lo más conveniente) o, en su caso, por la autoridad administrativa.

Se presume que los libros de registro son conocidos de todos, presunción *juris et de jure*, inderogable, en aras de la seguridad jurídica, que se hace efectiva cuando existe discordancia entre el contenido del registro y la real situación jurídica y el legislador decide sustituir esta por la apariencia creada por el registro, en protección del tráfico (Vicent, en Costas, 1999).

4. Fehaciencia y garantía formal de los protocolos

Se refiere a la veracidad, autenticidad y merecimiento que deben tener los registros; el valor jurídico que otorga el registro a los títulos que certifica, que los hace válidos y ejecutables sin tener que ser homologados.

5. Tracto sucesivo

Habiendo sido inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título, no podrá ser inscrito o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él, resultando preferente el documento que acceda primeramente al Registro con respecto a los que accedan a él con posterioridad.

Al mismo tiempo, para la inscripción de actos o contratos relativos a un sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto; para la inscripción de actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad será precisa la previa inscripción de estos; y para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de estos (Peinado, ídem).

6. Independencia

Lo esencial es que el registro goce de la necesaria independencia para el desenvolvimiento de su función y, en especial, de la función de cualificación de los documentos que pretenden acceder al registro. Por ello, se afirma que es fundamental garantizar un mínimo de independencia funcional del encargado del registro, pero también garantizar su capacidad técnica (Costas, 1999).

7. Además de estos, es evidente que se dan otros principios generales que pueden no estar explícitamente recogidos en la ley:
El de rogación o actuación registral a petición de parte interesada y no de oficio; y el principio de buena fe, referido al conocimiento antes que a la intencionalidad del contenido de los documentos, actos y asientos registrales, que establece que los títulos y documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efectos frente a terceros de buena fe (Sanz Jarque, 1994).
En todo caso, no podrá invocarse la falta de inscripción por quien incurrió en tal omisión

Naturaleza

Ahora bien, no todas las inscripciones en el registro tienen la misma naturaleza, pudiendo ser constitutivas o declarativas.

1. En ocasiones pueden tener carácter constitutivo que determinan la propia existencia del sujeto o del derecho inscrito; en otras, se trata de inscripciones declarativas que otorgan derechos ya existentes con anterioridad al registro (Fernández, 1998).
Así, normalmente el registro del acto constitutivo es obligatorio y determina la adquisición de la personalidad jurídica de la entidad.
8. En cuanto al carácter constitutivo de la inscripción, el mismo ha sido interpretado de diferentes maneras. Para algunos, la inscripción será necesaria para que el acto –aunque siendo válido y obligatorio- produzca efectos jurídicos (el registro es un requisito legal de eficacia jurídica –no así de validez- del acto).
Para otros, en cambio, el acto producirá efectos en todo caso –aunque no se inscriba- entre las partes, si bien no podrán perjudicar a terceros (Tobío, 1999).

Alternativas

1. Puede ser un registro jurídico cuando los actos en él inscritos producen sus efectos frente a terceros desde el momento de su inscripción y se presumen conocidos por todos, y están a cargo de funcionarios profesionales; o un registro administrativo que desarrolla una función meramente censal o de control y para que sus inscripciones tengan alguna eficacia es preciso que se demuestre la realidad que en él consta. Se integra en la Administración pública y sus funciones se realiza por funcionarios públicos (Gallego, 2006).
2. El registro puede estar organizado en forma unitaria o centralizada: un único sistema de registro a escala nacional y para todas las empresas, independientemente de la forma o tipo jurídico de que se trate. Ahora bien, la regulación por parte del Estado de las empresas cooperativas debe ser tan restringida como la del sector privado en general. Por consiguiente, solo residirá en el ejercicio de las funciones estrictamente estatales, evitando marginalizar a las cooperativas.
A ese respecto, podría preverse el mantenimiento de un registro único donde figurarían todas las organizaciones, cooperativas o de otra naturaleza (Henry, 2000).
3. O puede tratarse de un registro exclusivo para las empresas del sector solidario, o de un registro para cada subsector del mismo; inclusive, puede ser un registro separado para cada uno de los subsectores (cooperativas, mutuales, etc.).

En Uruguay, por ley de Vivienda de 1998, las de este tipo debían inscribirse en el Registro de Cooperativas de Vivienda. En Cataluña, en 2003 se separó del Registro General de Cooperativas a cargo de la Autoridad de Aplicación en materia cooperativa, un registro especial de las cooperativas de crédito, a cargo de la Autoridad pública encargada de la tutela de las entidades financieras y de crédito.

En Costa Rica (2008) ha tomado recientemente gran importancia la necesidad de instituir un Registro de Cooperativas, organizado bajo los principios registrales y la técnica jurídica registral.

4. Otra forma sería la existencia de un sistema de doble registro: Registro mercantil y, a la vez, un Registro del Sector cooperativo, mutual y solidario, lo que incrementaría injustificadamente los costes de transacción para ellas.
5. Puede, también, estar desconcentrado o descentralizado mediante la existencia de un único registro nacional desconcentrado regionalmente y gestionado por las regiones. El registro nacional reproduciría los contenidos de los regionales, como es en Francia. También, cabría la posibilidad de la existencia separada de registros regionales, federales o autonómicos, sin la existencia de un registro nacional.

Experiencia de México¹

En México se estudiaron diversas alternativas del registro de cooperativas:

1. Desconcentración
Delegación de funciones pero sin transferencia de competencias. Se designan funcionarios con facultades suficientes en cada uno de los Estados de instruir y calificar los expedientes (no vinculantes) y remisión al Registro Federal para su autorización e inscripción.
2. Descentralización
Del registro mediante delegación de competencias y de funciones, creando un registro en cada Estado; ámbito territorial con iguales competencias que el nacional; subordinación jerárquica al registro nacional. Autoriza e inscribe por el domicilio y remite copia al registro nacional para constancia, seguimiento, estadística y archivo general.
3. Auténtica descentralización de registro de carácter público con transferencia de competencia a los registros estatales y municipales (si lo amerita).

¹ Macia, 1991

Los registros periféricos tendrían las mismas funciones del registro nacional sobre cooperativas de ámbito territorial de la cooperativa; el registro nacional tendría competencia sobre cooperativas y organizaciones de integración de ámbito nacional

Registro Mercantil²

Cabría, a los efectos de obtener la unidad publicitaria mercantilista de seguridad jurídico-económica, sin entrar en declaraciones legales afectantes a la naturaleza jurídica de las cooperativas, la promulgación de una modificación de la normativa del registro mercantil que declarara el registro mercantil obligatorio de las cooperativas

El autor recalca su concepto de que es necesaria una innovación jurídica que imponga la inscripción de todas las cooperativas en el Registro Mercantil y su consecuente publicidad, por las siguientes razones:

1. En un mercado abierto como el de la Unión Europea en que rige el principio de libre circulación se requiere una información igualitaria entre los sujetos económicos para garantizar la seguridad jurídica mercantilista.
2. La falta de inscripción en el registro mercantil de las cooperativas es una anomalía que limita la seguridad jurídica de las mismas y que les excluye de la publicidad mercantilista que el registro mercantil otorga.
3. Con la inscripción en el registro mercantil las cooperativas realmente se harán jurídicamente comunes, ganarán en principio de legalidad y estarán beneficiadas por la publicidad mercantilista general.
4. Por el principio de inscripción de todos los que realicen operaciones comerciales, sean o no comerciantes, tengan o no fines de lucro.
5. Las cooperativas deben cumplir la esencia de las formalidades societarias mercantiles, pues tienen "*intentio mercatorum*" y realizan (o pueden realizar) actos jurídicos con terceros.

² Divar, 2000

Experiencia en América Latina

En el caso del Uruguay, la utilización del Registro Público y General de Comercio como lugar de inscripción de las cooperativas en su proceso constitutivo, para nada implica haber querido adjudicarles a estas un carácter comercial, pese a que la ley denomina a las cooperativas como sociedades.

Fue simplemente la utilización de un registro ya organizado, a efecto de mejorar el mecanismo de obtención de la personería jurídica de las cooperativas, que era sumamente lento y complicado, sin que por ello adquieran carácter comercial.

Rippe (2009) afirma que la remisión a normas procedimentales de la legislación comercial (en este caso la inscripción en el Registro de Comercio) se hace por razones de economía legislativa (en este caso de economía registral); sólo es formal y no altera la naturaleza esencial del cooperativismo.

En Colombia, son las cámaras de comercio quienes tienen a su cargo todo lo relacionado con el registro de las cooperativas, mutuales, fondos de empleados, empresas comunitarias y demás expresiones de la economía solidaria. Aunque ello se hizo con carácter temporal por incapacidad del registro especializado, se continúa con tal práctica. En el Perú, es el Registro de sociedades el encargado de las cooperativas.

AUTORIDAD REGISTRAL

Tipo³

Se trata de establecer el tipo de autoridad a cargo de quien se encuentre el Registro. Puede tratarse de un Registro jurídico público o de un Registro meramente administrativo: siendo los primeros los que adoptan normas de funcionamiento análogas a las del registro mercantil, y tienen por principio básico la protección de quienes se amparan en los datos registrales; y los segundos, los

³ Costas, 1999

que crea la Administración Pública con el fin de controlar la constitución y actividades de ciertos operadores económicos, proporcionando únicamente una publicidad formal limitada al conocimiento de determinados hechos, actos o negocios

Naturaleza

La autoridad pública a cargo del Registro, puede ser:

1. Judicial:

Para muchos, lo más aconsejable es que el registro esté bajo la autoridad Judicial, esto es, bajo la responsabilidad del Juez. Sin embargo, caben diversas posibilidades: que se trate del Juez local o inmediato, o a cargo de un Juez de mayor nivel o jerarquía.

Lo procedente sería que estuviese a cargo del Juez local o de los llamados juzgados de Paz. Pero, además, que institucionalmente cuente con la colaboración activa de los organismos superiores del Sector.

2. Administrativa:

Puede estar, también, bajo el control de la Autoridad Administrativa genérica o de la Autoridad específica de Aplicación que asume la gestión directa del servicio por medio de una oficina específica.

3. Sectorial:

Puede tratarse de un sistema registral genérico o de un sistema de registro propio: para todo el sector o registros específicos para cada uno de los diferentes subsectores.

En Brasil, el registro de las cooperativas es llevado por el propio sector cooperativo: por la Organización de las Cooperativas Brasileiras (OCB).

El funcionario

El funcionario (Registrador) a cargo del registro debería ser designado en base a los principios de mérito y capacidad, de ser posible mediante el sistema de

oposición o concurso, que garantice que obtenga los conocimientos especializados relacionados con el funcionamiento del servicio público de registro.

El Registrador actúa bajo su propia responsabilidad por lo que debería prestar una garantía para asegurar los resultados de su actividad.

Debería ser un profesional del área, ser remunerado mediante arancel y contar con el personal auxiliar necesario contratado por el propio registro, aunque su relación jurídica sea de carácter laboral. Caso contrario, puede tratarse de funcionarios ordinarios a cargo del presupuesto de la Autoridad de quien dependa.

ORGANIZACIÓN INTERNA

Fuente

Lo más conveniente es que la forma de organización interna del registro esté dispuesta por el Reglamento específico del registro, siguiendo las pautas que marquen la legislación del sector o la ordinaria registral.

Ubicación legal

Pareciera lo más correcto desde la perspectiva sistemática, regular el registro inmediatamente después de los requisitos de constitución de la sociedad cooperativa. Además, la reserva de un título podría estar justificada si el legislador reuniese o integrase íntegra y sistemáticamente todos los aspectos de regulación registral de las cooperativas (Costas, 1999).

Libros

El registro debería llevar:

1. El libro diario, en los que se asienta un resumen de todas y cada una de las operaciones registrales diarias.
2. De inscripción de los diversos tipos de empresas: de cooperativas, de cajas y fondos de crédito o de ahorro, de mutuales, asociaciones, etc.

3. De inscripción de los organismos de integración, y
4. Los libros auxiliares que se consideren convenientes para la ordenada gestión del registro.

Asientos registrales

1. Deben registrarse los siguientes actos u operaciones: inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas y notas marginales. Se considera conveniente que los asientos se registren en forma concisa, remitiéndose al expediente correspondiente, donde conste el documento objeto de inscripción técnica (Costas, 1999).
2. Lo procedente es que se registre un extracto del documento, y el texto completo del mismo se incorpore por medios informáticos, con remisión al archivo donde consta el documento (Registro de Sociedades Cooperativas de España, 2002). Además, se hace necesaria la presentación fáctica de los pertinentes instrumentos respecto de los cuales, previo control de legalidad, se practica la toma de razón.

Legitimados

Están legitimados para solicitar las inscripciones quienes hayan sido designados para ello en el acto constitutivo; los directivos ordinarios de la empresa solidaria (presidente y secretario) y quienes ostenten un poder suficiente.

Financiamiento

La tendencia más clara es a la cobertura de los costos del registro mediante el cobro del servicio por arancel que fije la autoridad u organismo del que dependa el mismo. El arancel, en definitiva, es un precio público que integra los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas en que se realicen las actividades o servicios de los funcionarios, así como su retribución (Fernández, 1998).

La tasa del arancel debe cubrir los costes del servicio y no tratarse de una exacción; ser un arancel de carácter proporcional al capital o al monto de la operación, tal y como lo establece el derecho comunitario europeo desde 1969.

LA ACTIVIDAD REGISTRAL

FUNCIONES DEL REGISTRO

18

El Registro del Sector Solidario podría tener las siguientes funciones:

Función de calificación

1. Concepto de calificación

Por calificación (o cualificación) se entiende la apreciación, examen, comprobación de la legalidad de los títulos y documentos que se presentan en el registro, y que hace el Registrador antes de proceder al asiento o la inscripción de aquéllos (Cabanellas). Consiste en la aplicación del principio de legalidad con la comprobación de que los documentos que se pretenden inscribir reúnen todos los requisitos, formalidades y garantías previstos en la legislación.

La doctrina sostiene que el acto de cualificación registral consiste en la proclamación jurídica de través de un acto imparcial, independiente y responsable, de que un determinado acto o situación es conforme con el ordenamiento jurídico, examinando si se cumplieron los preceptos legales y estatutarios de carácter imperativo que son: competencia del emitente del acto; cumplimiento de las formas externas; capacidad y legitimación de los otorgantes y validez del contenido.

El registrador se limita a examinar los documentos presentados y los libros del registro, sin ejercer actividad inquisitoria, pero los derechos que se crean como consecuencia de la codificación registral y de la práctica del asiento solicitado sólo pueden ser anulados mediante proceso judicial, de carácter contencioso, entre las partes afectadas. La calificación se basa

necesariamente en documento y, además, en general, documentos dotados de fe pública (Vicent, 1989).

Sin embargo, pese a que el Registro se presume exacto y válido, tal presunción no alcanza ni a las cuentas anuales ni al informe de auditoría, ni implica la convalidación de los actos y contratos que sean nulos de acuerdo con las leyes. En tal caso, la declaratoria de nulidad o de inexactitud de los asientos del Registro no perjudica a los terceros de buena fe que hayan confiado en la exactitud del mismo (Peinado, 2013).

2. Alcance de la calificación registral

La calificación debe investigar la validez del contenido del estatuto a la luz de todo el ordenamiento jurídico; no alcanza la valoración de la oportunidad o consecuencia del acto (Vicent, 1989).

Se analizan las faltas de legalidad siguientes:

- En las formas extrínsecas de los títulos inscribibles, las faltas o defectos que afectan a su validez, según las leyes que determinan su forma, siempre que resulten de los documentos presentados.
- La no expresión o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que necesariamente deba contener la inscripción, la competencia y facultades de quienes los autoricen o firman, omisión de las menciones exigidas en la ley sobre el contenido del acta y estatuto; la expresión de cualquiera de las expresiones exigidas sin claridad suficiente.
- También, la capacidad y legitimación de los otorgantes.

Función de habilitación

De habilitar o legalizar los libros sociales obligatorios: consiste en poner una diligencia en la que conste la denominación de la sociedad, clase de libro, número que le corresponda de los de su clase, número de folios de que se compone, y fecha de la diligencia. De calificar los proyectos de estatutos; de absolver consultas que sean de su competencia; emitir certificación negativa de denominación, etc.

Función de publicidad financiera

La que se concreta en ser depositario de las cuentas anuales, las que pueden ser calificadas sólo en cuanto a si los documentos presentados son los exigidos, y fueron aprobados y suscritos por quien corresponda, de acuerdo a la ley. Calificados los documentos aportados quedarán depositados a efectos de su publicidad.

Con las inscripciones a realizar en el registro citado, no sólo nace o en su caso muere, a la vida jurídica la cooperativa, sino que además se facilita su correcta operatividad, dada la obligación de practicar inscripciones que, al tener que guardar el necesario tracto sucesivo, reflejo registral de la vida societaria real, colabora indirectamente al normal desarrollo de aquélla (Arrieta, 1987).

Función de inscripción y de certificación⁴

1. De inscripción: consiste en practicar las inscripciones en los correspondientes libros en el orden y forma establecido en la legislación.
2. Función de certificación: consiste en hacer efectivo el principio de publicidad formal a través de la emisión de certificaciones que es el único medio que acredita de modo fehaciente el contenido de los actos registrables.

La certificación puede referirse a un solo asiento, a varios o a la totalidad de la información inscrita a nombre de la empresa, o a los documentos que se conserven en el archivo (Sennent, 2011).

Función de Archivo y estadística

Comprende:

1. La legalización de los libros sociales y de contabilidad, así como el depósito y publicidad de las cuentas anuales y de los informes de gestión.

⁴ Gallego, 2006

Calificados los documentos aportados quedarán depositados a efectos de su publicidad (Gallego, 2006).

2. El llevar una base de datos que suministre información completa y confiable referida a la realidad administrativa, legal y sustantiva de mutuales y cooperativas.
3. La inscripción de una eventual resolución administrativa de trascendencia, de las sentencias judiciales firmes, de mandamientos judiciales, o las anotaciones preventivas derivadas de un procedimiento de impugnación de acuerdos (ídem).

Función de publicidad

Publicación en Diario Oficial de la constitución, transformaciones y extinción de empresas durante determinado período (mensual, por ejemplo).

ACTOS REGISTRABLES

Indeterminación

Puede ser que la ley no establezca expresamente qué tipo de documentos o actos deben ser incorporados al Registro, razón por la cual se hace remisión a las disposiciones del derecho común, o a las regulaciones específicas que pueda dictar la Autoridad de aplicación o la Autoridad registral.

Sin embargo, dado que el registro tiene por objeto la garantía de la seguridad de las actuaciones empresariales, es necesario que la actividad registral se produzca no solo en la constitución de las empresas, sino a lo largo de su vida ordinaria o extraordinaria empresarial con trascendencia para esa seguridad, en la medida en que de ellas pueda derivarse algún efecto directo o indirecto para los terceros que con la sociedad contratan (Fernández, 1998).

Determinado

La ley fija con precisión qué actos societarios o documentos deben ser registrados. Lo normal es que lo sean:

1. Los documentos de constitución de la entidad y la legalización de los libros (previa a su utilización).

Puede incluirse la calificación previa por el registro. La calificación previa puede tener 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).

2. En cuanto a los directivos se podrían registrar los actos de designación, caución, renuncia, remoción.

Ello, porque es necesario que existan constancias fehacientes, en registros públicos, sobre la vinculación y desvinculación de los directivos, a los efectos de que los terceros tomen conocimiento de las personas que han tenido a su cargo la gestión de los negocios sociales (Nissen, 2000).

En tal sentido, el anteproyecto de ley de cooperativas del Perú (2005) estableció que la elección de los dirigentes, la designación de gerentes y demás mandatarios, así como la modificación o revocación de sus mandatos, surte efectos sólo después de que las actas en que tales hechos consten sean inscritas en el Libro de Cooperativas de Registro de Personas Jurídicas; para el efecto de la inscripción sería suficiente la presentación de copias certificadas notarialmente, o en su defecto por Juez de Paz.

3. Gerencia: designación, poderes concedidos y su modificación, revocación.
4. Lo relativo a la representación legal; designación, revocación.
5. Las actas de los órganos internos: fundamentalmente del órgano deliberante.
6. Los estados financieros: inventario, balance, ganancias y pérdidas.

7. Los Informes de gestión. Su depósito registral podría reemplazar la obligación de publicarlos textualmente en diarios, con la publicación de un resumen.
8. Transformaciones: reforma de los estatutos, conversión, fusión y escisión.
9. La extinción de la entidad: disolución, liquidación, reactivación.

Certificaciones

Son el medio de acreditar el contenido de los actos inscritos en el registro, expedido a instancia de quien demuestre tener interés en el acto registrado.

23

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

La inscripción registral debe seguir un proceso determinado. El Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas de España (2002) contempla las siguientes etapas:

Iniciativa

El principio que regula materia es el de rogación, según el cual el procedimiento registral se abre con una petición del interesado, y que el registro no puede realizarse de oficio, salvo cuando se trate de sentencias judiciales o de actos administrativos, en los cuales la Autoridad emitente debe remitirlos al registro para su inscripción.

Se presenta junto al instrumento cuya inscripción se solicita, por quien ostente su representación legal, junto con las autorizaciones administrativas necesarias en los casos especiales, dentro de un plazo fijo desde el momento de producirse el hecho o acto a registrarse.

Admisión y calificación

Se procede a continuación con una comprobación inicial para ver si el documento reúne los requisitos formales o básicos para registrarlo, dándose un plazo para la

subsanción de errores, vencido el cual se declara la inadmisión del registro o se abre un lapso a partir del cual la autoridad registral debe proceder al registro.

La calificación registral propiamente dicha que examina y valora la legalidad de las formalidades extrínsecas de los documentos, así como la capacidad y legitimidad de quienes los otorgan, y la validez de su contenido: adecuación jurídica.

Resolución e inscripción

Decisión registral que disponga la inscripción por estar ajustada a derecho, o, caso contrario su denegatoria, y la inscripción registral, con la que se producen los efectos requeridos según la clase de asiento de que se trate. Se puede producir el registro parcial de actos que puedan serlo, aunque hubiese otros que no, siempre que aquellos no queden afectados o condicionados por éstos.

Plazos

La calificación, y la inscripción, en su caso, deberían efectuarse en el plazo determinado que nunca debería ser superior a un mes, a contar desde la fecha en que la solicitud de inscripción haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

El vencimiento de dicho plazo, sin que se haya notificado resolución expresa, legitima al interesado que hubiera deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo en todos los casos, a excepción de la relativa al depósito de cuentas.

Transcurrido un plazo que no debiera exceder de un año desde el cierre del ejercicio social sin que se haya cumplido el deber de depositar las cuentas en el Registro, no se debería practicar la inscripción de ningún documento presentado con posterioridad a aquella fecha, con las excepciones que reglamentariamente se determinen.

Errores

En caso de constatarse posteriormente errores materiales, de hecho o aritméticos, de oficio o a instancia de parte se procede la rectificación registral procedente y se comunica a los interesados.

EFFECTOS DEL REGISTRO

La decisión del registro

Si el título presentado no contiene ningún defecto, una vez efectuada la calificación, el Registrador procede a la inscripción o asiento registral solicitado en un plazo estipulado, preferentemente breve, dando lugar en ocasiones al nacimiento de un derecho; en otras modificando su estructura interna o generando su extinción. Con el acto administrativo de inscripción se opera una ampliación o modificación de la esfera jurídica del interesado solicitante y la protección subsiguiente de la misma (Fernández, 1998).

El registro otorga eficacia al acto registrado.

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 (Paniagua, 2005).

Si bien se presume válido el acto inscrito en el Registro, su posible nulidad no queda convalidada por la inscripción, y por ello puede impugnarse, siempre que no haya caducado la acción.

Defectos

Los documentos de constitución pueden estar afectados de defectos de fondo y de forma. Los primeros, deben ser corregidos por los interesados; los segundos,

podrían ser subsanados de oficio por el Registrador mismo. Si el título presenta defectos que pueden ser enmendables o subsanables, se concede un plazo determinado para hacerlo, o se produce la denegación definitiva por defectos no enmendables o insubsanables.

Naturaleza de la decisión

La decisión registral es reglada y no discrecional. Salvo que la Ley otorgue facultades para apreciar el mérito la inscripción no puede ser denegada por el Registrador sino por los defectos previstos en la norma, sean estos subsanables o insubsanables, pero en ningún caso distintos de los previstos en ella, como podrían ser juicios de oportunidad, e interés público, u otros que catalogarían a esas autorizaciones como de naturaleza discrecional (Fernández, 1998).

Recursos

En caso de denegatoria injustificada de Registro, procederían los recursos administrativos o judiciales correspondientes.

Referencias

- Arrieta, J. (1987). Política del gobierno Vasco en materia cooperativa. *Anuario de Estudios Cooperativos*. Bilbao. Instituto de Estudios Cooperativos. Universidad de Deusto
- Arriola, N., Díez, B. y Gutiérrez, A. (2005). La Resolución de conflictos en las cooperativas: análisis del caso Vasco. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 39. Bilbao, Universidad de Deusto
- Costas, J. (1999). O registro de cooperativas de Galicia. *Estudios sobre a lei de cooperativas de Galicia*. Xunta de Galicia. Santiago de Compostela
- Divar, J. (2000). Constitución de la sociedad cooperativa en la nueva Ley General española 27/1999, del 16 de julio. *Boletín de la asociación internacional de Derecho Cooperativo*, 34. Bilbao, Universidad de Deusto

- Divar, J. (2009). Crisis económica, Cooperativismo e innovación, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* 43. Bilbao. Universidad de Deusto
- Fajardo, G. (2011). La Ley Española de Economía Social. *Reformas legales en materia de economía social y solidaria*. Valencia, Fundibes
- Gallego, M. (2006). El Registro de cooperativas. Especial referencia al Registro de Castilla y León. *Economía social y cooperativismo*. Valladolid, Lex Nova, S.A.
- Henry, H. (2000). *Cuadernos de legislación cooperativa*. Ginebra. OIT
- Nissen, R. (2000). *Panorama actual del Derecho Societario*. Buenos Aires. Ad-hoc
- 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
- 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
- Sanz Jarque, J. (1994). *Cooperación. Teoría general y régimen de las sociedades cooperativas. El nuevo Derecho Cooperativo*. Granada. Comara
- Sennent, M. (2011). Constitución de la cooperativa. Registro de Cooperativas. *Cooperativas. Régimen jurídico y Fiscal*. Tirant. Monografías 738. Valencia. Universidad de Valencia
- Tobío, (1999). A modificación dos estatutos sociais. Estudios sobre a lei de cooperativas de Galicia. Xunta de Galicia. Santiago de Compostela
- Vicent-Chuliá, (1989). *Ley General de Cooperativas. Tomo XX. Vol. I. Art. 1 al 28* Madrid. Revista de Derecho Privado

109. CONTROL PÚBLICO

Control público. Naturaleza. Ámbito de control. Sistemas. El control estatal. Medidas alternativas. El autocontrol

CONTROL PÚBLICO

Concepto

El control público (o supervisión pública) consiste en la actividad de examen o de revisión que la Autoridad pública realiza sobre una empresa para verificar la conformidad de su actuación con el cuadro normativo dentro de la cual opera.

Para Cracogna (2002) es la acción que realiza el Estado a través de diferentes oficinas u organismos para vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias por parte de las cooperativas, desde su constitución y hasta que finalice su liquidación, es decir, a lo largo de toda su existencia.

Justificación⁵

De acuerdo al autor, "las cooperativas constituyen el único tipo de organización empresarial que se encuentra sujeto a una forma de control externo dirigido a verificar el cumplimiento de las normas que definen y regulan su objetivo y estructura y, por lo tanto, el fin mutualista, la democracia interna, la participación de los socios, etc.

Se analiza el tema de la vigilancia cooperativa en sentido estricto, es decir, la actividad con la que se vigila el cumplimiento por parte de las cooperativas de las disposiciones legales y reglamentarias que definen y regulan su objetivo y estructura, es decir, su identidad de cooperativas, desde su constitución hasta su liquidación, o lo que es lo mismo, a lo largo de toda su existencia.

⁵ Fici (2015a y b)

La supervisión es la natural consecuencia de la identidad peculiar de las cooperativas. A través de la supervisión se preserva la naturaleza jurídica de la cooperativa, o dicho de otro modo, se protege la denominación de cooperativa, como si fuera una marca colectiva de calidad.

Y, de este modo, se protegen varios intereses: el interés de los socios de la cooperativa en participar en entidades realmente cooperativas; el interés del Estado en fomentar la verdadera cooperación; el interés de terceros en relacionarse con verdaderas cooperativas; y por último, si bien no menos importante, se tutela el interés de todas las cooperativas y del movimiento cooperativo en general por beneficiarse y seguir beneficiándose de esta marca.

En conclusión, dada su función, la supervisión cooperativa es un instituto irrenunciable para la defensa y el desarrollo de las cooperativas, así como de todas las entidades de la economía solidaria a las que se presentan problemas del mismo tipo... Por lo tanto, la cuestión real en el tema de la supervisión no es el «si» de la supervisión, sino el «cómo», es decir, qué formas de supervisión son más eficaces, eficientes y, sobre todo, respetuosas con la identidad cooperativa”.

Ahora bien, para Burzaco (2015) es frecuente que el régimen de intervención (distinto y más gravoso) de las cooperativas trate de justificarse en una suerte de equilibrio compensatorio con la idea de que el fomento conlleva vigilancia y control. Esta Administración de doble cara proclama el principio de fomento al cooperativismo y dispensa ayudas y beneficios de diversa índole; por otro, la que vigila y encauza preservando el auténtico cooperativismo del falso o simulado.

Sin embargo –continúa el autor- este argumento carece de solidez: indudablemente el fomento exige fiscalización de la actividad fomentada, pero es cada medida concreta la que puede someterse a dicho control, sin que un principio general de fomento al cooperativismo habilite al establecimiento de un régimen de intervención singularizado.

La intervención administrativa en las cooperativas no puede verse sino como una manifestación de la más amplia intervención pública en la economía. Si la

intervención pública económica emplea las diversas modalidades de actividad administrativa para incidir en objetivos de interés general, la consecuencia evidente es que las actuaciones de fomento son una expresión más de aquella participando de su sentido en dos direcciones: 1) como medio para impulsar actividades productivas, propiciando su regulación, encauzamiento y control; 2) como instrumento de redistribución dirigido a corregir desigualdades de origen.

Objeto

El control público sobre el sector social y solidario tiene por objeto:

1. Lograr la exacta observancia de las normas legislativas, reglamentarias, estatutarias; la subsistencia de los requisitos exigidos para la concesión de los beneficios fiscales o de otra naturaleza; garantizar el regular funcionamiento contable y administrativo; el exacto cumplimiento técnico y el regular desarrollo de la actividad que el ente se propone cumplir; la consistencia patrimonial y el estado de los activos y pasivos; dar sugerencias y consejos a los administradores y a los empleados sobre el recto y eficaz funcionamiento del ente y socorrerlo con su asistencia (Dabormida, 1999).
2. Verificar el mantenimiento de la identidad del sector, lo que los italianos denominan la finalidad mutualística.

NATURALEZA

Las actividades de control o supervisión deberían tener carácter más bien directivo, tutelar y asistencial que sancionatorio o punitivo. Más precisamente, tener carácter preventivo, esto es, evitar que las entidades solidarias incurran en infracciones.

En tal sentido, consideran Hernández y López (2003) que la fiscalización que realiza el Estado debe orientarse como una medida preventiva no sólo sobre la estructura y formación de las cooperativas, sino más bien, la tutela se debe

considerar sobre la actividad y el campo de acción en que se desarrolla dicho ente.

Como sostiene Münkner (1988) la supervisión debe ser un poder extraordinario de la Administración pública. En efecto, un dispositivo gubernamental debidamente equipado para supervisar un número creciente de cooperativas resulta con frecuencia más caro que lo que el Estado puede sufragar. Sin una misión clara, sin personal calificado y motivado y sin todos los recursos necesarios, la supervisión estatal no será eficaz; y cuando incluso las cooperativas que pueden trabajar por sí solas siguen siendo estrechamente supervisadas, la supervisión resulta contraproducente.

Un control externo bajo la forma de intervención directa, por parte de los funcionarios de la Autoridad de tutela en la toma de decisiones de los administradores o en el trabajo del director/gerente trae como consecuencia que los administradores y empleados mantengan sus responsabilidades pero se vean privados de sus poderes de decisión.

La intervención de los agentes del gobierno puede sustituir la carencia de una eficacia económica real, emana del interior de la cooperativa y crear, en su lugar, una eficacia artificial dirigida desde afuera. Esto estaría en contradicción con los principios de *self-help*, de identidad y de la administración y del control democrático y, como práctica permanente, destruiría el carácter cooperativo de estas organizaciones.

Entonces, dice el autor (ídem) allí donde las condiciones socio-económicas exigen una cierta medida de intervención gubernamental, el legislador debiera prescribir que esos poderes de intervención sean poderes excepcionales y extraordinarios, que no pueden ser utilizados salvo en caso de necesidad y por un período limitado.

Además, el rendimiento efectivo de una u otra forma sufrirá necesariamente, pues nadie puede inspirar confianza como asesor y actuar al mismo tiempo como

inspector. La estrecha supervisión de todas las sociedades como actividad de rutina resta estímulo a la acción de autoayuda y tiende a perpetuar la supervisión.

De ahí la importancia de hacer que ésta sea un poder extraordinario que se utiliza sólo cuando hay buenas razones para ello (Münkner, 1995). Entonces, se puede concluir que la función de promoción es, indudablemente, incompatible con las funciones de supervisión y da lugar a una excesiva interferencia de los oficiales de gobierno en las cooperativas (Cracogna, 2002).

Por demás, ocurre con marcada frecuencia que las legislaciones y regulaciones administrativas imponen a las cooperativas medidas de fiscalización que son mucho más gravosas que las que corresponden a las sociedades comerciales, llegando a convertirse en mecanismos que las colocan en seria desventaja frente a aquéllas. Otra vez, el argumento con que suele pretenderse justificar esta situación es –curiosamente- la tutela y protección del funcionamiento de las cooperativas.

Cabe señalar que la supervisión por razón de la actividad de las cooperativas que realizan organismos especializados como las superintendencias de banca y de seguros y otros similares comúnmente no toman en consideración las características propias de las cooperativas como organizaciones constituidas por usuarios de esos servicios y llegan a plantear exigencias contrarias a su naturaleza (Cracogna, 2015)

Fuente

El control especial del Estado en las sociedades cooperativas no existe *per-se*; ello es producto directo de la legislación. Esto es, la intervención estatal sobre las cooperativas resulta de la facultad concedida al Poder Público de fiscalizarlas y controlarlas. Y sin el poder fiscalizador y controlador, el Poder Público no intervendría en las cooperativas, simplemente porque no tendría conocimiento de lo que estaría ocurriendo en su administración (De Campos, 1988).

Tal es el caso del Brasil, cuya Constitución Nacional declara expresamente que está prohibida la interferencia estatal en las cooperativas.

De manera que el control administrativo sobre las empresas solidarias sólo se justificaría sobre aquellas entidades que operan en sectores de actividad protegidas por el Estado, y sólo por causales taxativas establecidas expresamente en la ley.

ÁMBITO DEL CONTROL

33

El control o supervisión público sobre el sector solidario puede ejercerse

1. Según su ámbito orgánico:

Debe decidirse si se supervisan todas las empresas o tan sólo las que necesitan más que un control normativo. Lo mismo, clasificar las empresas en categorías de intervención y supervisando más cuidadosamente las situadas en las categorías inferiores; limitar el período de estrecha supervisión a la fase inicial previa al registro o a los primeros años, o efectuar la supervisión estrecha como una actividad adscrita o reservada para los casos de urgencia y, de ser así, determinar quién debe decidir qué es una situación de urgencia.

2. El control puede ser igualitario, esto es, para todo tipo de empresa, o variable, según la eficacia de la gestión de la misma. Incluso, puede haber entidades exceptuadas, otras de control atenuado o intenso, según sus dimensiones o su tipo de actividad, etc.

De manera que habría que modificar el sistema de control, limitándolo solo a las cooperativas que gozan de beneficios fiscales, o eliminándolo del todo y sujetándolas a los mismos controles previstos para los otros tipos de sociedad (Bonfante, 1999).

3. Puede darse control sobre todas las empresas solidarias; sólo respecto de las instituciones financieras; o sólo sobre las empresas solidarias que no

sean objeto, por diverso título y por su misma naturaleza particular, de otras formas de control de naturaleza pública (financieras, de seguros, etc.).

4. Puede ser de acuerdo a la importancia económica o social de la cooperativa, por ejemplo, las que sobrepasen determinado capital o volumen de operaciones, o cierto número de miembros; las consideradas como de «importancia», tomando en cuenta el tamaño y volumen de las operaciones económicas que realizan cotidianamente (Comisión, 2004). Por ello, el legislador debería definir los poderes de intervención del gobierno en la ley y debería reglar bajo qué condiciones las sociedades cooperativas que han demostrado su capacidad de dirigir sus propios negocios, bajo la forma de una administración y control democrático, puedan ser exceptuadas del control gubernamental.

Por ejemplo, la clasificación en categorías en atención a la eficacia de su gestión, al realizarse la auditoria anual. En ese caso el legislador puede prescribir diferentes formas de inspección y control, para cada una de esas categorías, por ejemplo: Categoría A: muy bien; Categoría B: pasable; Categoría C: en mal estado; Categoría D: a disolver (Münkner, 1988).

Pero, además, es necesario encontrar un punto de equilibrio entre un control riguroso e inflexible en caso que la cooperativa inspeccionada se encuentre en una situación de continuas y graves irregularidades, y el rol de consultor en caso en que las irregularidades, no graves, provengan de una ignorancia excusable (Cotronei, 1998).

SISTEMAS DE CONTROL

El control público o supervisión de las empresas solidarias puede ser ordinario o especializado.

El control ordinario

Es aquel al que se encuentra sometida toda empresa, de acuerdo a la legislación ordinaria. Implica tanto un normal control de policía sobre la actividad que

desempeña la misma, como un control judicial sobre la regularidad del funcionamiento en la gestión de la entidad, comprendida la aplicación de sanciones.

Esa intervención trata de impedir que todas las sociedades procedan de modo de frustrar la política gubernamental, destinada al bien público. En ella no hay la intromisión de agentes del poder público en las relaciones internas de la sociedad. Esa intervención se dirige apenas a los negocios practicados entre las sociedades y los compradores, usuarios o consumidores de sus servicios o mercancías, con la finalidad de evitar el abuso del poder económico, obedecer al control del abastecimiento o a la estabilización y o congelamiento de los precios (De Campos, 1988).

Control concurrente

El control del sector puede ser ejercido exclusivamente por la Autoridad administrativa de aplicación, o puede ser «concurrente» entre la Autoridad de aplicación y la Autoridad administrativa de la actividad y, o judicial, u otras autoridades. Ello se produce sobre todo en el sector financiero del sector solidario, en donde cada día se da más el control de las instituciones pública de supervisión bancaria.

Puede darse un control especializado para las operaciones y actividades propias del objeto social de las cooperativas, y otro, para las relaciones entre los socios y la cooperativa y el funcionamiento de su aparato de administración interno (Naranjo, 2002).

La fiscalización pública que efectúe la autoridad de aplicación no obsta a la que pudiera corresponder a otros organismos competentes por razón de su respectiva materia, como suele ocurrir en el caso de las entidades bancarias y de seguros. De todas maneras debe realizarse una coordinación entre tales organismos a fin de evitar interferencias que perjudiquen a las cooperativas, lo cual se reafirma

exigiendo que tal supervisión tenga en cuenta la peculiar naturaleza de las cooperativas (ACI-Américas, 2009).

Ahora bien, el control entre los dos diversos tipos de vigilancia no podrá hacer que prevalecer, en el caso de la autoridad judicial, los intereses privados de los socios y sólo indirectamente el interés general y público, mientras que el control gubernamental estará dirigido prevalentemente a la tutela de los intereses públicos y sólo indirectamente a los privados de los socios (Cotronei, 2000).

Por otro lado, el doble control por parte de la Autoridad pública de la actividad productiva puede ser llevada, a causa de la profesionalidad específica a la que se dedique, a verificar el respeto sólo de la disciplina relativa a la empresa ejercida y no aquella relativa a la disciplina relativa a la particular organización que ejercita. Tal es el caso de vigilancia bancaria que busca la tutela exclusivamente de los intereses públicos de protección del ahorro, dejando de lado la promoción del cooperativismo de crédito y a la tutela de su identidad (Cusa, 2002).

Puede suceder —también— que el control concurrente sea asumido entre la Autoridad nacional o federal, y las autoridades regionales o locales, bien sea por mandato expreso de la ley, o por convenios celebrados al efecto. En tal virtud, la autoridad central establece los lineamientos generales y los parámetros dentro de los cuales se ejercerá el control, delegando en las autoridades locales su ejercicio práctico.

Control administrativo especializado para las cooperativas y entidades del Sector Social

En relación con el mismo hay tres principales corrientes:

1. Inexistencia de control

Con base en el principio de la autonomía y el carácter de derecho privado que tienen las cooperativas, se plantea (sobre todo en Brasil a raíz de la constitución de 1988 que declaró la creación de cooperativas sin necesidad

de autorización y prohibió la intervención del Estado en el funcionamiento de las cooperativas) que las cooperativas no pueden ser fiscalizadas, investigadas, asistidas en sus asambleas, tampoco están sujetas a solicitudes en relación a suspensión de decisiones internas, intervenciones, disoluciones, liquidaciones y control sobre sus actos por parte de las autoridades gubernamentales (Périer, 2001).

2. Sin embargo, puede existir y es frecuente que exista un control administrativo adicional y especialmente establecido para las cooperativas al que no están sometidas las demás personas jurídicas, salvo aquellas que manipulan valores que le son confiados por el público (Bancos y Seguros, fundamentalmente) .

Para algunos, esa intervención administrativa deriva de la naturaleza de utilidad social que se les reconoce a las mismas, a los beneficios fiscales que se les otorgan, y al sistema de preferencias reconocidas.

Como sostienen Hernández y López (2003) pese al origen de entidades de Derecho Privado de las cooperativas, se inició la costumbre de introducir en las normas jurídico-cooperativas ciertas disposiciones dirigidas a legitimar el control estatal de estas organizaciones. Afirman que ello forma parte del Derecho Natural Cooperativo.

De Campos (1988) observa que en los países desarrollados esa intervención es menor que la ejercida en los países subdesarrollados en donde la interferencia estatal es más acentuada, normalmente en lo que se refiere a las cooperativas, las que se hayan sometidas, muchas veces, a rígidos controles.

3. Por otra parte –afirma- generalmente la Administración Pública no tiene mecanismos apropiados de control que tiendan al perfeccionamiento de las empresas solidaria-s, sino que se trata de una acción vaga, distante, complaciente, sujeta a injerencias políticas y, por ello mismo, algunas veces facciosa y casi siempre inoperante, de los órganos administrativos, no obstante la seriedad y competencia funcional de algunos abnegados funcionarios.

4. Para Kesselman (1992) el Estado solamente se halla legitimado a realizar un control amplio y permanente del funcionamiento regular de las cooperativas en tanto y en cuanto desarrolla respecto de ellas, políticas de promoción, asistencia, fomento, etc. De no ser así, de considerarse a estas entidades un tipo societario más, aun respetando sus particularidades, su control no puede ni debe ir más allá del control de legalidad de su acto de constitución.

Pero, además, el límite razonable a la injerencia del Estado está dado por el interés concreto y efectivo que éste manifieste y efectivice respecto del cooperativismo, por aquel principio que el interés constituye la medida de las acciones en derecho, una amplia acción de control sólo se justifica para hacer al sujeto pasivo de la misma titular de alguna ventaja.

5. Hay una opinión —minoritaria— que se manifiesta por el control estatal casi absoluto para garantizar que se constituyan sujetos auto-organizándose independientes, en pie de igualdad y capacidad legal suficiente ante los demás actores económicos y el propio Estado.

En tal sentido, sostiene que la política regulatoria cooperativa debe basarse en una debida, clara y exhaustiva normativa —cuasi reglamentaria—de jerarquía suprema que fije el contenido y alcance de las relaciones de colaboración; delimite las acciones estatales de promoción, fomento, inspección, calificación, intervención y control (*a priori* y *a posteriori*) y su ejercicio; identifique la Autoridad de aplicación y sus facultades; determine los requisitos y limitaciones para reconocer y, en casos de sector es especialmente protegidos autorizar, la creación de cooperativas; infracciones, sanciones, procedimiento sancionador y de impugnaciones administrativas y judiciales ante actos estatales o administrativos; declare el régimen tributario especial, sus estímulos; y por último garantice que los futuros procesos regulatorios cooperativos, incidentalmente cooperativos o de otra naturaleza no minoren la opción cooperativa ni en lo económico ni en lo social. (Fernández, 2006).

Concepto

Clásicamente se entiende por supervisión al ejercicio de una inspección superior respecto de un trabajo que realiza otro u otros. En este caso, la supervisión es ejercida por el Estado cuando la Constitución Política le otorga al gobernante potestades especiales para ejercer dicha función sobre la actividad económica, social o política que desempeñen los ciudadanos.

Modelos de supervisión⁷

1. Ordenamientos en los que la ley cooperativa no se ocupa en absoluto de la cuestión de la supervisión que, sin embargo, no son pocos (Finlandia, Holanda, México y Perú entre ellos).
2. El más difundido, aquel en el Estado se halla en posición central, en el sentido de que no sólo regula el fenómeno de la supervisión, sino también la ejerce directamente mediante un ente especial ubicado en el área de un ministerio, o en la oficina de la presidencia, o en otro lugar (Colombia, Venezuela)
3. El Estado solamente regula el fenómeno de la supervisión, previendo que ésta sea ejercida por las propias cooperativas, o más bien por entidades de supervisión integradas por cooperativas de las que éstas deben ser afiliadas, siendo la afiliación a una entidad de supervisión una *conditio sine qua* non para la constitución y existencia de una cooperativa. Sin embargo, las entidades cooperativas de supervisión están sujetas al control del Estado (Alemania).
4. Un modelo intermedio es aquel en el que la supervisión la ejerce un ente especial instituido por la ley cooperativa, pero integrado también, o incluso en mayoría, por representantes del movimiento cooperativo (Argentina, Brasil, Perú)

⁶ Zabala, 2009

⁷ Fici, 2015 a y b

5. Otro modelo intermedio es aquel en que la ley prevé que asociaciones nacionales de cooperativas, reconocidas por el Estado como organismos de supervisión, ejerzan la supervisión de las cooperativas afiliadas, mientras que el Estado ejerce la supervisión de las cooperativas no afiliadas a ninguna asociación, además de las asociaciones de cooperativas reconocidas como organismos de supervisión. En todo caso, el Estado puede someter a inspección extraordinaria a toda cooperativa, afiliada y no afiliada, cuando tenga un temor fundado de irregularidades.

Los modelos intermedios son muy interesantes en la medida en que, por un lado, reducen, aunque sin anularlo, el papel público en beneficio del autogobierno o autocontrol cooperativo y, por otro, garantizan que la supervisión se desarrolle según lo que la ley prescribe, pudiendo el poder público controlar a los que controlan y así generar la suficiente confianza en la autenticidad del movimiento;

Condiciones⁸

1. Cualquiera que sea el modelo de supervisión empleado, debe garantizarse la autonomía de las cooperativas tanto frente al Estado como frente a otras entidades (incluidas las federaciones de cooperativas) que la ejerzan en su lugar. Tanto la ACI como la OIT hacen hincapié en la necesidad de garantizar la autonomía e independencia de las cooperativas. En particular, la OIT invita a «prever la adopción de medidas de supervisión de las cooperativas acordes con su naturaleza y funciones, que respeten su autonomía y sean conformes con la legislación y la práctica nacionales y no menos favorables que las medidas aplicables a otras formas de empresa o de organización social.
2. Para que la autonomía de las cooperativas sea garantizada, es necesario que, cuando el Estado sea el encargado del control, dicho control sea desempeñado por un organismo público diferente al encargado de la promoción cooperativa; en cambio, cuando una entidad del movimiento

⁸ Fici, 2015 a y b

cooperativo sea la encargada de la supervisión, es necesario que tal entidad no desarrolle también una actividad empresarial, sino que sólo se ocupe del control y, como mucho, de la promoción cooperativa.

3. Para que la autonomía de las cooperativas sea garantizada, es necesario que la supervisión apunte hacia la legitimidad de la acción de la cooperativa (al respecto de las normas de ley o de reglamentos) y no hacia el mérito o la oportunidad de las decisiones empresariales.
4. Además, para que la autonomía de las cooperativas sea garantizada, es necesario que las cooperativas puedan interponer recursos de carácter administrativo o judicial contra las resoluciones de la autoridad (pública o privada) encargada de la revisión.
5. Cualquiera que sea el modelo de supervisión empleado, es necesario que se limiten los costes a cargo de las cooperativas, si es preciso, distinguiendo entre grandes y pequeñas cooperativas; es necesario que la supervisión no sea inútilmente invasiva; y que las personas que la ejerzan sean personas especialmente calificadas para ello.

Momentos

La supervisión presenta varios momentos, según el mayor o menor grado de atención que se ejerza sobre las entidades vigiladas o según la mayor o menor carga impuesta a éstas por el Estado.

Estos son:

1. Vigilancia

Como la palabra lo indica, es “*vigilare*”, ver, observar. Acá el Estado sólo observa la conducta de los particulares, sin que esto represente para aquellos ninguna carga o interferencia directa en sus actividades. Por ejemplo, confirmar si se hacen los análisis financieros, revisión de estatutos o de otra información que se tenga de las entidades vigiladas. El Estado cumple con su función de vigilancia, sin que el vigilado se dé cuenta siquiera, en muchos casos, de esta actividad de supervisión del Estado.

2. Inspección:

Aquí ya hay una carga para el administrado; su fundamento son las facultades que tiene la Autoridad pública en virtud de sus funciones legales, al representar el interés general que prevalece sobre el interés particular. Así, por ejemplo, el realizar una visita administrativa, el admitir una declaración a un representante legal, el requerir la entrega de determinados documentos, constituyen potestades especiales que no tienen los particulares, unos respecto de otros, sino que sólo las tiene el Estado frente a aquellos.

3. Control:

Es el grado más alto de supervisión. De manera excepcional el Estado, autorizado por la Constitución y la ley, interfiere directamente en la autonomía de las entidades vigiladas. Es el caso, por ejemplo, de la orden de remover a un directivo, de la toma de posesión para administrar o liquidar una entidad, de la orden dada de realizar una reforma estatutaria.

Formas de ejercicio

La supervisión se ejerce mediante las siguientes formas:

1. Inspección *extra-situ* o de control indirecto

Persigue analizar toda la información de la entidad supervisada, actividad que se realiza desde la sede de la Autoridad de control y, o por medios de sistemas informatizados.

Comprende, entre otros: la evaluación de su actividad económico-financiera; el monitoreo del comportamiento de las principales variables financieras; el análisis de la suficiencia de capital y de la calidad de activos, de la gestión administrativa, rentabilidad y liquidez; análisis de informes de auditorías externas; control patrimonial, reparto de utilidades, infra capitalización; revisión de actas.

2. Inspección *in-situ* o de control directo.

Se ejerce por medio de visitas de funcionarios a las empresas para: la constatación de hechos o de actos; de la asistencia a sesiones de los órganos internos; examen de la documentación, libros, contabilidad; ejecución de arqueos, supervisiones, revisiones, investigaciones; auditorías: contabilidad, administración, manejo técnico-social, consistencia patrimonial.

El acceso de la Autoridad de aplicación a los libros de actas y de contabilidad de todas las cooperativas, la realización de auditorías, así como solicitar y recibir informes estadísticos no resulta contrario al derecho a la intimidad y libertad y secreto de las comunicaciones, pues el Estado, a través de ella, debe ejercer una labor de supervisión y vigilancia, a fin de determinar si se da cumplimiento a los fines públicos que dispone la Ley y se cumple con los procedimientos y formas ahí establecidos, además que debe tomarse en cuenta que están en juego los derechos de terceros que podrían verse afectados con el manejo de los estados financieros de una cooperativa (Briones y Li, 2013).

Ahora bien, como señala Pantano (2003) sólo a través de la creación de un especial perfil profesional de inspector de cooperativas y, por tanto, de un cuerpo disgregado sobre el territorio, podrá ser realizada una vigilancia extraordinaria «creíble».

Efectos del control público

Las funciones de control del Estado muchas veces conducen a que el mismo tenga un marcado carácter oficial y ello, a su vez, constituye un obstáculo mayor para una efectiva integración, y para mantener una autonomía administrativa y financiera. La empresa solidaria vive, en muchos casos, de favores del Estado. No llega a estructurar sus propias condiciones de sobrevivencia, advertidamente, porque vive en dependencia del Poder Público.

Sin autonomía financiera y administrativa el sector solidario no consigue consolidarse, crear sus propias reglas de protección y de regulación. Todo ello conduce a que no pueda caracterizarse como un sistema propio, independiente e integrado (Périer, 1988).

El control público especializado, único o concurrente tiene como corolario que se dé una creciente injerencia estatal en la constitución y el funcionamiento de las cooperativas, lo que —a su vez— va produciendo una pérdida progresiva del sentido de autonomía (que es inherente a su propia naturaleza) la que no admite subordinación, lo que a su vez, lleva consigo la dependencia respecto de las agencias estatales.

Pero, a la vez, la «demasiada» injerencia del gobierno en la organización, en la administración y en la disolución de las cooperativas; esa actitud «paternalista» genera a nivel de los asociados un compartimiento pasivo en relación con los deberes de controlar. En tal virtud, los miembros, como dice (Périer, 1988) en su buena fe, confían en la fiscalización oficial a tal punto que llegan a culpar al Poder Público de las liquidaciones de cooperativas, provenientes de mala administración.

Como señala Sarmiento (2009) los excesos en el control y vigilancia de las cooperativas por parte del Estado son la clara consecuencia de la misma actitud paternalista manifestada en el fomento y en los estímulos de diversa índole en sus relaciones con las cooperativas.

Es más, señala el autor que el excesivo control impide el libre desarrollo integral de los asociados de las cooperativas, obstaculiza su actuar social, económico y cultural en las mismas condiciones que otras empresas, implica directa o indirectamente una coadministración y vulnera de plano el derecho fundamental de asociación de las cooperativas y sus miembros, así como la autonomía que debe caracterizarlas.

Por otra parte, la eficiencia supuesta del Estado en materia de supervisión se ve limitada por la presencia de una gran cantidad de instituciones relativamente

pequeñas con una gran dispersión geográfica y la disminución de la planta de personal.

MEDIDAS ALTERNATIVAS⁹

La eficiencia supuesta del Estado en materia de supervisión se ve limitada por factores como la cantidad de unidades económicas a atender, su dispersión geográfica en todo el territorio nacional, la diversidad de actividades económico-sociales que desempeñan, la carencia de personal calificado, el poco interés del poder público en materia de economía social y solidaria, el desconocimiento de las particularidades del mismo o dificultades presupuestarias.

Esa incapacidad estatal de mantener un nivel de eficiencia a largo plazo, conduce a que se establezcan políticas de limitación del crecimiento del sector. Ante semejante alternativa, se ha venido proponiendo que se propicie la existencia de mecanismos de “autocontrol” y “supervisión auxiliar”, mediante la intervención de los órganos federados, especialmente del sector cooperativo

Para romper con la tendencia general de creer que la supervisión sólo es eficiente si la ejerce el Estado, es necesario que el sector de la economía solidaria adopte férreamente diversos instrumentos alternativos.

La supervisión de los organismos de representación¹⁰

Se trata de delegar algunas partes del proceso de supervisión en dichas organizaciones. Pero para que se pueda proceder a dicha delegación, el Estado exige unas fuertes organizaciones de representación, con un alto grado de afiliación. Por eso, ante la debilidad de estas estructuras en casi toda América Latina no ha podido desarrollarse ampliamente dicha cultura de delegación.

⁹ Zabala, 2012

¹⁰ Zabala, 2011

Por otra parte, es necesario prever un mecanismo de transferencia de funciones, que pasa por:

1. Desarrollo de la cultura del autocontrol. La cultura del autocontrol exige no solo instrumentos internos en cada entidad, sino también instrumentos organizativos y técnicos del propio sector por lo menos en el nivel regional, que sean promovidos y mantenidos por los organismos de integración, lo que implica –necesariamente- el fortalecimiento de los órganos de control interno.
2. La producción de normas para la delegación paulatina de los elementos de supervisión subjetiva hacia órganos de integración del sector: ello supondrá una metodología base de coordinación y de reportes a los organismos especializados en la supervisión objetiva.
3. La formación de estructuras en el orden del autocontrol y el monitoreo desde el sector, en los ámbitos regionales y organizacionales: Cámara de ética, sistemas de autocomposición de conflictos (Centro de Conciliación especializados), el traslado de los sistemas de Registro y otros.
4. Además, implica la producción de normas que faciliten su constitución, contar con el apoyo de los órganos de supervisión del Estado para establecer metodologías, transferir tecnologías, constituir mecanismos de interacción y ampliar los niveles de capacitación para todos los sujetos intervinientes.

El monitoreo

Plantea el autor que en cierta medida el monitoreo por parte de los organismos de integración es el primer nivel de supervisión que busca estimar el comportamiento general de un determinado sector. El monitoreo es la recopilación sistemática de información, así como su consolidación, análisis y verificación para el cálculo de indicadores específicos y estratégicos de un determinado sector, con el fin de identificar acciones u omisiones que puedan poner en riesgo la utilización de los recursos o el desenvolvimiento adecuado de sus operaciones.

El monitoreo es esencial para ejercer el autocontrol en el sector. Si este ha de ejercerse por sus organismos de representación, es necesario que se establezcan con claridad las características de dicho monitoreo, a saber:

1. Acceso permanente o periódico a la información financiera de las entidades asociadas.
2. Acceso periódico a la información no financiera, relacionada con el movimiento de sus asociados, el empleo generado y la cuantificación del uso de sus servicios.
3. Análisis de la eficiencia financiera y administrativa.
4. Seguimiento de indicadores financieros, haciendo énfasis en los que tienen que ver con la liquidez, el riesgo y la solvencia.
5. Medición de la competitividad de su desempeño respecto de otros sectores.
6. Proyección de escenarios, utilizando modelos de alerta temprana.
7. Seguimiento a la cultura del reporte relacionada con las obligaciones adquiridas frente al Estado en diferentes materias.

En cumplimiento de esta función habrá que hacer acuerdos con los organismos de supervisión del Estado, sobre todo en cuanto a oportunidad de información, intercambio de la misma y recepción de recomendaciones de los órganos de representación

El colaborador técnico

Figura que es entendida como el apoyo institucional que la entidad pública puede recibir para recopilar información, procesarla, y adecuarla por parte de los organismos de integración, instituciones auxiliares o firmas especializadas. Tal labor de apoyo no tiene el carácter de supervisión delegada o de supervisión auxiliar, y se implementa en la medida en que se encuentren los mecanismos necesarios y las entidades idóneas para efectuarlo.

El colaborador técnico debe cumplir con algunos requisitos mínimos de experiencia, infraestructura y legalidad; adicionalmente se requiere la

conformación de un comité de supervisión que determine las responsabilidades, facultades, y prohibiciones en esta labor de apoyo.

La supervisión delegada

Para la ACI-Américas (200') las funciones de supervisión podrán ejercerse mediante delegación a las cooperativas de grado superior u organismos auxiliares especializados del movimiento cooperativo.

Este es un concepto primario de delegación de la función que se realiza en algunos países, sobre todo en los niveles de vigilancia, sin avanzar hacia los de inspección y control. Se delegan en las organizaciones de representación de las cooperativas actividades que no implique trabajo de supervisión *in situ* (Zabala, 2012).

La ley transfiere la supervisión a las federaciones de cooperativas. Todas las funciones se trasladan al supervisor (*on y off site*). Incluye la facultad de intervención y de sanción. Crea la normatividad bajo la aprobación de la Autoridad de aplicación. La Superintendencia fiscaliza la federación. Es pagada por las cooperativas.

En el caso peruano, la federación tiene la potestad de crear normatividad especial con el aval de la Autoridad de aplicación, así como proceder a aplicar sanciones e intervenciones.

La supervisión auxiliar

En ésta, el Estado conviene y contrata servicios de un supervisor auxiliar que realizaría funciones de fiscalización, como en el caso de Costa Rica, El Salvador y Brasil.

La Supervisión auxiliar es efectuada por una o varias federaciones cooperativas o entidad privada independiente del sector. En tal caso, la Autoridad pública responsable mantiene el poder de normativa y de sanción; mantiene todas sus facultades; mantiene el control del organismo de supervisión auxiliar y, o un alto

grado de confianza en el mismo. Vela por la calidad de la supervisión del auxiliar. El auxiliar efectúa la supervisión *in situ*; raro que lo haga *off site*. Ejerce funciones instrumentales. Visita en el terreno. Se le delegan funciones de supervisión. Requiere fuertes federaciones con alto grado de afiliación.

El concepto de supervisión auxiliar fue puesto inicialmente en práctica en Costa Rica. Se permitió al Estado convenir y contratar servicios de un supervisor auxiliar que realizaría funciones auxiliares de fiscalización en las CAC´ siguiendo un esquema determinado por la Autoridad de aplicación. Dicha supervisión auxiliar podía ser otorgada a los organismos de representación siempre y cuando cumpliera con ciertos requisitos técnicos. En Brasil, la OCB efectúa estas labores de supervisión para el Banco Central.

En el país vasco, como señala Gadea (1999) le corresponde la potestad originaria para ejercer la función inspectora en relación al cumplimiento de la ley –en propiedad- a la Autoridad de aplicación, con lo cual, el ente llamado de manera natural y obligatoria para velar por su cumplimiento por parte de las instancias administrativas es el Departamento de Trabajo y Seguridad Social.

Ahora bien, el legislador introduce la participación del movimiento cooperativo a través de sus entes representativos (federaciones y Confederación) para que ejerza funciones inspectoras respecto de sus entidades asociadas como un mecanismo de autocontrol, con lo cual el velar por el cumplimiento de la ley no solamente está en manos de la Administración pública sino del propio movimiento cooperativo a través de su estructura asociativa.

Sin embargo, se trata de una relación de colaboración entre la Administración y el movimiento cooperativo, de manera que la función inspectora que se ejerza desde el movimiento cooperativo no alcanza más eficacia legal que la que se establezca para dicho ámbito por la propia normativa.

Por lo tanto, no tiene el mismo carácter y fuerza jurídica frente al que en propiedad y obligatoriamente le corresponde realizar a la Administración en atribución de su

potestad sancionatoria, pues no se trata de una delegación administrativa propiamente dicha de competencias por parte de la Administración. Esta función inspectora se realizará preferentemente con carácter preventivo y coadyuvante al mejor cumplimiento de la ley.

La autorregulación¹¹

Mediante la autorregulación las cooperativas crean instrumentos de control a través de sus federaciones (República Dominicana y Perú). Mediante este mecanismo, se establece una normativa prudencial, abarcando diversos indicadores con unos parámetros mínimos que deben cumplir las cooperativas como es el caso de Guatemala (Zabala, 2012).

Señala la ACI (2015) que la autorregulación de las cooperativas que se adhieran voluntariamente a códigos de buena gobernanza y a normas de notificación puede ser una alternativa a la regulación impuesta, aunque la tendencia global es que la inspección por parte de las autoridades reguladoras y las auditorías obligatorias sean cada vez más, y no menos, vinculantes.

La regulación, ya sea autoimpuesta o como obligación normativa, deberá ser eficaz y capaz de impedir que se constituyan cooperativas falsas. La eficacia se logra haciendo que la autorregulación cumpla con los valores éticos cooperativos de honestidad, apertura, responsabilidad social y preocupación por los demás. Para que la autorregulación de las cooperativas logre sus propósitos deberá ser abierta, transparente y responsable, de tal modo que la regulación estatal resulte innecesaria.

Se trata de una aspiración ética muy elevada, que las cooperativas deberían intentar alcanzar en todas sus actividades. Las organizaciones de cúpula nacionales tienen un papel fundamental que desempeñar en el diseño, implementación y control de regímenes autorreguladores eficaces.

¹¹ ACI, 2015

Plantea la OIT (1995) que habida cuenta de la función legislativa del Estado, éste debería velar por que el proceso de vigilancia de la aplicación de las normas jurídicas consista, en toda la medida de la posible, en la autorregulación; el proceso de autorregulación sea abierto, transparente y esté sujeto a la indagación estatal pertinente; se garantice el derecho de acceso a las autoridades jurídicas en caso de presentarse quejas relativas a la autorregulación.

En algunos países, independientemente del Estado, las empresas de economía solidaria han venido optando por la creación de instrumentos de autocontrol por medio de sus Federaciones (como en el caso de la República Dominicana). Mediante este mecanismo se establece una normativa prudencial, abarcando diversos indicadores; las cooperativas afiliadas deberán cumplir con unos parámetros mínimos para acceder a los servicios brindados por la Asociación.

Mecanismo similar se ha producido en El Salvador y Guatemala. Se trata, en sentido general, de velar por unas buenas prácticas financieras de las entidades afiliadas.

Se trata, en sentido general, de velar por unas buenas prácticas financieras de las entidades afiliadas. En el marco del autocontrol las organizaciones federadas fiscalizan sus miembros (es decir todos sus afiliados y solamente ellos), representando un acuerdo societario.

Y es que los controles externos –que son de exclusiva función estatal- resultan protagónicos cuando fallan los ejercicios del autocontrol. Cuando fallamos en el autocontrol –como ha ocurrido en Colombia en los últimos años- el Estado introduce nuevos tipos de control, bajo su propia racionalidad, que subvierten la cultura cooperativa.

¹² Zabala, 2012

La cultura del autocontrol exige no sólo instrumentos internos en cada entidad, sino también instrumentos organizativos y técnicos del propio sector, por lo menos en el nivel regional, que sean promovidos y mantenidos por los organismos de integración.

En el autocontrol el Estado no tiene potestad para intervenir. Este es un ejercicio voluntario que adopta el sector. En el marco del autocontrol, las organizaciones federadas fiscalizan sus miembros (es decir todos sus afiliados y solamente ellos), representando un acuerdo societario.

Cuando se trata de autocontrol no se puede olvidar que en las empresas de economía solidaria hay que poner especial cuidado a tres tipos de control (interno, social y fiscal). No se puede descuidar ninguno de ellos: algunas empresas se centran en un solo aspecto, redundando en la formación de desequilibrios.

Un buen sistema de autocontrol implica hacer una precisión exacta y una definición indudable de responsables por cada forma de control institucional. Cuando se logra ese equilibrio, es posible que los controles externos (provenientes especialmente de agentes del Estado) no resulten demasiado impactantes en la vida institucional.

De acuerdo a Esteve (2002) el autocontrol se configura un sistema articulado en **cascada**, en el que una entidad superior acredita a otras que a su vez otorgan la acreditación a otras entidades inferiores. Ante tal sistema es evidente que la tutela de los poderes públicos no puede extenderse a esta constelación de entidades, controlando en su caso la actividad que desarrollan todas las terminales de esta organización que son muchos sujetos operando en ámbitos muy especializados y de gran complejidad.

La tutela pública o administrativa ha de situarse, entonces, en puntos estratégicos y es así que se -concentra en el vértice del sistema, asegurando su buen funcionamiento, su objetividad, su solvencia, asegurándose en buena parte del buen funcionamiento del conjunto.

Señalan Arzbach y Durán (2010) que en el autocontrol el Estado típicamente no interviene, dado que es totalmente voluntario, mientras en la supervisión delegada o auxiliar se aplica la normativa “oficial” y que en el marco del autocontrol las Federaciones fiscalizan a sus miembros (es decir todos sus miembros y sólo ellos) mientras la supervisión delegada y auxiliar sugiere el control de un universo de intermediarios establecido por la Superintendencia Bancaria, sean miembros de la Federación respectiva.

Justamente, es en la liquidación que se demuestra exactamente que estructuralmente, el sistema fiscal que está practicado sobre distorsiones, visto que el órgano fiscalizador oficial nada pierde financieramente. En tal sentido, en América Latina se considera que la supervisión estatal ha de reducirse a los límites estrictamente necesarios salvaguardando la autonomía de las cooperativas y permitiendo siempre recurrir a la justicia a fin de controlar los eventuales excesos de las autoridades gubernamentales. En este campo es importante permitir y fomentar el autocontrol a través de organizaciones del propio movimiento cooperativo (Comisión, 2005).

Ahora bien, las asociaciones conservan un margen de autonomía entendida como libertad de determinar, sobre bases voluntaria y estatutaria, la propia organización y acciones para perseguir sus propios fines. Esa autonomía organizativa puede resultar limitada solo por aquello que sea funcional al desarrollo del servicio de vigilancia a las asociadas y con poder de control de parte del Estado sobre el buen funcionamiento de su ejercicio (Mazzotti, 2000).

En definitiva, la intervención del Estado debe ser subsidiaria, porque, en general, cualquier problema se debe tratar de resolver primero en la esfera interna del ente, tal vez con la colaboración o el control de la entidad de grado superior y, luego, recién entonces, con la intervención del órgano local competente y luego, de la Autoridad de aplicación (Moirano, 2005).

Referencias

- Alianza Cooperativa Internacional, (2015). *Documento de orientación. Principio cooperativos*. Ginebra, ACI
- Arzbach, M. Y Durán, A. (2010). *Regulación y supervisión de cooperativas de ahorro y crédito en América Latina y el Caribe*. Documentos de la DGRV, 3. São Paulo, DGRV
- 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
- Briones, E. y Li Bonilla, F. (2013), *Organizaciones sociales em Costarica desde uma perspectiva jurídica*. San José, Universidad Estatal a Distancia
- Burzaco, M. (2015). La intervención pública en las sociedades cooperativas. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, 27*, Valencia, Ciriéc-España
- Comisión de Fomento Cooperativo (2005). El movimiento cooperativo en el Continente Americano, Políticas Públicas y la Recomendación 193 de la OIT sobre la Promoción de las Cooperativas. *Tercer encuentro de parlamentarios americanos comprometidos con el cooperativismo México*. Comisión de Fomento Cooperativo-ACI Américas
- Comisión de Fomento Cooperativo y ACI-Américas (2005). Tendencias dominantes en la legislación cooperativa a nivel continental su debate en los Parlamentos Nacionales (Mesa de Trabajo 1.). *Tercer encuentro de parlamentarios americanos comprometidos con el cooperativismo*. Cuadernos Cooperativos y de Economía Social, 13. México. Comisión de Fomento Cooperativo de la Cámara de Diputados
- Cotronei, G. (2003). Come cambia la vigilanza degli enti cooperativi. *Rivista della Cooperazione, 1/2003*. Roma. Istituto Italiano di studi Cooperativi Luigi Luzzatti
- Cracogna, D. (2002). Hacia la armonización de la legislación cooperativa en América Latina. *Las cooperativas en Iberoamérica y España. Realidad y legislación*. Ávila, Ucavila

- 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
- Cusa, E. (2002). La vigilanza sulla cooperativa nella legge N. 142, 2001. *Rivista della cooperazione 3/2002*. Roma. Istituto Italiano di studi cooperativi Luigi Luzzatti
- Dabormida, R. (1999). I controlli e la vigilanza sulle società cooperative. *Cooperative, Conzorsi, Reagruppamenti*. Ipsoa
- De Campos, J. (1988). A Intervenção nas cooperativas. *Interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre. Fabris
- Esteve, J. (2002). *Autorregulación. Génesis y efectos*. Navarra. Aranzadi
- Fernández-Peiso, A. (2006). *Neoliberalismos y derecho: una visión desde las cooperativas*. Cienfuegos, Internet
- Fici, A. (2015a). El papel esencial del derecho cooperativo. *Revista jurídica del Ciriec-España N° 27*. Valencia, Ciriec
- Fici, A. (2015b). Tendencias y perspectiva del derecho cooperativo en el contexto global y la supervisión como oportunidad para el sector de la economía solidaria. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, N° 49*. Bilbao, Universidad de Deusto
- 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
- García, A. y Reguero, J. (2006). La inspección del trabajo ante el hecho cooperativo. La descalificación de las cooperativas. *Economía social y cooperativismo*. Valladolid, Lex Nova, S.A.
- Hernández, O. Y López, I. (2003). Los sistemas de fiscalización y control en las cooperativas. Aplicación al caso de Costa Rica. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, 37*. Bilbao. Universidad de Deusto
- Kesselman, S. (1992). Estado, Autonomía y Autocontrol Cooperativo. *Anales de las Jornadas Nacionales de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires. Intercoop

- Mazzotti, G. (2000). Le associazioni del movimento cooperativo e la concentrazione, *Rivista della Cooperazione*. 2000, Roma, Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti
- Münkner, H. (1988). *Principios Cooperativos y Derecho Cooperativo*. Bonn. F.E.S
- Münkner, H. (1995). *La Legislación Cooperativa y la función reguladora del Estado*. Ginebra. OIT
- Naranjo, C. (2002). La naturaleza jurídica de la cooperativa y el acto cooperativo. *Apuntes de Derecho Cooperativo*. Quito
- OIT, Organización Internacional del Trabajo (1995). Vigilancia por parte del Estado y autorregulación. *Reunión de expertos sobre legislación cooperativa*, Ginebra, OIT
- Pantano, G. (2003). La nuova vigilanza cooperativa e il ruolo dell'ispezione straordinaria. *Rivista della cooperazione*, 3/2003. Roma, Istituto Italiano di Studi Cooperativi "Luigi Luzzatti"
- Périus, V. (1988). Atenuação ou eliminação estatal tendo vista o projeto de autocontrole. *A interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre. Fabris
- Périus, V. (2001). *Cooperativismo e Lei*. São Leopoldo. Unisinos
- Sarmiento, A. (2009). *Derecho de la Economía Solidaria. Conferencias*. Bogotá, Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho
- Zabala, H. (2009). *Introducción al Derecho Cooperativo*. Medellín, Funlam
- Zabala, H. (2011). Análisis de la regulación para empresas solidarias en Colombia. *Innovación y economía social y solidaria*. Barranquilla, Inversiones Ibarra
- Zabala, H. (2011b). Consideraciones en torno al marco legal del mutualismo colombiano a la luz de su doctrina y sus bases filosóficas. *Foro mutualista 2011*. Medellín, Fedemutuales
- Zabala, H. (2012). Políticas públicas para la internacionalización del cooperativismo. *Cooperativismo e Internacionalización. Tomo II. Condiciones y lineamientos para su desarrollo en Colombia*. Bogotá, IEMP – UAEOS

110. CONTROL DE ENTES FINANCIEROS SOLIDARIOS

Fundamento. Aspectos regulatorios especiales. Instituciones que ejercen el control especializado. Entidades de control en América Latina. Control único por la autoridad bancaria. Control diferencial. Alternativas

FUNDAMENTO DEL CONTROL ESPECIALIZADO

Hay muy fuerte tendencia a apartar a las cooperativas de ahorro y crédito (CAC's) y, en general, a las empresas solidarias que ejercen actividad financiera del control ordinario que realiza la Autoridad pública especializada en el sector solidario, y pasarlo a la Autoridad pública de control bancario o financiero en general.

Además, es generalizado el criterio que por actividad financiera se entiende la captación de depósitos, a la vista o a término de asociados o de terceros para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito, y en general, el aprovechamiento o inversión de los recursos captados de los asociados o de terceros (Ley 454 de Colombia).

Aunque se objeta esta política de separación, se argumenta que la regulación de las empresas solidarias financieras no desnaturaliza de ninguna forma la organización cooperativa, por el contrario, las medidas que se adoptan tienden a fortalecerlas, para mantenerlas dentro de una economía cambiante, bajo el entendido de que el ejercicio de la actividad financiera comporta un riesgo social y económico frente al cual el estado debe exigir determinados requisitos y márgenes de solvencia por parte del público y asociados (Sentencia de la Sala Constitucional de Colombia N° 779, 25-7-2001).

Se fundamenta el control especializado de las entidades solidarias que ejercen actividad financiera, en los siguientes argumentos:

1. Por la percepción de riesgo.

Con el control especializado se pretende que la actividad financiera se desarrolle de manera ordenada, en condiciones de seguridad y en concordancia con la estructura general del sistema financiero, mediante regulación que debe ser neutral y no debe ser forzada a ajustarse a las particularidades de cada forma jurídica.

De hecho, en el ámbito internacional el espectro de operaciones autorizadas tiene relación directa con aspectos como niveles importantes de capitales mínimos, calificación y supervisión.

2. En cuanto a la libre concurrencia en el sistema financiero, lo que existe es una dificultad de las cooperativas para lograr unos márgenes apropiados que les permitan penetrar efectivamente los mercados.

Por ejemplo, el acceso a las líneas de redescuento para intermediar recursos para las microempresas, requiere de las CAC's contar con un reglamento de crédito y administración de cartera adecuado, que les permita hacer un otorgamiento de crédito micro empresarial con mayores niveles de seguridad en el recaudo de las operaciones, así como una estructura operativa que permita el crecimiento de la cartera en pequeños créditos a los microempresarios, lo cual en algunos casos les exige algún tipo de inversión.

3. El principal propósito del proceso de fiscalización gubernamental (a veces denominado un "examen") es revisar la solidez de la administración, gobierno, finanzas y de las decisiones referentes a políticas que afectan la liquidez y solvencia de la cooperativa de ahorro y crédito. El cumplimiento de la ley y los límites prudenciales regulatorios es también el enfoque principal de la inspección (Woccu, 2011).

¹³ Conpes, 2009

Para Fischer & Desroches (1999) hay dos razones fundamentales:

1. Por el azar moral, relacionado con el riesgo al que puede estar expuesto el ahorrador frente a la toma de riesgo del accionista en los activos subyacentes: toma parte en la decisión de los riesgos asumido en la colocación de activos ya que nombra a los administradores, orienta los planes de la organización, mientras que los ahorradores tienen una posición pasiva sobre estas decisiones. La regulación para el azar moral puede ser similar al del sistema financiero internacional. Se objeta a ello que en el sector solidario no se trata de accionistas.
2. Por los costos de agencia relacionados con los costos generados por los administradores en detrimento de los asociados o de una parte de ellos. Se plantea que son tres los grupos de interés en una Cooperativa de Ahorro y Crédito (CAC): los deudores netos, los acreedores netos y los administradores. Uno de ellos o la combinación de ellos puede dominar la estructura de gobierno de la cooperativa, dominio que se traducirá en políticas gerenciales dispares dependiendo del grupo de interés que ejerza el liderazgo.

En las CAC's, estas políticas son mucho más dispares que en el sistema bancario por acciones, ya que en este último el accionista controla efectivamente la entidad, siendomás efectivo mientras mayor concentración de capital se tenga. En cambio, aquellos bancos en los que la propiedad es atomizada, el control que se ejerce es menor (en este sentido se podría parecer a una CAC).

Es necesario establecer una regulación especial para los costos de agencia, ya que corresponden a una problemática muy particular de las CAC's, por el doble carácter de los asociados de ser dueños pero al mismo tiempo usuarios de los servicios de la CAC. Se argumenta en contra que,

¹⁴ Rodríguez, 2010

precisamente, esta sería la razón para ser supervisadas por una entidad especializada en CAC.

ASPECTOS REGULATORIOS ESPECIALES PARA ENTIDADES FINANCIERAS SOLIDARIAS¹⁵

La Autoridad de aplicación competente en materia de regulación de las CAC's, además de las facultades ordinarias que ejerce sobre las entidades solidarias, debe disponer de otras particulares, entre otras, las siguientes:

Normativa

Prescribir regulaciones para la implementación de la ley y establecer normas prudenciales para CAC, con el objeto de fomentar y mantener un nivel eficaz de servicio y la seguridad de las cuentas de los socios, debiendo dar notificación de la disposición propuesta con anticipación.

La facultad de reglamentar del Superintendente debe estar explícitamente definida. Todo intento de reglamentar fuera de esa facultad será considerado ilegal.

Es más, lo procedente es que dichas regulaciones sean producto de concertación o, por lo menos, elaboradas tomando en cuenta los criterios de los organismos de integración.

Facultades

1. Exigir la entrega oportuna de informes a la CAC: estados financieros y otras informaciones operativas puntuales. Se trata de monitorear el desempeño de las CAC en comparación con las normas, y tomar medidas para que se emprendan acciones correctivas.
2. Inspeccionar o hacer que se examine cualquier cooperativa -en intervalos periódicos- las cuentas y registros con base en los riesgos de la organización que se va a examinar. Se trata de un análisis de la solvencia,

¹⁵ Woccu, 2011

observancia y operaciones de la entidad, así como una revisión de la morosidad y una evaluación de la suficiencia de la provisión para préstamos incobrables

3. La Autoridad de aplicación presentará un informe de las conclusiones de la inspección al consejo de administración.
4. Aceptar un informe sobre la condición de la cooperativa realizado por un profesional independiente o por un profesional que trabaje para el organismo de integración. El alcance de la inspección será el prescrito por la regulación de la Autoridad de aplicación.
5. Exigir hacer una auditoría anual llevada a cabo por despachos de auditoría calificados. El alcance de la auditoría deberá concordar con las Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (GAAS por su sigla en inglés).

Medidas correctivas

La existencia de regulaciones y requisitos de legislación no es suficiente por sí sola para asegurar la administración sólida y segura de una cooperativa de ahorro y crédito y la protección contra pérdidas de los ahorros y depósitos de los socios. Es también esencial que existan las facultades para obligar el cumplimiento de la legislación, mediante la adopción de medidas correctivas inmediatas para cambiar el curso de la dirección.

1. Dictar órdenes de prohibición de ciertas prácticas dañinas o directrices a una CAC
2. Ordenar la separación del cargo de directivos y, gerencia, y convocar asamblea extraordinaria con el propósito de elegir al sucesor.
3. Restringir los retiros de las cuentas de depósitos después de haber determinado que tal acción es necesaria para proteger los intereses de los socios.
4. Instituir acción penal o civil a través de la entidad pública competente, cuando haya evidencia substancial de la comisión de una violación de norma o que haya cometido un delito.

La Autoridad de aplicación podrá eximir a una cooperativa de ahorro y crédito del cumplimiento de un requisito específico de la Ley o regulaciones por un periodo de tiempo especificado.

Supervisión especial

En los casos en que se determine que una CAC está funcionando de manera poca segura o sólida, o no cumpla con sus requisitos de capitalización o liquidez, o está cerca de la insolvencia, o en violación de la Ley o de los reglamentos, y no instituye las medidas correctivas dictadas por la Autoridad de aplicación, éste podrá emitir una orden que coloque dicha cooperativa bajo supervisión especial, designando a un representante que la supervise.

El supervisor tomará posesión y control inmediato de todos los negocios y activos de la cooperativa. Aunque el supervisor tome control legal de la entidad mantiene el derecho de permitir que el consejo de administración y la gerencia sigan administrando los asuntos de la cooperativa hasta el punto que considere apropiado.

El supervisor podrá destituir a los funcionarios, directores, integrantes de comité o empleados de sus cargos, o el supervisor o administrador podrá prohibir que ejerzan cualesquier de sus respectivas facultades o autoridades, en los casos en que estime que tal ejercicio contribuya a la conducta insegura o poco sólida de los funcionarios de la CAC u ocasione dificultades financieras para la misma.

Dentro de 15 días calendarios de dictada la resolución de supervisión especial, el consejo de administración podrá interponer recurso de apelación contra el fallo para demostrar por qué al supervisor deberá prohibírsele continuar con la supervisión especial. Se presentará la apelación al Ministro o el departamento responsable de las cooperativas de ahorro y crédito.

A menos de que la cooperativa mantenga su apelación, la Autoridad de aplicación podrá mantener posesión y control de la cooperativa y su administración hasta el momento en que ocurra una de las siguientes situaciones:

1. La Autoridad permita que sea liberada de la supervisión especial y que reanude sus operaciones normales bajo la autoridad y dirección del consejo de administración, sujeto a cualesquier términos y condiciones establecidos.
2. Si se ha podido corregir los problemas causantes de que la cooperativa haya sido colocada bajo supervisión especial, pero considera que la misma no podrá seguir a largo plazo como una organización independiente y viable, puede fusionar la cooperativa con otra CAC, en tanto que ofrezca la oportunidad de proteger los ahorros y depósitos de los socios y haga posible la continuación de servicios de la cooperativa.
3. Si los esfuerzos por fusionar la cooperativa con otra fracasan, entonces la Autoridad de aplicación determinará que esto no sería prudente, y puede proceder a la liquidación de la misma.

El objetivo de la supervisión especial debe ser siempre encontrar el método menos costoso de asegurar que se tome acción correctiva a la vez que se protejan los ahorros y depósitos de los socios. Es esencial que toda medida tomada asegure que se mantenga la confianza tanto de los socios de la cooperativa de ahorro y crédito como del movimiento global.

Fusión compulsiva

Como alternativa a la liquidación de la cooperativa, se faculta a la Autoridad de aplicación a dictar una orden exigiendo que la CAC insolvente o en riesgo de serlo, o que se determine que no sea ni viable a largo plazo ni capaz de cumplir con normas prudenciales, se fusione con cualquier otra cooperativa de ahorro y crédito inscrita que acepte la fusión, o bien, que la cooperativa de ahorro y crédito sea liquidada.

Para emitir tal orden, se requiere:

1. Que no se pueda esperar que la cooperativa opere como una organización independiente y viable dentro de lo razonable;

2. Que no haya otras alternativas fácilmente disponibles; y que la fusión serviría mejor los intereses de los socios.
3. Que la fusión sea aceptable para la institución fusionante, y que no afectaría severamente su situación financiera.

Causales de sanciones administrativas a entidades financieras solidarias

De manera meramente enunciativa, se pueden mencionar las siguientes:

1. Incurrir en una práctica financiera insegura o poco sólida
2. Incumplimiento de las normas de solvencia y prudencia financiera
3. La presunción de la existencia de prácticas ilegales de tal magnitud que pongan en grave peligro los recursos del público
4. Otorgar créditos a no asociados (si lo prohíbe la normativa)
5. Conceder préstamos por cantidades mayores a las que correspondan según la normativa interna y, o incumplir las condiciones en cuanto a plazos, tasas de interés, garantías y demás condiciones establecidas
6. Participación de los directivos y funcionarios en el proceso de aprobación, control y fiscalización de sus propios préstamos
7. Incumplir con los aportes a los Fondos de Liquidez y Seguros, en los casos en que estén constituidos
8. Incumplimiento de los programas de vigilancia preventiva o de regularización
9. Inobservancia de normas que regulen la captación de ahorros.
10. Violación de una disposición de la ley, el reglamento o una orden escrita de la Autoridad de aplicación

Sanciones

Multas, destitución de directivos y funcionarios de la cooperativa de sus cargos, suspensión de operaciones, o colocar la cooperativa en liquidación forzosa.

Es necesario distinguir cinco situaciones que se dan en los diferentes países respecto de qué tipo de instituciones ejercen el control sobre las CAC's y, en general, sobre las empresas solidarias que ejercen actividad financiera:

Primera situación

El control sobre todas las cooperativas de ahorro y crédito se efectúa por medio de las agencias públicas de supervisión de las entidades bancarias y financieras. Así:

1. En el Reino Unido, a partir del 2002 el control lo ejerce la Autoridad de Servicios Financieros del Estado.
2. El Banco de España (Banco Central) junto a las autoridades especializadas en políticas financieras de las comunidades autónomas ejerce el control de las cooperativas de crédito y secciones de crédito. En las Canarias, la entidad pública financiera tiene poder de elaborar proyectos normativos, así como de inspección e instrucción de procedimientos sancionatorios sobre las financieras solidarias.
3. En Alemania, existe un control de dos pisos: control formal (de calidad de gestión o desempeño cooperativo) realizado por las Federaciones de Auditoría—de afiliación obligatoria— autorizadas por el Estado.
 - Las federaciones les hacen auditorías anuales o bianuales por medio de auditores especializados.
 - Y control directo del Estado por parte de la Superintendencia de Servicios Financieros, sobre el acatamiento de la ley bancaria, así como supervisa el cumplimiento de las obligaciones de las federaciones.
4. En Uruguay, la actividad de las CAC's queda bajo el control de la autoridad bancaria.
5. En Jamaica, desde 2002, las CAC's se someten al Banco Central.

¹⁶ García-Müller, 2006

6. En América Central (salvo Panamá) prevalece el control por la autoridad de supervisión bancaria, asumiendo las federaciones labores de supervisión auxiliar.

Segunda situación

Control de las cooperativas de ahorro y crédito por una autoridad especializada:

1. En los Estados Unidos de América, las «*Credit Union*» están controladas (examen y revisión) por una Agencia especializada del Gobierno Federal, la *National Credit Union Administration*, dirigida por un Bureau compuesto por 3 miembros (especialistas financieros) designados por períodos de 6 años (prorrogables) por el Presidente de la Nación con la aprobación del Senado.
2. En Puerto Rico las CAC's están bajo la supervisión especializada de la Corporación de Seguros de Acciones y de Depósitos.
3. Trinidad y Tobago tienen una autoridad especializada en CAC's la que actúa en conformidad con el Banco Central.

Tercera situación

Control dual de las cooperativas de ahorro y crédito por la Autoridad de aplicación de las cooperativas y por las autoridades de supervisión bancaria.

1. Barbados establece un control diferencial por grados, estando las de mayor grado supervisadas por el Banco Central y las menores por la Autoridad administrativa. La República Argentina la ley diferencia las Cajas de Crédito, supervisadas por la autoridad bancaria, de las mutuales y demás cooperativas que ejercen actividades diversas (incluidas las financieras) que están sujetas a un Instituto descentralizado y especializado de la Administración pública.
2. En Bolivia y Ecuador el control es diferencial, de acuerdo a si las cooperativas operan sólo con sus propios asociados (cerradas) o pueden efectuar operaciones con el público (abiertas). Las primeras, son

supervisadas por la Autoridad de aplicación en materia cooperativa; las segundas, por la autoridad bancaria o financiera.

3. En Paraguay, la supervisión de las CAC's es ejercida por un Instituto especializado de la Administración Pública y los bancos cooperativos, por la autoridad de supervisión bancaria.

Cuarta situación

Control dual por parte de la Autoridad de Aplicación y las autoridades ordinarias

1. Italia, a partir de 2002, tiene una vigilancia ordinaria, ejercida en forma concurrente entre el Ministerio con competencia en la actividad y las federaciones nacionales, a efectos de garantizar el cumplimiento del principio de mutualidad. Y vigilancia extraordinaria, que es competencia exclusiva del Ministerio de la actividad.
2. En Grecia, todas las cooperativas urbanas son supervisadas por el Ministerio de Economía Nacional, y las agrarias, por el Ministerio de Agricultura.

Quinta situación

Control indiferenciado sobre todas las cooperativas por la Autoridad de aplicación

1. Chipre tiene un servicio de Auditoría dependiente del Ministerio de Comercio.
2. En Japón, todas las cooperativas son supervisadas por la autoridad local (prefecturas).
3. Bangladesh tiene un Departamento de Cooperativas que las registra y las supervisa en combinación con el Ministerio de Gobierno Local.
4. En Tailandia, el control lo ejerce el Departamento de Promoción de Cooperativas.

5. En Ghana, Mauricio y Kenya, el control de todas las cooperativas está a cargo del Registrador de cooperativas; en Senegal, le corresponde al Departamento de Agricultura.
6. En Cuba, el control público se ejerce a través de los organismos de la Administración Central: los Ministerios; las estructuras provinciales y municipales y sus órganos de Control o Inspección, en razón de sus respectivas competencias.
7. En República Dominicana, bajo el Instituto Especializado en materia cooperativa.
8. En Venezuela, el control de las CAC's lo ejerce la Autoridad de Aplicación genérica en materia de cooperativas. Las cajas de ahorro (entidades semi-cooperativas de ahorro y crédito cerradas) son supervisadas por una Autoridad de Aplicación especializada en ellas y adscrita a otro Ministerio.
9. Colombia ejerce el control de las CAC's por medio de una sección especializada (delegatura) de la Autoridad de aplicación genérica para todo el sector solidario.

ENTIDADES DE SUPERVISIÓN DE LAS CAC'S EN AMÉRICA LATINA¹⁷

Hay diversos tipos de entidades que asumen la supervisión de las CAC's en América Latina, a saber:

De parte de Institutos Cooperativos "tradicionales"

Desde el punto de vista organizacional hay dos tipos de Institutos de Cooperativas: integrados como Departamento en un Ministerio, o independientes, o no hay Institutos de Cooperativas.

¹⁷ Arzbach y Durán, 2010

En todo caso, es criterio generalizado que para poder lograr una buena supervisión se requiere de una clara separación de las funciones de fomento y de control en entidades diferentes y un carácter técnico (no político) del Instituto.

Ahora bien, debido a la naturaleza (tamaño y dispersión geográfica de los supervisados) el costo del control puede constituir un problema. Además, que las leyes de cooperativas aplicadas por los Institutos de Cooperativas no son una base suficiente para una apropiada regulación y supervisión de las CAC, por lo siguiente:

1. Porque estas leyes son diseñadas para regular el funcionamiento de las cooperativas independientemente de sus actividades, es decir no pueden reglamentar el comportamiento específico de las cooperativas que abarcan desde el transporte o la producción agraria hasta la intermediación financiera.

En otras palabras, el criterio para la selección del tipo de supervisor estatal debería ser la actividad de la empresa y no su forma jurídica. Para la actividad de la intermediación financiera sin embargo, ya existen entes estatales de supervisión, cuya utilización permite la realización de efectos de escala y una fiscalización más eficiente y menos costosa.

2. Además, porque los institutos estatales de cooperativas en América Latina se encuentran en un constante conflicto de intereses entre sus funciones de fomento y de control de los sectores cooperativos, el cual en muchos casos no ha podido ser resuelto de una manera satisfactoria.

De parte de Superintendencias y Bancos Centrales

1. Sistema

Se hace necesaria una división de labores entre los institutos cooperativos y las Superintendencias Bancarias, en el sentido que los institutos cooperativos sean responsables del registro para todo tipo de cooperativa y ejercerían el control legal (velando por el cumplimiento de las leyes de

cooperativas) mientras las Superintendencias se encargarían de la fiscalización de la actividad financiera.

Esta división haría el control de las cooperativas financieras más eficiente, evitaría una duplicación de trabajo, de costos y el conflicto de intereses descrito. A diferencia de las CAC's, en el caso de las aseguradoras cooperativas nadie cuestiona la responsabilidad de un ente estatal especializado –sea una Superintendencia de Bancos, de Valores o de Seguros– para vigilar dichas instituciones.

Dentro de las Superintendencias conocemos dos formas de organización del control de las CAC's: unidades o departamentos especiales para la supervisión de CAC/no-bancos y unidades no-especializadas que controlen CAC's y bancos o entidades financieras indistintamente.

2. Ventajas y desventajas

Las ventajas de esta forma de supervisión son que el supervisor oficial las conoce; dado que es la forma tradicional de control, el supervisor tiene más injerencia directa; se puede familiarizar con el tipo de institución en cuestión (en el caso que la supervisión de CAC sea nueva para él), y no tiene que controlar un controlador auxiliar o delegado y comprobar la confianza depositada en él (control de calidad).

La desventaja principal de la supervisión directa es el gran cuadro de personal necesario en el caso de alta dispersión geográfica de las CAC's y el alto número de instituciones de tamaño pequeño, conduciendo a un alto costo de la supervisión debido a estos factores (difícil de cubrir con los aportes de los supervisados que tradicionalmente dependen del tamaño de la institución).

La supervisión especializada y directa del total de las CAC's por parte de las Superintendencias Bancarias en muchos casos se ve limitada por un conjunto de factores: la gran cantidad de instituciones, su relativamente pequeña participación en el mercado y -en muchos casos- la gran dispersión geográfica.

Soluciones intermedias

Si no se quiere ir tan "lejos" de asignar la función de control a una Superintendencia Bancaria o un Banco Central, se pueden considerar dos caminos:

1. La delegación de la función de control a un ente más especializado puede ser una solución para ambos problemas descritos (falta de especialización y conflicto de intereses).
2. Un “*upgrade*” del Instituto / Departamento de Cooperativas (separación fomento y control, “tecnificación” de la entidad; personal idóneo). Sin embargo, la falta de especialización (en ahorro y crédito) puede persistir en estos casos como problema.

EL CONTROL ÚNICO SOBRE TODAS LAS CAC POR MEDIO DE LA AUTORIDAD BANCARIA O FINANCIERA

Justificación

Saint-Hilaire (sf) plantea que mejor camino es endosarle la supervisión al organismo que ha sido creado y preparado para llevar a cabo el control y la supervisión del tipo de actividad que hacen las CAC´s es decir, la Superintendencia de Bancos, cuya razón de ser es la de supervisar las operaciones de intermediación financiera de todas aquellas entidades que la realicen.

En tal sentido -cree el autor- que esta institución debe asumir la responsabilidad de supervisar a las cooperativas financieras, entendida estas como toda aquella empresa cooperativa que capta recursos en libretas de ahorro y depósitos a plazos y coloca estos recursos en préstamos, sin importar que los mismos sean de sus miembros o no.

Y que la supervisión se haga por delegación, la que consiste en la contratación que hace la Superintendencia de Bancos de una entidad de prestigio nacional e internacional para llevar a cabo las tareas de aplicar la normativa a un subsector de intermediación financiera. Es importante aclarar que la Superintendencia de Bancos, con la contratación de una entidad para la realización de la supervisión no delega su responsabilidad, lo que sucede es que, en vez de esta institución tener un departamento dentro de su estructura física, lo tiene fuera y la entidad que realiza la supervisión por contrato, viene a ser una extensión de la Superintendencia de Bancos.

Refutación

En esta materia al siguiente razonamiento se le da carácter de axioma: todas las CAC's deben estar sujetas al control de la Autoridad única nacional en materia financiera o bancaria, y no por las autoridades que ejercen el control sobre todas las cooperativas. Sin embargo, pareciera que este argumento no se corresponde con la realidad por las siguientes razones:

1. Porque, *per-se*, la supervisión ejercida por las autoridades bancarias no es eficiente, ya que el mero hecho de que sea ejercida por la autoridad bancaria no garantiza sus resultados.

Se trata de un falso supuesto, ya que la experiencia mundial arroja —de vez en cuando— colapsos bancarios puntuales de inmensas magnitudes, muchas veces con la connivencia de las autoridades de supervisión, cuando no con su complicidad.

Además, nada obsta para que los mecanismos técnicos que se hayan comprobado eficientes en materia de entidades financieras puedan serlo igualmente aplicados por autoridades especializadas en cooperativismo, pero adaptados a sus características específicas.

La experiencia de Puerto Rico y reciente de Colombia, entre otras, ha demostrado que la aplicación de los controles técnicos necesarios y suficientes por parte de autoridades no bancarias arroja óptimos resultados sobre las cooperativas financieras.

2. Porque no es lógico aplicar a entidades de distinta naturaleza los mismos criterios y mecanismos de supervisión, ya que sería colocar en un mismo plano a entes que son diferentes con lo que se rompe el principio de isonomía.

Por ello, la autoridad de control y los mecanismos que emplee debe ser diferenciada, de acuerdo a la naturaleza del supervisado.

En efecto, las cooperativas (incluidas las de ahorro y crédito) tienen por finalidad la prestación de servicios preferente o exclusivamente a sus asociados, quienes son —al mismo tiempo— sus copropietarios; esto es, tienen la doble condición de usuarios y propietarios. En cambio, los bancos y demás entidades financieras tienen fines de lucro, es decir, obtención de beneficios económicos para sus dueños (que no son al mismo tiempo sus usuarios) por medio de la intermediación financiera.

3. La naturaleza de los actos que realizan los asociados con sus CAC's son diferentes de los que efectúan los clientes de los bancos.

No son actos mercantiles, sino se trata de actos cooperativos, reconocidos en gran parte de las legislaciones latinoamericanas.

En efecto, los depósitos de dinero que hacen los asociados en sus cooperativas no son depósitos de ahorros; el dinero que la cooperativa entrega a sus asociados son actos de provisión de fondos propios (que no préstamos) y la remuneración de ese dinero no son intereses, sino remuneración por su uso (Torres, 1990). Las operaciones, por efecto de la regulación del acto cooperativo, no se regulan por la legislación bancaria sino por la norma cooperativa.

4. Las características mismas de las operaciones de las CAC's las diferencian sustancialmente de los bancos.

Así, son de muy diverso tamaño, desde muy grandes a otras con pocos asociados; se trata de muy numerosas entidades, dispersas por todo el territorio; deben mantener agencias en zonas rurales apartadas o en localidades pobres de las ciudades; las cantidades de dinero que los

asociados tienen generalmente son reducidas, lo mismo que el dinero que obtienen de sus cooperativas.

Como la experiencia de la Argentina así lo demostró, la supervisión por la autoridad bancaria sobre Cajas de Crédito (auténticas CAC's) les arrojaría daños irreparables, ocasionando la desaparición de las mismas como un sector diferenciado, o la pérdida de su identidad, como también ha sido demostrado en México.

EL CONTROL DIFERENCIAL DE LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SEGÚN DIVERSOS CRITERIOS

La doctrina especializada sobre la materia sostiene que si no es posible ejercer la supervisión de todas las CAC's por parte de la autoridad bancaria, se debería ejercer un control dual, esto es: unas, por esa autoridad y otras, por la autoridad de control cooperativo, según diversos criterios:

1. Según que ejerzan operaciones sólo con sus asociados, o que sean autorizadas a operar con el público. Las primeras —cerradas—estarían bajo el control de la autoridad cooperativa; las segundas —abiertas— de la autoridad bancaria.
2. Según el grado de riesgo y el tipo de operaciones que realicen: las de bajo riesgo y limitadas a operaciones tradicionales serían supervisadas por la autoridad cooperativa; las que efectúen operaciones riesgosas y «modernas» (tarjetas de crédito, manejo de remesas del exterior, operaciones en línea) por la autoridad bancaria.
3. Por el tamaño de la entidad, determinado por el número de asociados, el volumen de los depósitos de los miembros; el monto de los créditos, etc., de manera que las pequeñas estarían bajo la supervisión cooperativa, y las grandes, por la bancaria.
4. Lo mismo por el capital que manejan o del patrimonio de que disponen. De manera que según sea el monto del capital inicial, del capital mínimo o permanente, lo mismo que por otros indicadores de naturaleza financiera,

las cooperativas serían clasificadas como de mayor o menor importancia en el mercado financiero, y controladas por agencias diferentes.

Sin embargo, estos criterios diferenciales no permiten discernir claramente entre entidades de naturaleza cooperativa y las que no lo son; resultan imprecisos y hasta discriminatorios. Y lo que persiguen es que las CAC's «pequeñas» deban desaparecer por medio de fusiones imperativas, de manera de constituir cooperativas «grandes» que sean tratadas como bancos, las que al final de cuentas, sean convertidas en bancos. Y bancos también <<pequeños>> que luego serían absorbidos por los grandes bancos.

ALTERNATIVAS¹⁸

Con base a las consideraciones anteriores, se han presentado las siguientes propuestas:

1. La determinación sobre qué institución pública deba ejercer la supervisión de las CAC's debe ser producto no de criterios aproximativos de tamaño, riesgo, operaciones, capital, etc., sino del hecho que se trate realmente de una cooperativa, y no sea una simulación o de una aproximación de cooperativa.

Para determinar si una empresa es o no cooperativa, el criterio debería ser si la misma cumple o no los principios cooperativos que es lo que —en definitiva— la caracteriza. Y ello se hace por medio de indicadores que miden el grado de cumplimiento de los principios cooperativos a través del método del Balance Social Cooperativo desarrollado por la Alianza Cooperativa Internacional junto con la Organización Internacional del Trabajo.

De manera que, sometiendo a la técnica del Balance Social Cooperativo a una CAC el resultado sería: si cumple con los principios cooperativos, es una auténtica cooperativa y, por tanto, queda bajo el control de la institución

¹⁸ García-Müller, 2006

de control cooperativo; caso contrario, pasaría a la supervisión de la autoridad financiera o bancaria.

2. Que el control público que se ejerza sobre las CAC's, así como la operatoria financiera de las secciones de ahorro y crédito de las cooperativas y otras empresas solidarias que realizan otras actividades, se ejerza por medio de una sección especializada de la misma y única Autoridad de Aplicación del sector solidario.
3. Que dicha Autoridad aplique técnicas de comprobada eficacia, procedentes o no de los mecanismos de supervisión de entidades financieras o bancarias y, ¿por qué no? en concertación con ellas. Pero, por sobre todo, que haga hincapié en la aplicación de una verdadera cultura de control interno en todas las cooperativas y en especial, en las CAC's, ya que - como es sabido, no hay control externo posible sin control interno eficiente. Es más, lo que de verdad sucede es que el control externo se ejerce, en última instancia, sobre el interno.
4. De no ser legalmente posible la cobertura de las CAC's por parte de los sistemas estatales de garantías de depósitos, se provea la creación —a mediano plazo— de un organismo de integración que establezca un Fondo de Garantías de los depósitos de los asociados, de afiliación obligatoria, bajo sanción de retiro de la autorización para funcionar. Igualmente, la constitución de un Fondo de Estabilización Financiera que permita centralizar recursos excedentes para aprovisionar financieramente a cooperativas que lo requieran.
5. Una vez en el óptimo de su operatoria, se proceda al traspaso paulatino -en plazos preestablecidos- de las funciones del Instituto de control cooperativo al propio movimiento cooperativo a través de instancias especializadas desarrolladas por el mismo, de manera de llegar —a mediano plazo— al autocontrol cooperativo.

Referencias

- Arzbach, M. (2000). Regulación y Supervisión de cooperativas de ahorro y crédito en América Latina. *Coopnetaldía*, 0217, San José, DGRV.
- Arzbach, M. (2005). *Organismos estatales para fomento y control de cooperativas en América Latina y el Caribe. Documento 13*. Sao Paulo-San José, DGRV.
- Arzbach, M. Y Durán, A. (2010). Regulación y supervisión de cooperativas de ahorro y crédito en América Latina y el Caribe. *Documentos de la DGRV*, 3. São Paulo / San José, DGRV
- Bonfante, G. (1999). Delle Imprese Cooperative. Art. 2511-254. *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro Quinto - Del Lavoro*. Bologna, Zanichelli.
- Comunidad Europea (2004). *Comunicación de la Comisión Europea sobre el fomento de las cooperativas en Europa. COM (2003) 18*, Bruselas, Comunidad Europea.
- Confederación Paraguaya de Cooperativas (2005). Hacia una supervisión del movimiento cooperativo paraguayo, Asunción.
- Cotronei, G. (1998). «L' Ispettore di società cooperativa, un ruolo difficile». *Rivista della cooperazione* 1/1998. Roma, Luzzatti.
- Cracogna, D. (2002). *Legal, Judicial and Administrative Provisions for successful cooperative development*. Ulaanbaatar, ONU.
- Cracogna, D. (2003). «La supervisión de las cooperativas en América Latina», *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, Valencia, Cirioc-España
- Cusa, E. (2002). «La vigilanza sulla cooperativa nella legge N. 142, DEL 2001». *Rivista della cooperazione* 3/2002, Roma, Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti.
- Dabormida, R. (1999). I controlli e la vigilanza sulle società cooperative. *Cooperative, consorzi, reaggruppamenti*, Ipsoa.
- De Campos, J. (1988). A Intervenção nas cooperativas. *Interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre, Fabris.
- Dupont, C. (2002). *Modelo de supervisión para la delegatura de las organizaciones con actividad financiera*, Bogotá, Supersolidaria.

- España, Reino de (1003). *Ley de modificación de la Ley 18/2002, de 5 de julio, de cooperativas de Cataluña*.
- Fernández-Peiso, A. (2006). *Neoliberalismo y derecho: una visión desde las cooperativas*. Universidad de Cienfuegos, Cuba.
- García-Müller, A. (2006). El control público de las cooperativas de ahorro y Crédito. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo 2006*. Globalización y cooperativismo. Bilbao, Universidad de Deusto
- García-Müller, A. (2007). El daño que se hace a las cooperativas con un marco legal similar a los intermediarios financieros. *Cooperativismo y Desarrollo, 91*. Bogotá. Indesco. Universidad Cooperativa de Colombia
- Hernández y López, I. (2003). «Los sistemas de fiscalización y control en las cooperativas. Aplicación al caso de Costa Rica». *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, 37*. Bilbao, Universidad de Deusto.
- Izurieta, C. (s.f.). *Marco legal para las cooperativas de ahorro y crédito en Ecuador*, Quito.
- Kesselman, S. (1992). «Estado, Autonomía y Autocontrol Cooperativo». *Anales de las Jornadas Nacionales de Derecho Cooperativo*, Buenos Aires, Intercoop.
- Moirano, A. (2005). *Manual de Cooperativas de Trabajo*. Buenos Aires, Edunla.
- Münkner, H. (1988). *Principios Cooperativos y Derecho Cooperativo*. Bonn, F.E.S.
- Münkner, H. (1995). *Examen de las repercusiones que ha tenido la recomendación sobre el papel de las cooperativas en el desarrollo económico y social de los países en desarrollo*. Ginebra, OIT.
- Münkner, H. (2006). Intervención. *Seminario Venezuela-Alemania sobre cooperativas, Caracas, UCV*.
- Naciones Unidas, Asamblea (1998). Papel de las cooperativas a la luz de las nuevas tendencias económicas y sociales. *Informe del Secretario General*, Nueva York, ONU.
- Naranjo, C. (1998). *Visión general sobre el marco jurídico del cooperativismo ecuatoriano*. San José, ACI-OIT.

- Pantano, G. (2003). «La nuova vigilanza cooperativa e il ruolo dell' ispezione straordinaria». *Rivista della cooperazione*, 3/2003. Roma, Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzati.
- Périus, V. (1988). Atenuação ou eliminação estatal tendo em vista o projeto de autocontrole. *A interferência estatal nas cooperativas*, Porto Alegre, Fabris.
- Périus, V. (2001). *Cooperativismo e Lei*, São Leopoldo, Unisinos.
- Perú, República, *Ley General del Sistema Financiero y de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros*, 26702, Lima.
- Puerto Rico, Estado Libre Asociado (2001). *Ley de la Corporación Pública para la Supervisión y Seguro de Cooperativas de Puerto Rico*.
- Saint-Hilaire, S. (2005). *¿Por qué supervisar las cooperativas de ahorro y crédito?*, Santo Domingo, Idecoop.
- Sánchez, J. (2003). Supervisión: ¿sí o no? *Síntesis 155*. Lima, Fenacrep.
- Superintendencia de Economía Solidaria (s.f.), Bogotá.
- Torres y Torres, C. (1990). *Derecho Cooperativo. La teoría del acto cooperativo*. Lima, INESLA.
- Williams, E. (2005). *Algunos pensamientos sobre un nuevo régimen regulador para cooperativas de ahorro y crédito*, St. Joseph, Eastern Credit Union.
- Woccu. Consejo Mundial de Cooperativas de Ahorro y Crédito (2011). *Ley Modelo para Cooperativas de Ahorro y Crédito*. Woccu

111. LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN

Concepto. Sistema. Jerarquía. Fuentes. Estructura organizativa. Financiamiento. Competencias. Sobre el control. Inspección y supervisión. Competencias diversas. Propuesta. La Autoridad de aplicación cooperativa en América Latina

CONCEPTO

Por Autoridad de aplicación se puede entender el organismo o entidad dependiente del Estado encargado del control y la vigilancia de las entidades del sector solidario. Tiene por misión velar para que la organización y funcionamiento de las empresas y organizaciones del sector solidario se ajusten a las normas legales y estatutarias. Su actividad debe basarse en el respeto a la autonomía de las entidades y no implica facultad de cogestión o de intervención en sus actividades.

*Objetivos*¹⁹

Lo procedente es que los objetivos de la Autoridad de aplicación estén determinados específicamente, como entidad superior centralizadora de las acciones del Estado en materia cooperativa y afines, los que pueden ser:

1. Garantizar el cumplimiento de legislación.
2. La definición de las políticas públicas relacionadas con el sector solidario.
3. La planificación, promoción, desarrollo, registro, financiamiento y control de las cooperativas, mutuales y empresas solidarias.

Ahora bien, se observa que cuando la promoción y la supervisión de las cooperativas es efectuada por una misma Administración pública e –incluso- por el mismo personal, el rendimiento efectivo de una u otra forma sufrirán necesariamente, pues nadie puede inspirar confianza como asesor y actuar al mismo tiempo como inspector.

¹⁹ Münkner, 1995 y Cracogna, 2002

Y es que la estrecha supervisión de todas las entidades como actividad de rutina resta estímulo a la acción de autoayuda y tiende a perpetuar la supervisión. De ahí la importancia de hacer que esta sea un poder extraordinario que se utiliza sólo cuando hay buenas razones para ello.

Entonces, se puede concluir que la función de promoción es, indudablemente, incompatible con las funciones de supervisión y da lugar a una excesiva interferencia de los oficiales de gobierno en las cooperativas.

SISTEMA

La naturaleza transversal de la actividad que llevan a cabo las empresas solidarias que se desarrolla en una gran variedad de sectores y la gran diversidad de entidades que forman la ESS, ha conducido a una cierta confusión en las autoridades públicas sobre como estructurar de manera coordinada su normativa y su desarrollo. Esta situación se refleja en el hecho, por ejemplo, que diversos ministerios tengan responsabilidad en el sector de las cooperativas.

En el mundo se dan diversos sistemas de estructuración de la Autoridad de aplicación, a saber:

1. Inexistencia de autoridad especializada

Puede que no exista una entidad pública especial para el control del sector solidario, por lo que -en tal caso- las entidades solidarias estarían sujetas – como cualquier persona- a un control público genérico de policía, o al control público de las sociedades en general.

Tal es el caso de Brasil y Cuba e Italia a partir de 2.002, en que la vigilancia corresponde al ministerio de la actividad socio-productiva que desarrolla cada cooperativa, con la finalidad de hacer más eficiente y eficaz el sistema de control y de eliminar superposiciones y duplicaciones entre las diversas tipologías de control, evitando que sobre la naturaleza mutualista se exprese más de una Autoridad administrativa (Cotronei, 2003).

2. Autoridad única especial

Puede ser que existe una autoridad general para todas las entidades solidarias, esto es, un organismo único especializado en la materia, que concentre funciones de fomento, de control y de financiamiento, como en el caso de ocho países de América Latina, o el actual sistema de Puerto Rico que en 2008, por la fusión de las tres dependencias existentes con injerencia en materia de cooperativas (la Administración de Fomento Cooperativo, la Oficina del Inspector de Cooperativas y el Fondo de Inversión de Desarrollo Cooperativo) creó la una Corporación única, que une en una sola agencia pública todas las funciones anteriormente separadas.

Señala Moirano (2001) que pareciera que en atención a sus orígenes históricos comunes en la Argentina (cooperativas y mutuales) su identidad de principios y sus objetivos comunes o complementarios, no hay razones para que la Administración duplique esfuerzos dedicando distintas estructuras para cada clase de entidades.

Cuesta (2000) plantea que la peculiar naturaleza del sistema cooperativo que asienta sobre una unidad doctrinaria basada en valores y principios, es lo que motiva que un solo ente público asuma el carácter de Autoridad de aplicación.

Para Cracogna (2002) la existencia de una sola agencia pública que trate con las cooperativas ofrece la ventaja de una sola y consistente política respecto de los asuntos cooperativos.

3. Autoridad múltiple

Puede ser un sistema de autoridades de supervisión separadas por tipos de empresas solidarias. Así, en Venezuela hay una Superintendencia de Cooperativas y una Superintendencia de Cajas de Ahorro.

En Europa, hoy seis estados miembros tienen un ministerio que es directamente responsable de la economía social. En algunos estados miembros se han creado unidad interministeriales (*taskforces*) con la finalidad de coordinar los ministerios involucrados (Commissione, 2002).

Área geográfica

De acuerdo al área territorial de competencia, puede haber una Autoridad especializada a nivel nacional y Autoridades regionales y, o locales como es el caso de la Argentina.

Ahora bien, en caso de optarse por el control directo del Estado lo que parece más conveniente es la descentralización de esa función de control, en el sentido que lo meramente operacional esté a cargo de agencias regionales o locales, lo más cerca posible de las empresas, y no una vasta y pesada organización burocrática a nivel nacional, con las ineficiencias y altos costos que ello comporta.

JERARQUIA ADMINISTRATIVA

Existen diversos sistemas de ubicación de la Autoridad de aplicación dentro de la organización general del Estado

Ente descentralizado

Puede tratarse de una entidad o ente descentralizado dotado de personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía en el ejercicio de sus funciones, como un Instituto Autónomo, un ente descentralizado o una Corporación pública. Es el caso más común en América Latina (16 de 20 países).

Ministerio

También, puede tener la jerarquía de Ministerio o de Secretaría de Estado de carácter general, o exclusivamente técnico, como es el caso de Francia. Para la OIT (2000) un ministerio específico del gobierno debería ser responsable de garantizar que las cooperativas sean tratadas con igualdad en todo el sistema. Debería también tener la responsabilidad de tratar de que las necesidades específicas de las cooperativas se tengan en consideración en todos los departamentos del gobierno.

Pareciera conveniente la creación de un Ministerio de Estado (sin cartera) encargado de definir las políticas públicas y de coordinar las actividades de todas las dependencias de la Administración pública hacia el sector solidario, así como de supervisar y ejercer la tutela administrativa de las actividades de la Autoridad de aplicación y de la Autoridad de fomento.

Debería procurarse que los gobiernos instituyan un ministerio de cooperativas, o al menos un ministro que tenga el sector cooperativo como una parte específica de una cartera más amplia. Esto debe ser acogido con satisfacción, a condición de que no vaya acompañado por la amenaza de una intervención en los asuntos internos de las cooperativas.

Por su parte, la *co-operative commission* de Gran Bretaña (2002) consideró que el gobierno británico debería, de inmediato, extender el mandato de un ministro del consejo de ministros que devenga responsable de la promoción de los ideales cooperativos y pueda fungir de referencia principal para el movimiento que quiera manifestar al gobierno sus aspiraciones y preocupaciones propias.

En igual sentido, Bastidas-Delgado (2002) considera que se debe pensar seriamente en la formulación y puesta en marcha de una política de estado para la economía social, y el establecimiento de una instancia de nivel ministerial, con o sin cartera, de coordinación de esfuerzos gubernamentales de alta nivel para desarrollar esa política de estado y favorecer, sin imposiciones, fórmulas de la economía social en el país.

Cracogna (2002) es de la opinión que su localización debe estar en el departamento de planificación o en las oficinas del presidente o del primer ministro, con lo cual puede definir e implementar una única política para todas las áreas de gobierno y todas las clases de cooperativas.

Lo más procedente sería la creación de un Ministerio sin cartera de carácter coordinador de las diversas dependencias públicas de control, de fomento y de financiamiento del sector social y solidario, así como de orientación de las políticas

públicas relacionadas con el mismo, de las diferentes dependencias gubernamentales con injerencia en el sector.

Dependencia subalterna

Puede, también, ser un órgano público de menor jerarquía, como una dependencia ministerial o de una entidad descentralizada, como el caso de Chile y Venezuela, lo cual limita las posibilidades de diseñar y ejecutar una política seria de control del sector solidario.

Dado el papel multisectorial del movimiento cooperativo tendría sentido que la Autoridad responsable para las funciones de reglamentación esté separada de los ministerios técnicos –como el ministerio de agricultura- y ubicarlo en un organismo central como las administraciones locales, las cámaras de comercio y las instituciones que pertenezcan al propio movimiento cooperativo (OIT, 2000). Debe tratarse de un organismo “neutro”.

Transferencia al sector

Se estima necesario que las cooperativas, mutuales y demás empresas solidarias asuman gradualmente la responsabilidad de su propia dirección y evitar indebidas intromisiones oficiales en sus propios negocios, por lo que deberían transferirse competencias de la Autoridad de aplicación al organismo nacional superior del sector y a los organismos de integración, como ha sido el caso del Brasil desde 1999.

En algunos países, las funciones de control las ejerce el movimiento cooperativo.

1. En Perú, el control de las cooperativas de ahorro y crédito no autorizadas a operar con terceros le corresponde a la Federación Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito del Perú, y la Superintendencia de Banca y Seguros ejerce la supervisión y el control de la Federación. Las demás cooperativas no son objeto de supervisión propia, limitándose a presentar informes a la autoridad en materia de estadística.

2. En Brasil, está a cargo del servicio Nacional de aprendizaje del Cooperativismo (Sescoop) que es una entidad paraestatal de régimen mixto (cooperativo-estadal).

FUENTES

1. La Autoridad de aplicación puede regirse por la legislación del Sector, bien sea dentro de la ley general, o por una especial ley especial para ella. En América Latina, 12 países regulan la Autoridad de aplicación por medio de la ley general de cooperativas o del sector solidario, y sólo 4 cuentan con ley especial de creación y regulación de dicha autoridad. En 17 países de América Latina la Autoridad de aplicación cooperativa es de carácter público, creados por leyes y generalmente dependiente de un ministerio u otra institución pública.
2. También, como integrante del aparato del Estado, lo procedente que la Autoridad de aplicación se le apliquen las leyes que regulan la actividad administrativa de los entes públicos.
3. No parece conveniente crear una normativa procedimental administrativa especial para la actuación de la Autoridad de Aplicación, sino –por mérito de economía normativa- aplicarle la legislación ordinaria de procedimientos administrativos.
4. También, se acostumbra otorgar a la Autoridad de aplicación la facultad de dictar la normativa de detalle, como son las Resoluciones de carácter general de rango sub-reglamentario, las normas operativas, pautas o directrices, los instructivos y los modelos de estatuto. Ello, sin embargo, tiene la desventaja de dejar a funcionarios de menor jerarquía dentro del aparato público, la verdadera potestad reglamentaria sobre el sector social.
5. Además, por vía -evidentemente ilegal- se dictan "circulares" que crean normas que imponen obligaciones y se instauran prohibiciones a las entidades del sector más allá del marco normativo que la ley establece

6. En algunos casos, la Autoridad de aplicación asume el dictado de "normas de buen gobierno", con lo cual excede su competencia ya que las mismas son de evidente carácter autonómico.

Además, estas prácticas son contraproducentes dada la tendencia de las dependencias públicas de ampliar sus competencias más allá del marco legal establecido, al punto de ahogar la autonomía de las entidades solidarias.

ESTRUCTURA ORGANIZATIVA

Composición

La Autoridad de aplicación, en los casos en que exista, puede estar dirigida por un cuerpo integrado exclusivamente con funcionarios de gobierno, incluso, por una sola persona, con lo se puede correr el riesgo de dejar a una individualidad adoptar arbitrarias y personales decisiones en lugar de decisiones de grupo.

Pero, se observa en muchos casos que esa agencia es conducida por un cuerpo constituido con funcionarios representativos del gobierno y del movimiento cooperativo. Afirma Cracogna (2002) que esta experiencia ha mostrado buenos resultados ya que ha permitido que las cooperativas representadas participen en las actividades del gobierno relativas a ellas y pueden retransmitir a los oficiales públicos sus necesidades y propósitos.

Fuente

La estructura interna de la Autoridad de aplicación puede estar determinada en Ley cooperativa o solidaria, o lo más frecuente es que se haga remisión al Reglamento de la misma, o a las normas internas que dicte la misma Autoridad de aplicación.

Órganos internos

1. Dirección

Lo procedente es que sea dirigida por un órgano colectivo con funciones deliberantes-decisionarias o meramente consultivas. La designación de sus integrantes, puede estar a cargo del Estado, de los organismos superiores de integración del sector, o un sistema mixto –lo más común- en que tanto el estado como el sector participan en el órgano deliberante de la Autoridad de aplicación, muchas veces en forma paritaria, aunque la tendencia es a la mayoría procedente del sector, además de la presencia de representantes de otros sectores sociales, obreros, campesinos, micro o medio empresarios, etc.

En América Latina, de 17 países que cuentan con Autoridad de Aplicación, 8 tienen representación en el órgano directivo, y 9 no.

Como atribuciones le corresponde la definición y aprobación de las políticas, los planes, la normativa interna y el presupuesto del organismo.

2. Órgano ejecutivo

La Autoridad de Aplicación debe contar con un órgano ejecutivo cuya designación puede corresponder al Poder Ejecutivo Nacional, directamente, o al órgano deliberante o al directivo de la propia Autoridad de aplicación, de duración por un período determinado. Las atribuciones de éste órgano son tanto la ejecución de las atribuciones genéricas del Ente, como las específicas del jerarca.

En Paraguay, la directiva del INCOOP es designada por el Presidente de la República de una terna escogida por la Asamblea Nacional de Cooperativas (con la participación de todas las cooperativas legalizadas) y los cuatro miembros restantes, uno por cada uno de los principales sectores de actividad cooperativa: confederaciones, producción agropecuaria, ahorro y crédito y demás tipos de cooperativas (Incoop, 2005).

Funcionarios

Encargados de la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la normativa referente a las cooperativas y demás formas de economía social y solidaria. Debe tratarse de funcionarios de carrera, ingresados por concursos de oposición, profesionales de alto nivel, preferentemente procedentes del sector solidario.

En España son:

1. Inspectores de nivel técnico superior y habilitación nacional pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y de Seguridad Social que gozan de autonomía técnica e independencia frente a cualquier influencia exterior. indebida y debe actuar conforme los principios de objetividad e imparcialidad.
2. Subinspectores que desempeñan labores apoyo, colaboración y gestión precisas para el ejercicio de la labor inspectora, dependientes técnicamente de los inspectores (García y Reguero, 2006).

FINANCIAMIENTO

El financiamiento de la Autoridad de aplicación puede provenir del presupuesto del Estado o de tasas, impuestos especiales o de multas aplicadas a las entidades del sector.

Los recursos para el funcionamiento de la Autoridad de aplicación (Institutos Autónomos o entes autárquicos (dotados de personería jurídica propia) generalmente son aportados por el Estado que asigna una partida presupuestaria para ello. Cuando son órganos dependientes de un ministerio, el sostenimiento financiero es parte del presupuesto del Ministerio y depende en cierta medida de la política gubernamental en materia de cooperativismo.

Uno de los principales problemas que se advierten con ello es que la mayor parte de su financiamiento depende de asignaciones presupuestarias de la Nación, lo cual crea una dependencia a las políticas gubernamentales y tiende a limitar

entonces la capacidad técnica y de personal para un adecuado control de todo el sector cooperativo y en especial las cooperativas de ahorro y crédito (Arzbach, 2005).

El financiamiento puede provenir del sector mediante aportes directos, determinado porcentaje de resultados de los ejercicios y de los remanentes de la liquidación.

También, puede tratarse de un régimen de financiamiento mixto, conformado con aportes paritarios o proporcionales del sector y del Estado.

Financiamiento de la Autoridad de Aplicación cooperativa en América Latina

Del análisis del cuadro siguiente se desprende que el régimen del financiamiento de parte de las cooperativas a la Autoridad que las supervisa y controla:

1. En la mayor parte de los países que tienen constituida una Autoridad de Aplicación para las cooperativas, se establece el pago de parte de las mismas de una contribución económica para financiar sus operaciones (76%: 13 de 17).
2. Las formas de contribución de las cooperativas al financiamiento de la Autoridad de aplicación es muy diverso, estando constituido por:
 - Porcentaje del capital o de los activos de la cooperativa
 - Porcentaje de los excedentes o de las utilidades del ejercicio anterior
 - Cobro por prestación de servicios prestados a las cooperativas
 - Multas aplicadas por la Autoridad de aplicación
 - Otros (tasa de regulación, cuota de sostenimiento, porcentaje de la cartera de préstamos, porcentaje de las remuneraciones pagadas a los empleados, porcentaje del salario mínimo por el número de socios).

Cuadro: Financiamiento de la Autoridad de aplicación en la legislación cooperativa de América Latina

País	Aporte de las cooperativas
Argentina	- 50% del 2% del capital cooperativo - Multas aplicadas a las cooperativas por infracciones legales
Bolivia	- Tasa de Regulación - Pago por la prestación de servicios a las cooperativas
Brasil	- 2.5% del importe total de las remuneraciones pagadas por las cooperativas a sus empleados - Rentas por la prestación de servicios - Sanciones pecuniarias
Chile	El Ministerio de adscripción fija los valores que la Autoridad de aplicación podrá cobrar a los interesados por sus propias actuaciones
Colombia	Tasa de contribución del 0.262 al 0.713 por mil del total de activos netos
Costa Rica	Multas provenientes de la ley cooperativa
Guatemala	Cuota anual que fija el Inspector de Cooperativas, calculada en relación a las utilidades netas del ejercicio anterior
Honduras	- Las CAC, 0.30% de la cartera anual de préstamos - Las demás cooperativas, 1.00% por millar de los activos de los activos totales
Nicaragua	- 2% de los excedentes netos - Multas a las cooperativas
Panamá	5% del excedente neto
Paraguay	- 0.25% del salario mínimo mensual calculado por el número de socios - 0.12% del capital integrado - Multas aplicadas
Perú	- Cuotas de sostenimiento de Fenacrep
Puerto Rico	- Cobro del costo total de los exámenes e investigaciones realizadas a las cooperativas - Multas
Uruguay	0.15% del total de los ingresos del ejercicio

Fuente: elaboración propia

COMPETENCIAS DE LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN

Concepto de competencia

Por competencia puede entenderse las potestades, facultades o poderes que el ordenamiento jurídico concede a una Autoridad pública, en el caso, la Autoridad de aplicación del sector solidario; la aptitud de obrar de la Autoridad que determina los límites dentro de los cuales ha de moverse.

La competencia se otorga en razón de la materia (el conjunto de actividades, funciones o tareas que la ley le asigna a un órgano del estado); del territorio (el ámbito espacial o límite espacial de la actuación del ente público); del grado (la posición que ocupa la Autoridad dentro de la ordenación del estado) y del tiempo. Generalmente, son de duración indefinida.

La competencia es de ejercicio obligatorio (no puede relajarse su ejercicio ni derogarse por convenios) y, como tal, es inderogable e improrrogable (no puede ampliarse, reducirse o delegarse sin autorización legal). Además, está sujeta a los principios de legalidad, especialidad y finalidad acorde con el interés colectivo.

Extensión

1. Orgánica

La competencia orgánica de la Autoridad de aplicación puede extenderse a todos los tipos de entidades o de empresas solidarias; sólo a algunas de ellas (por ejemplo, sólo a cooperativas o a cajas agrarias o de ahorro) e, incluso, puede que se extienda al control de empresas de naturaleza semejante.

2. También, puede darse una distribución de la competencia entre distintos entes públicos por razón de la actividad específica que desempeñan las empresas: seguros, intermediación financiera, mineras, de vivienda, agrícolas, etc. O, también, se puede distribuir la competencia por la naturaleza de los entes sobre los que recae: mutuales, cooperativas, cajas, etc.

3. Extensión material de su competencia.

Puede comprender la verificación de la actividad de las empresas o entidades dentro del marco doctrinario en que se desenvuelve, así como el control de legalidad de sus actos. Dice Cuesta (2000) que no cabe al ente de contralor analizar el mérito, la oportunidad, la conveniencia de los actos de las entidades, mientras ellos no contravengan expresas disposiciones legales, reglamentarias, estatutarias o principios doctrinarios acogidos por la ley en la materia.

Fuente

Las competencias de la Autoridad o autoridades deben ser fijadas con carácter previo en la ley, o puede ser que la misma ley haga remisión a la reglamentación o a las normas internas que dicte esa Autoridad, pudiendo ser de naturaleza taxativa o meramente indicativa.

Ahora bien, las atribuciones deben estar previstas expresamente en la ley dado el principio general de legalidad al que debe sujetarse toda Autoridad pública, y ser de interpretación restrictiva, por cuanto limitan de alguna manera la autonomía e independencia de los destinatarios.

Forma de ejercicio de su competencia con el sector

La competencia de la Autoridad de aplicación puede ser de concertación, de coordinación, o de delegación a los organismos de integración sobre las empresas a ellos afiliadas. La ley de cooperativas de Chile de 2002 permite la delegación de sus funciones fiscalizadoras a entidades revisoras o de supervisión auxiliar, de carácter privado, las que pueden ser empresas clasificadoras de riesgo, empresas auditoras especializadas, institutos auxiliares de cooperativas y federaciones o confederaciones.

De esta manera, se establece un sistema de acreditación y de registros de estos entes, estableciendo los requisitos de ingreso y de retiro de sus facultades. De igual manera, la Autoridad de aplicación determina las facultades de actuación, los requisitos técnicos que deban cumplir; normas sobre sistemas y procedimientos de trabajo, garantías que deban rendir, escala de aranceles que puedan cobrar, etc.

Ejercicio

El ejercicio de la competencia de la Autoridad de aplicación con otros entes públicos puede ser:

1. De supremacía, con competencia plena en materia de economía solidaria, sobre todas las dependencias públicas.
2. De ejercicio concomitante con las autoridades de policía sanitaria, del trabajo y seguridad social, de tránsito y similares de aplicación general.
3. De coordinación. De ejercicio concomitante con la Autoridad de aplicación de la actividad que desarrollan las empresas solidarias bajo su control. Ello –necesariamente- deberá conducir al establecimiento de relaciones orgánicas y permanentes entre los diversos organismos a fin de lograr una acción eficiente y armónica encaminada al logro del objetivo común que inspira a toda manifestación de contralor pública (Proyecto ley argentina, 2001).
4. Ejercicio de las competencias por parte de los entes locales por convenio con la Autoridad de aplicación sin perjuicio del control por la Autoridad de la actividad, si fuere el caso. Para la OIT (2001) las políticas de los estados deberían establecer políticas para descentralizar en la medida de lo posible, a nivel regional y local la formulación y aplicación de políticas y reglamentaciones sobre las cooperativas.
5. Ejercicio de poder de policía a cargo de las jurisdicciones locales (autorización para funcionar, cancelación, fiscalización).
6. En caso de empresas solidarias concesionarias de servicios públicos, control a cargo de la Autoridad concedente pero exclusivamente en lo referente a los términos del servicio, quedando el control ordinario en cabeza de la Autoridad de aplicación y, o de la actividad.

Duplicidades, concurrencia y solapamiento²⁰

La existencia de diversas entidades públicas con competencias sobre el sector solidario ocasiona duplicidades, concurrencia y solapamiento, lo que se traduce en ineficiencias en su actuación.

²⁰ Urrutia, 2014

1. Duplicidades

Se entiende por duplicidades la actuación de las administraciones públicas sobre un mismo objeto de intervención, espacios territoriales o personas. Puede existir duplicidad cuando dos entidades actúan desde distintos ángulos y metas en una misma realidad. De ahí puede nacer concurrencia si además de la intervención en una misma realidad se realizan acciones de control sobre una misma organización bajo parámetros distintos.

2. La concurrencia

Es un tipo de duplicidad basada en la disfunción de competencias que se produce cuando dos entidades concurren en una misma materia (como la cooperativa) produciendo altos costos para satisfacer sus demandas.

3. Solapamiento

Se entiende por solapamiento la ineficiencia que se alcanza cuando una medida de política pública se sobrepone a otra, generando vaivenes institucionales que obstaculizan el desarrollo de las materias de intervención. Se presenta solapamiento cuando en una misma organización concurren entidades que fomentan ciertos comportamientos y paso seguido una entidad de control los sanciona.

Las duplicidades, concurrencias y solapamientos pueden ser superadas a través de los siguientes mecanismos:

1. Mecanismos económicos: reduciendo la capacidad presupuestal de alguno de los entes.
2. Mecanismos organizativos: propiciando esquemas de cooperación, traslación temporal de competencias, acciones colaborativas.
3. Modificaciones normativas: que articule las competencias, llene los vacíos y propicie la distribución compartida de responsabilidades.

Carácter

El control público puede ser igualitario, esto es, para todo tipo de empresa solidaria, o variable, según la eficacia de la gestión de la empresa. Incluso, puede haber entidades exceptuadas, otras de control atenuado o intenso, según sus dimensiones o su tipo de actividad, etc.

Algunos sostienen la necesidad de modificar el sistema de control, limitándolo solo a las cooperativas que gozan de beneficios fiscales, o eliminándolo del todo y sujetándolas a los controles previstos para los tipos societarios (Bonfante, 1999).

Tipos de control

1. El control puede ser ordinario o normal, que se efectúa cada determinado lapso: cada uno o dos años; o extraordinario, que se practica cada vez que se considere necesario.
2. Puede ser un control previo, un control concomitante, o un control posterior, este último que pareciera ser lo más conveniente, dado que como se ha evidenciado, los controles previos, en la práctica, retardan cuando no obstaculizan las operaciones de las empresas solidarias.
3. Puede darse sobre todas las empresas; sólo respecto de las financieras; o sólo sobre las empresas que no sean objeto -por diverso título y por su misma naturaleza particular- de otras formas de control de naturaleza pública (financieras, de seguros, etc.).
4. El control puede proceder según la importancia económica o social de la entidad, por ejemplo, sobre las empresas que sobrepasen determinado capital, cierto volumen de operaciones, o cierto número de asociados, por ejemplo, las consideradas como de "importancia". En tal sentido, los parlamentarios latinoamericanos recomiendan "procurar que la legislación cooperativa considere criterios de control distintos que tomen en cuenta el

tamaño y volumen de las operaciones económicas que realizan las cooperativas cotidianamente” (Comisión, 2005).

5. El control podría ejercerse exclusiva o preferentemente sobre los organismos de integración de grado superior que tengan a su cargo la supervisión auxiliar o delegada de las entidades de grado inmediatamente inferior, como es el caso del Perú y República Dominicana.
6. Igualmente, control sobre los grupos empresariales del sector. Se trataría de controlar si el grupo, en cuanto tal, persigue los objetivos mutualísticos. En tal caso, el control se debe realizar a través de las relaciones interconectadas entre una actividad y otra. Podría imponerse la cesión de la participación adquirida cuando se observe falta de conexión con el fin mutualístico, obtenida aun a través del examen del balance consolidado y, en especial, del destino de los excedentes provenientes de la actividad de la participada en un uso compatible o no con el fin mutualístico de ella (Buonocore, 1997).
7. Incluso, como es el caso de Italia, el poder de acceso del inspector de cooperativas se ejerce, además que en la sede del ente, en todos aquellos otros lugares de ejercicio de la actividad, incluso sobre terceros, así como el poder de convocar e interrogar todos los sujetos relacionados en la actividad del ente cooperativo, incluidos los terceros (Marano y Zoppini, 2003).

Responsabilidad del ente de control

De acuerdo a los principios generales del derecho administrativo, la Autoridad de aplicación sería responsable patrimonialmente por los daños causados en el ejercicio de sus actividades de tutela o de control, siempre que haya culpa o falta grave de su parte.

En tal sentido, se ha sentenciado que los perjuicios causados por el administrador de una entidad (en el caso, de una mutual) comprometerían la responsabilidad del

estado, cuando las carencias de control público presenten el carácter de una falta grave (Consejo de Estado, Francia, 26-06-1971, en Saint-Jours, 1990).

Es más, modernamente se sostiene que la Administración pública es responsable patrimonialmente por los daños causados a los administrados (en el caso, las empresas solidarias) en el ejercicio de sus competencias, aún si no se logra identificar la persona responsable, en cuyo caso se sostiene que la responsabilidad se fundamenta en una falta del servicio, que no funcionó o que funcionó mal.

INSPECCIÓN Y SUPERVISIÓN

Objeto

Las inspecciones no deberían tener carácter sancionatorio sino, antes bien, carácter directivo, tutelar y asistencial. Más precisamente, tener carácter preventivo, esto es, para evitar que las entidades incurran en infracciones. En tal sentido, consideran Hernández y López (2003) que la fiscalización que realiza el Estado debe orientarse como una medida preventiva no sólo sobre la estructura y formación de las cooperativas (y mutuales) sino más bien, la tutela se debe considerar sobre la actividad y el campo de acción en que se desarrollan esos entes.

Ahora bien, cuando la injerencia de la Autoridad de aplicación en la gestión de una entidad sea considerada indispensable, teniendo en cuenta las condiciones existentes, el legislador debería definir los poderes de intervención del gobierno y reglar bajo qué condiciones las entidades que han demostrado su capacidad de dirigir sus propia actividad, bajo la forma de una administración y control democrático, puedan ser exceptuadas del control gubernamental. Por ejemplo, la clasificación en categorías en atención a la eficacia de su gestión, al realizarse la auditoria anual. En ese caso la ley puede prescribir diferentes formas de inspección y control, para cada una de esas categorías (Münkner, 1988).

Las empresas del sector solidario están sujetas a específicas reglas de vigilancia, además de los controles internos y los órganos respectivos que, sobre todo, para las nuevas y pequeñas, comportan costos más elevados de aquellos a los que están sujetas las otras empresas (Zevi, 2000).

Finalidad

La finalidad perseguida por el legislador al otorgar a la Autoridad de aplicación la potestad inspectora sería lograr la exacta observancia de las normas legislativas, reglamentarias, estatutarias y los principios doctrinarios; la subsistencia de los requisitos exigidos para la concesión de los beneficios fiscales o de otra naturaleza; garantizar el regular funcionamiento contable y administrativo; el exacto cumplimiento técnico y el regular desarrollo de la actividad que el ente se propone cumplir; la consistencia patrimonial y el estado de los activos y pasivos. En tal virtud, los funcionarios inspectores debe dar sugerencias y consejos a los administradores y a los empleados sobre el recto y eficaz funcionamiento del ente y socorrerlos con su asistencia (Dabormida, 1999).

Para Marano y Zoppini (2003) la actividad de vigilancia incluye la valoración sobre el mérito de las operaciones llevadas a cabo, sobre su compatibilidad con la búsqueda de la finalidad mutualística (no meramente lucrativa) y de la correcta gestión, sea bajo el perfil económico-patrimonial, sea de la permanencia de la democracia, sea, en última instancia, con la capacidad de satisfacer los intereses mutualísticos de los asociados.

En esta dirección, en Italia, se busca individualizar los elementos concretos de mutualidad mediante el establecimiento de parámetros como la real consistencia de la base social, la participación de los asociados en la vida de la empresa, la ausencia de ánimo de lucro, etc. (Cotronei, 2003).

La función inspectora de los poderes públicos presenta de entrada una doble articulación: con el cumplimiento de la legislación que disciplina las entidades o su funcionamiento en razón de su naturaleza y, la función de inspección que toma

título de los poderes de regulación sobre el sector de actividad económica (García, 1999).

Es indudable que la función práctica prevaleciente es la de la inspección y del control de la regularidad de la gestión de los entes y de verificar -eventualmente- la existencia de las condiciones previstas en la ley para la aplicación de medidas de rigor. Funcionalmente conexas al control de inspección en sentido estricto, son otros sistemas de control, como la solicitud de parte de la Autoridad de vigilancia de comunicar datos, precisiones y noticias varias, o la exigencia de poner cese a irregularidades de funcionamiento (Scordino, 1970).

En materia de vigilancia, además del deber general de atenerse a las instrucciones impartidas por la Autoridad administrativa que ha sido llamada a ejercerla, los administradores, en caso de inspección de la sociedad, tienen obligación de poner a disposición de la inspección todos los libros, los registros y la documentación y a dar, además, los datos e informaciones que le han sido claramente requeridas (Scordino, 1970).

FACULTADES DIVERSAS

La ley puede otorgar facultades más o menos amplias a la Autoridad de aplicación, las que pueden ser –entre otras- las siguientes:

De autorización o de aprobación de las operaciones de las empresas solidarias

Puede ser:

1. Para la emisión o rescate de títulos.
2. Para el aumento, reducción o revalorización de los recursos económicos.
3. Para la creación de reservas facultativas.
4. De acuerdos adoptados por el órgano deliberante que tengan especial trascendencia.
5. Para efectuar transformaciones societarias y para la liquidación.

6. Para efectuar operaciones inmobiliarias y financieras (lo que parece excesivo por atentar contra la autonomía de las empresas, además que obstaculiza y retarda dichas operaciones).
7. Para llevar a cabo negociaciones, inversiones, planes y proyectos.

Esta potestad de autorizar o de aprobar acuerdos o decisiones de los órganos competentes de las empresas solidarias, atenta contra el principio de autonomía reconocido generalmente en la ley, colocan en desigualdad de acción a las empresas solidarias respecto de las demás empresas las que no están sometidas, revierten la presunción de legalidad (y de buena fe) que tienen los entes privados, además que entran, retardan y –en veces- imposibilitan la sana administración de las empresas solidarias.

De objetar, suspender o prohibir

Potestad de controlar la ejecución de los acuerdos de los órganos internos, o de operaciones de las empresas solidarias, cuando se presume fehacientemente que comportan violaciones graves a la normativa, o hagan temer daños graves o irreparables para la empresa, sus miembros o terceros.

Puede alcanzar la suspensión -lógicamente con temporal preciso y con carácter preventivo- de algunas actividades, servicios, prestaciones, departamentos o secciones, pudiendo llegar al cierre total (temporal) de todas las actividades socioeconómicas de la empresa solidaria en cuestión.

De decisión o semi-judiciales

1. En caso de apelación de la negativa de admisión de nuevos miembros.
2. En caso de sanciones, o de apelación de la exclusión de miembros de la empresa, de actos de los directivos, o de actos contra los directivos.
3. De apelación de la destitución de directivos, de la suspensión de miembros, de solicitud de reintegro de aportes, entre otros.

Estas competencias son de dudosa constitucionalidad o legalidad, en cuanto el atribuir a la autoridad administrativa la resolución de conflictos interpersonales, invade la jurisdicción judicial y atenta contra el principio del debido proceso.

Sobre la declaratoria de nulidad de los acuerdos de asamblea

En relación con los acuerdos y resoluciones de los órganos sociales, algunos ordenamientos facultan a la Autoridad de aplicación para la declaratoria de la irregularidad o ineficacia a los efectos administrativos, siempre que sean violatorios de la ley, el estatuto o el reglamento, o aplicar en tales supuestos una sanción o medida similar.

En este sentido, la Procuraduría General de la República de Costa Rica (17/12/1988) sostuvo que el establecimiento de un control de legalidad no está previsto en consideración de la persona controlada sino en resguardo del interés público y de terceros que eventualmente podrían ser lesionados en sus derechos por un acuerdo ilegal. De allí la necesidad de anular los acuerdos ilegales.

Por otra parte, dado que la intervención de la Autoridad de Aplicación tiende a mantener el respeto a la ley, el control no le faculta a sustituirse a la cooperativa, revocando un acto considerado inoportuno o inconveniente y dictando el que el Instituto juzgue oportuno. Es decir, no existe control sobre la oportunidad de las decisiones tomadas (en: Fonseca, 2001).

Sin embargo, lo procedente podría ser que la Autoridad administrativa solicite del juez competente la nulidad de las resoluciones de los órganos sociales, y no ejercerla por sí misma. Debe aceptarse, entonces, que no será suficiente el acto administrativo que declare irrita alguna actuación semejante, si no cuenta con la sentencia judicial de nulidad. Ello así, desde luego, cuando la entidad interesada no acate el acto administrativo firme (Moirano, 2001).

Además, lo procedente podría ser que la Autoridad de aplicación tuviese potestad de anulación de los acuerdos de asamblea con vicios de forma o de

procedimiento, dejando la anulación de los acuerdos por vicios de fondo o de contenido a la autoridad judicial, a quien corresponde esta materia.

De convocatoria

1. De los órganos internos a nombre de los miembros, por vencimiento de los plazos sin que lo hubiesen hecho los órganos internos responsables; por solicitud de un determinado porcentaje de ellos y durante la intervención.
2. Por la negativa de los órganos internos de hacerlo cuando corresponda; o en caso de situaciones que comprometan gravemente la estabilidad de la entidad, como medida previa a la disolución.

En materia normativa

1. De dictar disposiciones de carácter sub-legal o sub-reglamentaria, si tiene otorgada la potestad reglamentaria, bien sea por poder propio, o por delegación del poder ejecutivo.
2. De dictado de normas complementarias, tales como resoluciones o normas operativas.
3. De interpretación de la normativa, la que puede ser de carácter obligatorio, vinculante o recomendatoria. Sin embargo, se observa que la potestad de interpretar la normativa atribuida a funcionarios de dichas entidades, removibles de sus cargos y supeditados al programa político del gobernante, no tiene los atributos de imparcialidad (independencia, inamovilidad y responsabilidad, entre otras) lo que pone en entredicho la certeza jurídica (Evans, 2002).
4. De elaboración de proyectos normativos en la materia.

Se objeta que no es admisible que las normas dictadas por esos órganos fiscalizadores creen situaciones jurídicas nuevas, impongan obligaciones no previstas en la legislación regular, establezcan prohibiciones señalen tipos penales administrativos o apliquen sanciones en caso de infracción a tales normas.

De coordinación y planeamiento

1. Definición de políticas públicas relativas al sector solidario.
2. Formulación del plan nacional de desarrollo del sector, en necesaria concertación con los organismos superiores del mismo.
3. La coordinación de las actividades de todas las dependencias del gobierno relacionadas con el sector solidario, de manera de evitar solapamientos o acciones contradictorias de diferentes agencias gubernamentales. En este sentido, la OIT (2000) observa una necesidad generalizada de coordinar la manera en que los distintos organismos gubernamentales ponen en práctica las políticas oficiales en relación con las cooperativas.

De registro

De registrar los actos de constitución, de transformaciones y de la extinción de las entidades del sector y de otras formas jurídicas semejantes; de la designación y remoción de los directivos y del gerente; del aumento y reducción de recursos económicos; de los estados financieros e informes de gestión; de las actas de los órganos internos, etc.

Sin embargo, por la naturaleza meramente administrativa de la Autoridad de aplicación, lo procedente es que esta función se encomiende a una entidad especializada en el Registro. En Brasil, lo hace el propio sector cooperativo.

De promoción

Aunque se recomienda la separación de las funciones de control de las de promoción y fomento, en muchos casos se otorga a la misma Autoridad de aplicación llevar a cabo actividades de educación, de fomento y desarrollo del sector solidario.

En todo caso, comoquiera que el ejercicio de las facultades de control comporta necesariamente la instauración de un efectivo sistema de control interno en las

empresas solidarias objeto de dicho control, se hace imperativo el desarrollo de actividades de educación en tal dirección.

PROPUESTA²¹

Mientras se logre el traspaso –paulatino- de las funciones de la Autoridad de aplicación al propio sector solidario, a través de instancias especializadas que el mismo haya ido desarrollando, el control público del sector solidario debería llevarse a cabo a través de una institución que tenga las siguientes características:

1. Sea un Instituto Autónomo, Corporación o entidad pública con personalidad jurídica y patrimonio propio, dotado de autonomía normativa, funcional, organizativa y administrativa.
2. Esté especializado exclusivamente en el control de todo el sector solidario, incluidas las empresas que ejercen actividad financiera.
3. Sus órganos directivos sean integrados por representantes del Estado y de los diversos tipos de subsectores que componen el sector solidario, preferentemente en forma mayoritaria.
4. Sea dotado de adecuados recursos humanos profesionales de alto nivel de especialización y con independencia de criterio; de medios tecnológicos modernos, con especial utilización de la telemática; así como de recursos financieros apropiados y suficientes.
5. Funcione de manera descentralizada, manteniendo a nivel nacional la definición de las normativas y políticas, dejando lo operativo a los niveles regional y local.
6. Ejercer preferentemente una acción preventiva y de tutela, sin desmedro de la correctiva y sancionadora, sólo cuando fuese estrictamente necesario y haga hincapié en la aplicación de una verdadera cultura de control interno.⁴

²¹ García-Müller, 2006

Como se puede observar en el cuadro siguiente, las principales características de la Autoridad de aplicación de las cooperativas en América Latina son, entre otras:

1. En casi la totalidad de las legislaciones la Autoridad de aplicación tiene naturaleza de Instituto Autónomo o de persona pública descentralizada dotada de personería, patrimonio propio y autonomía (90%). Solamente en Chile la Autoridad de aplicación tiene rango de dependencia ministerial.
2. Sólo en tres países (Brasil, Cuba y Perú) no existe una Autoridad pública especializada en el control y la supervisión de las cooperativas.
3. En la mitad de los países la autoridad de aplicación ejerce funciones conjuntas de fomento y de control, mientras que en la otra mitad se dedica exclusivamente a actividades de control y supervisión.
4. En un poco menos de la mitad de las legislaciones los organismos de integración cooperativa participan de pleno derecho en el órgano colectivo de dirección de la Autoridad de aplicación, aunque en proporciones diferentes a la participación de las diferentes entidades públicas con injerencia en el sector. En otros casos, participan en órganos de carácter meramente consultivo de la Autoridad.
5. Una característica peculiar de América Central es que la mayoría de las legislaciones contemplan la participación de los organismos de integración del sector cooperativo en las instancias decisorias de la Autoridad de aplicación (cinco de seis países) mientras que en el resto de países sólo tres lo tienen (Paraguay, Puerto Rico y República Dominicana).
6. De particular connotación es el caso del Uruguay, en donde no existe Autoridad especializada de aplicación, siendo sus funciones asignadas a una autoridad de control de entidades públicas, como lo es la Auditoría interna de la Nación.
7. En Brasil el movimiento cooperativo asume su propio control, y en Perú lo hace respecto de las cooperativas de ahorro y crédito-

Cuadro: Autoridad de aplicación de las cooperativas en América Latina

País	Denominación	Autoridad de supervisión y control autónoma y especializada	Competencias		Participación del Sector	
			Fomento y control	Sólo control	Si	No
<i>Argentina</i>	Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social	Si	X			X
<i>Bolivia</i>	Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas	Si		X		X
<i>Brasil</i>		No existe				
<i>Chile</i>	Departamento de Cooperativas	No		X		X
<i>Colombia</i>	Superintendencia de Economía Solidaria	Si		X		X
<i>Costa Rica</i>	Instituto de Fomento Cooperativo	Si	X		X	
<i>Cuba</i>		No existe				
<i>Ecuador</i>	Superintendencia de Economía Popular y Solidaria	Si		X		X
<i>Guatemala</i>	Instituto Nacional de Cooperativas	Si	X		X	
<i>Honduras</i>	Consejo Nacional Supervisor de Cooperativas	Si		X	X	
<i>México</i>	Instituto Nacional de la Economía Social	Si	X			X
<i>Nicaragua</i>	Instituto Nicaraguense de Fomento Cooperativo	Si	X		X	
<i>Panamá</i>	Instituto Panameño de Cooperativas	Si		X		X
<i>Paraguay</i>	Instituto Nacional del Cooperativismo	Si	X		X	

Perú		No existe				
Puerto Rico	Corporación Pública para la Supervisión y Seguro de Cooperativas	Si		X	X	
República Dominicana	Instituto de Desarrollo y Crédito Cooperativo	Si	X		X	
Salvador (El)	Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo	Si		X	X	
Uruguay	Auditoría Interna de la Nación	No		X		X
Venezuela	Superintendencia Nacional de Cooperativas	Si	X			X
20	17	Si: 16 No: 1	8	9	8	9

Fuente: elaboración propia

Referencias

- Arzbach, M. Y Durán, A. (2005). *Organismos estatales para fomento y control de cooperativas en América Latina y el Caribe*. Documento 13. São Paulo-San José,
- Bastidas-Delgado, O. (2002). *Hacia una política de Estado para el desarrollo de la Economía Social en Venezuela*. Caracas, Cepac-UCV
- Bonfante, G. (1995). Cooperativism and large cooperatives, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, Bilbao, Universidad de Deusto
- Buonocore, V. (1997). *Diritto de la Cooperazione*. Bologna. Il Mulino
- Commissione Europea (2002). Le cooperative nell' impresa europea. *Revista della Cooperazione*, 2/2002. Roma. Istituto italiano di studi cooperativi luigi Luzzati
- Cotronei, G. (2003). Come cambia la vigilanza degli enti cooperativi. *Rivista della Cooperazione*, 1/2003. Roma. Istituto italiano di studi cooperativi luigi Luzzati

- Cracogna, D. (2002). *Legal, Judicial and Administrative Provisions for successful cooperative development*. Ulaanbaatar. ONU
- Cuesta, E, (2000). *Manual de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires. Abaco
- Dabormida, R. (1999). I controlli e la vigilanza sulle società cooperative. *Cooperative, consorzi, reaggruppamenti*. Ipsoa
- Fonseca, R. (2001). *Manual de Derecho Cooperativo Costarricense*. San José, Editorial Guayacán
- García, A. y Reguero, J. (2006). La inspección del trabajo ante el hecho cooperativo. La descalificación de las cooperativas. *Economía social y cooperativismo*. Valladolid, Lex Nova, S.A.
- García-Müller, A. (2006). El control público de las cooperativas de ahorro y Crédito. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo 2006*. Globalización y cooperativismo. Bilbao, Universidad de Deusto
- Hernández, O. Y López, I. (2003). Los sistemas de fiscalización y control en las cooperativas. Aplicación al caso de Costa Rica. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 37. Bilbao. Universidad de Deusto
- Incoop (2005). *Origen y evolución del cooperativismo y su legislación en Paraguay*. Asunción. Neticoop
- Marano, P. y Zoppini, A. (2003). La nuova vigilanza e la riforma del diritto societario. *Revista Della Cooperazione 1/2003*. Roma, Istituto italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti
- Moirano, A. (2001). *La fiscalización pública y privada en cooperativas y mutuales*. Córdoba. Internet
- Münkner, H. (1988). *Principios Cooperativos y Derecho Cooperativo*. Bonn. F.E.S
- Münkner, H. (1995). *La Legislación Cooperativa y la función reguladora del Estado*. Ginebra. OIT
- 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
- Scordino, F. (1970). *La Società Cooperativa*. Nápoles. Jovene

- Urrutia, I. (2014). Duplicidades. Concurrencia e ineficiencia en el entramado institucional vasco. *Revista vasca de administración pública*, N° 99-100
- Zevi, A. (1999). Redazione conclusiva: le condizone della imprenditorialita cooperativa. *L'Imprenditorialità cooperativa nella europa del 2000*. Bologna. Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti

112. SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Aspectos generales. Principios sancionatorios. Causales. Procedimiento. Sanciones aplicables. Descalificación Administrativa. Recursos administrativos

ASPECTOS GENERALES

Concepto

En el ámbito administrativo está aceptada la responsabilidad de las personas jurídicas, sin discusión. Se dice que la aplicación de sanciones administrativas procede en caso de incumplimiento de reglamentos (transgresiones) y ofrece como ventaja la sencillez de trámites y requisitos para su aplicación, lo que las torna más eficaces que las penas por los delitos (Berruez, 2007).

Las sanciones son las medidas punitivas que puede imponer la Administración pública a las empresas solidarias que infrinjan las disposiciones legales que las rigen, con un objeto que suele ser de prevención y puesta en ejecución de los medios necesarios para evitar o impedir irregularidades.

La fiscalización de las cooperativas ha de verse no sólo con el espíritu corrector y sancionador, sino que la misma debe constituir un conjunto de medidas previsoras, con objetivos de alcanzar normas eficaces de buena administración. De manera que la fiscalización en la parte previsoras ha de constituir una especie de asesoría, mientras que en lo atinente a las medidas sancionatorias impone sanciones escalonadas (Carrasco, Medina y Ditrén, 1987).

Caracteres

1. Debido proceso

Las sanciones deben ser el producto de un debido proceso que comprende el que tenga base legal cierta, que sea pronunciada por la autoridad competente, esté basado en pruebas, tenga carácter contradictorio el

procedimiento llevado, exista el derecho de la defensa y haya la posibilidad de revisión por parte de una instancia superior.

2. Situación anómala

Presupone siempre la existencia de una situación anómala en la gestión y pueden ser represivas de la entidad (liquidación) o de sus órganos (gestión comisarial) o también sustitutiva de los órganos mismos (sustitución de los liquidadores) (Scordino, 1970).

3. No tener carácter confiscatorio.

En tal sentido, cuando la ley establece una multa cuyo pago implique, directa o indirectamente, el sacrificio de bienes del sancionado en una proporción que comporte la pérdida de todos ellos o de una parte significativa, en el caso de las personas naturales, o que en el caso de las personas jurídicas torne inviable el giro de la empresa debido al monto del pasivo derivado de ese pago, deberá reputarse que la respectiva norma habrá infringido el límite constitucional de la no confiscación.

En esa contextualización juega un papel relevante por parte del legislador o del administrador la ponderación de la situación económica del sancionado y la valoración de la actividad económica como tal, regulada en la ley que contiene el dispositivo sancionatorio (Peña, 2005).

4. Adecuadas, necesarias y proporcionales

En consecuencia de lo anterior, las sanciones deben ser adecuadas (cuando con ellas pueda conseguirse efectivamente el fin perseguido con su establecimiento); necesarias (cuando en el caso específico no resulta posible adoptar otra determinación menos gravosa); y proporcionales en el sentido estricto (en cuanto debe valorarse adecuadamente los presupuestos de hecho y las circunstancias concurrentes en cada caso) (Gamero, 1996).

5. Aplicación del principio *non bis in ídem*, por el cual no puede sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento (García y Reguero, 2006).

Sujetos activos

Ordinariamente la potestad sancionadora se atribuye a la Autoridad pública, sea esta la Autoridad de aplicación o bien la Autoridad de la actividad, o ambas.

Sin embargo, modernamente se plantea no solo la posibilidad sino la necesidad que la competencia sancionatoria sea traspasada o asumida por las propias instancias organizativas del sector solidario, o por una Autoridad pública no estatal conformada en su totalidad o en forma mayoritaria por el propio sector.

En contra, Evans (2002) estima como directa contravención constitucional el que, en algunos casos, el legislador permita a esas entidades aplicar sanciones por infracción a órdenes, instrucciones, circulares (o como sea la denominación que derive de su potestad normativa) por ellas dictadas. En tales casos, además – afirma- se produce una evidente ausencia de certeza jurídica.

Sujetos pasivos

Los sujetos pasivos pueden ser tanto las empresas solidarias como las personas físicas o jurídicas que resultaran responsables de las violaciones de la ley.

1. En caso de acciones u omisiones que entrañen incumplimiento de la ley, la responsabilidad recae en primer lugar, sobre aquellos que tienen facultades directas en la gestión y representación de la entidad, es decir, los administradores que por disposición legal deben desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal, responsabilidad de los daños que causen por actos contrarios a la ley o al estatuto, o por realizarlos sin la diligencia debida. Es una imputabilidad personal.
2. Igualmente, los directores (gerentes) aunque doctrinalmente también hay la opinión de que el Director no es un órgano de la cooperativa sino un representante voluntario de la misma que requiere de poder para actuar en su nombre.

Se excluyen los apoderados por no ser competentes ni responsables del cumplimiento de la ley cooperativa.

3. Pueden ser sujetos pasivos de las sanciones tanto las empresas solidarias formalmente registradas como las formas previas de estas; las empresas en período de promoción y las formas jurídicas similares; los organismos de integración y las personas jurídicas o entidades con personería, resultantes de procesos de concentración.

Señala Gadea (2009) que en la actualidad se admite la capacidad de las personas jurídicas para cometer infracciones y por tanto ser sancionadas, pues puede faltar el elemento volitivo pero no la capacidad de infringir las normas; por lo tanto, se trata de acomodar el principio de culpabilidad a la imputación de infracciones a las personas jurídicas.

4. La acción u omisión que incumple la ley puede haber sido autorizada o ratificada por la asamblea, es decir, por el órgano supremo de expresión de la voluntad social. En este caso ¿qué alcance debe darse a la cooperativa como sujeto responsable de acciones y omisiones que entrañen el incumplimiento de la ley?

PRINCIPIOS SANCIONATORIOS

Proporcionalidad

La potestad sancionatoria se rige por el principio de proporcionalidad, consecuencia de su carácter estrictamente reglado. Como señala García y Reguero (2006) en España las sanciones son susceptibles de imposición en grado mínimo, medio o máximo, reparando en diversos criterios que en materia de cooperativas se graduarán atendiendo al número de socios afectados, repercusión social, malicia o falsedad y capacidad económica de la cooperativa.

Además, una particular agravante es la reincidencia que existirá cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción

anterior en el plazo determinado siguiente a la notificación de ésta, siempre que la sanción haya adquirido firmeza.

*Actividad reglada*²²

No cabe admitir que en esta materia haya aspectos discrecionales, es decir, cuestiones en que la Administración tenga “libertad” para elegir entre soluciones distintas pero igualmente justas –indiferentes jurídicamente-. La imposición de sanciones económicas determinables dentro de una banda legalmente preestablecida, no implica discrecionalidad administrativa, ni siquiera discrecionalidad técnica.

Se parte del criterio que toda la actuación de la Administración en el terreno sancionador resulta reglada incluso cuando se trata de cuantificar las multas –no cabe pensar que dos multas distintas pueden resultar igualmente justas para una misma infracción-, pues aunque hayan de ser tenidos en cuenta conceptos jurídicos indeterminados, con el margen de apreciación que demanda su halo de dificultad, la aplicación de tales conceptos es un proceder reglado. La cuantificación de las multas, materia reglada, ha de hacerse atendiendo a los criterios establecidos expresa o implícitamente por la normativa sancionadora.

*Culpabilidad*²³

La legislación cooperativa muestra una acusada tendencia a atribuir la responsabilidad de las conductas infractoras, en primer término, a las propias cooperativas, y en cuanto les sean personalmente imputables, a los miembros de los órganos sociales, aun cuando, en tal caso, falte el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos.

Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha

²² Burzaco, 2007

²³ Fernández, 1993

protección sea realmente eficaz. A eso se añade la dificultad de imputar responsabilidad a personas físicas concretas dentro de organizaciones complejas.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad de las personas jurídicas no se fundamenta tanto en la culpabilidad, “sino en la simple necesidad preventiva derivada del hecho de la imposibilidad de identificar al autor, cuando la infracción redundó en beneficio de la entidad y faltaron las medidas de dirección y vigilancia necesarias para evitar la infracción”.

Es más, en la contravención o falta administrativa, el dolo y la culpa no desempeñan ningún papel en lo que respecta a su gravedad, y por regla para castigarla basta la segunda; ni tampoco tiene función la tentativa (Berruezo, 2007).

Tipicidad

En materia de tipicidad sancionatoria rigen los siguientes principios:

1. Las causas para la imposición de sanciones no pueden tener carácter enunciativo sino taxativo, y tienen que ser de estricta interpretación restrictiva por tratarse, efectivamente, de sanciones
2. Las faltas o irregularidades pueden ser establecidas en forma genérica, por ejemplo, por el incumplimiento de obligaciones, la contravención de prohibiciones, la comisión de actos de violación de la ley o los estatutos y los acuerdos del órgano deliberante. O, lo que es lo más procedente, estar expresa y categóricamente determinadas, reduciendo de esa manera la discrecionalidad de la Autoridad para la imposición de sanciones. También es necesario prever la situación de reincidencia.
3. Las condiciones deberían ser las normales de todo acto administrativo punitivo, como son la realización de una investigación previa y la garantía del derecho de defensa, con posibilidad de descargo, de presentación de testigos y producción de pruebas.

4. En todo caso, el acuerdo de la Administración que imponga las sanciones debe ser motivado, en cuanto exprese las razones de hecho y de derecho que justifican la emisión del acto y que lo fundamentan.

Ahora bien, cuando las causales de sanción sean indeterminadas o genéricas, “habrá que justificar la aplicación de dicho concepto a las circunstancias de hecho singulares de que se trata; otra cosa no es expresar un motivo, es, más bien, formular una conclusión” (Gamero, 1996).

CAUSALES DE IMPOSICION DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Del estudio comparativo de la legislación cooperativa latinoamericana se ha construido el siguiente cuadro de algunas de las causales por las cuales la Autoridad de aplicación pueda imponer sanciones administrativas a las cooperativas.

Cuadro: Causales de sanciones administrativas a las cooperativas

Incumplimiento de obligaciones legales

1. Realizar operaciones no autorizadas y, o distintas al objeto social
2. Realizar operaciones del objeto social con terceros cuando no estén permitidas por la ley y, o el estatuto
3. Realizar o respaldar actividades contrarias a la finalidad cooperativa o actuar en cualquier forma al servicio de terceros en perjuicio del interés de las cooperativas asistidas.
4. Realizar actos de disposición excediendo las facultades establecidas.
5. Disminución del capital por debajo del mínimo
6. No realizar asamblea en el tiempo o con las formalidades establecidas
7. No elección de directivos en los períodos correspondientes
8. Ejercicio de cargos directivos por mayor tiempo del establecido

9. Impedir u obstaculizar el ejercicio de las funciones del órgano de control interno
10. No llevar registros de miembros, archivos y, o actas
11. Llevar la contabilidad no actualizada y, o no conforme con el código de cuentas autorizado
12. No constituir fondos y reservas, no asignarle las cantidades que les correspondan, o darles un destino diferente
13. No aplicar los fondos de educación a los fines legales y estatutariamente establecidos.
14. Impago de los impuestos, tasas, contribuciones parafiscales y derechos de registro que correspondan
15. Las derivadas del incumplimiento de los deberes y funciones previstos en la ley o los estatutos

Ejercicio de actividades prohibidas

1. Utilizar la denominación o el acto constitutivo para encubrir actividades o propósitos especulativos o contrarios a las características de las cooperativas, o no permitidos a éstas, por las normas legales vigentes.
2. Conceder preferencias o privilegios a los miembros, directivos, funcionarios y empleados
3. Admitir como asociados a quienes no puedan serlo por prescripción legal o estatutaria.
4. Exigir a los miembros de nuevo ingreso aportes económicos u obligaciones económicas extraordinarias, superiores a los aportados por los fundadores
5. Establecer acuerdos con terceros que les permitan beneficiarse de los beneficios concedidos a las empresas solidarias
6. Repartir entre los asociados las reservas irrepartibles, los auxilios o las donaciones de carácter patrimonial.
7. Favorecer a miembros, directivos, funcionarios, empleados o terceros con los beneficios que otorga la ley a las empresas solidarias

8. Acreditar a los asociados excedentes cooperativos por causas distintas a las previstas en la ley.
9. Avaluar arbitrariamente los aportes en especie o adulterar las cifras consignadas en los balances.
10. Ocultar, alterar o suprimir en forma fraudulenta cualquier informe, datos o hechos relacionados con la organización
11. Enajenación o empleo de bienes adquiridos por la empresa en goce de beneficios fiscales, por personas diferentes.
12. Ejercer actividades de carácter político-partidista, o discriminaciones por razones de raza, sexo, condición social, religiosa o política

Infracciones

1. Obstaculizar, retardar, impedir o no entregar la información debida sobre la situación económica y de gestión de la empresa
2. Obstaculizar la supervisión, intervención y el control de la Autoridad de aplicación
3. Consentir hechos que afecten el prestigio del movimiento cooperativo
4. Ocultar la verdadera situación de la organización
5. La transgresión generalizada de los derechos de los miembros
6. Incumplimiento de planes y programas de educación
7. No observar en la liquidación las formalidades previstas en la ley y los estatutos.

Fuente: elaboración propia

PROCEDIMIENTO

Por el principio de economía legislativa lo lógico es que para la aplicación de sanciones se siga el procedimiento administrativo ordinario, tanto por silencio legal como por remisión expresa de la ley, aunque la ley podría establecer expresamente un procedimiento especial, lo que no pareciese lo más conveniente.

Lo que sí podría admitirse en la incorporación de algunas adecuaciones al procedimiento ordinario, en especial, en cuanto a la reducción de plazos para decisión de la Administración, más no para las actuaciones de los sujetos pasivos, ya que ello implicaría detrimento de sus derechos procesales.

El procedimiento debería constar de algunas **etapas**, entre las que se mencionan:

Conocimiento

Conocimiento de las faltas por cualquier vía o como resultado del control administrativo por parte del organismo competente (de oficio). Igualmente, por denuncia efectuada por los órganos de control interno de las empresas solidarias, por los miembros (individual o un porcentaje de ellos), por el organismo de integración, por los acreedores, por los trabajadores asalariados, o por los terceros que se consideren afectados en sus derechos e intereses legítimos y directos.

Actuaciones previas

Es necesario el agotamiento de actuaciones previas como pueden ser:

1. Apertura de sumario o expediente, con el fin de realizar investigaciones para determinar la incursión de los presuntos sujetos pasivos en la comisión de irregularidades.
2. Audiencia o emplazamiento de los interesados a fin de conocer la imputación, realizar los descargos, ofrecer la prueba y alegar sobre la producida (Ley de Argentina).
3. La indicación por parte de la Autoridad de aplicación de medidas a adoptar por parte de la empresa en cuestión, con indicación de las personas obligadas y el plazo para hacerlo, normalmente con advertencia de sanciones.

Llamada *deffida* en Italia, mediante ésta la empresa es puesta en grado de corregir las irregularidades que se le imputan y, por tanto, de eliminarlas.

Puede consistir válidamente en una indicación de las irregularidades dirigida al consejo de administración (Paolucci, 1999).

Es necesaria solo cuando la irregularidad encontrada puede ser superada en el término concedido y es superflua cuando los hechos no permitan alguna forma de regularización o cuando haya una particular urgencia de proceder.

4. Exigencia de presentación de informes en plazos determinados.
5. Emplazamiento para la convocatoria o, en su defecto, convocatoria directa de la asamblea y del órgano directivo y de control.

SANCIONES APLICABLES

Aspectos generales

Las sanciones a aplicar pueden estar establecidas en la ley o remitidas por ésta al Reglamento de la ley, o encontrarse en las normas que regulan la actividad de la empresa. En todo caso, deberían basarse lo menos en la discrecionalidad del funcionario y más en la particular realidad territorial en donde funciona la empresa, de manera que lo que sea considerado sanable por un funcionario, sea considerado no sanable en otra parte o viceversa (Brunori, 2002).

Torres (1987) estima que el Estado debe limitarse a intervenir en las cooperativas cuando la infracción legal es evidente. En tal caso, la situación debe estar señalada expresamente en la ley y limitarse a la acción del órgano gubernamental a inspeccionar, multar, cancelar la autorización de funcionamiento o solicitar la disolución ante el Juez competente.

Señala el mismo autor que nunca debe sustituir la voluntad de los miembros de la empresa, presionar su orientación, multar a los directivos, o adoptar medidas similares como declarar nulos determinados acuerdos, o procesos electorales, etc. Sin embargo, éste criterio es discutible, ya que el estado no tiene la facultad de declarar ineficaz a los efectos administrativos la resolución de una asamblea, por ejemplo. Entonces, estaría sustituyendo la voluntad de los asociados.

Las sanciones a aplicar difieren según sean los sujetos sancionados:

Sanciones a los directivos

Las sanciones a las personas de los directivos pueden consistir en:

1. Amonestación, la que puede ser verbal o escrita.
2. Multas, que pueden ser pagadas por el directivo responsable o por los directivos en forma solidaria, y nunca debiera estar a cargo de los fondos de la empresa.
3. Suspensión temporal del ejercicio del cargo o de los derechos como miembro (para lo cual se debe establecer un plazo máximo).
4. Remoción en el ejercicio del cargo.
5. Inhabilitación para el ejercicio del cargo en un plazo determinado en el futuro.
6. Arresto o privación de libertad o penas análogas o sustitutivas.

Sanciones a las empresas solidarias

Las sanciones a las empresas solidarias pueden consistir en:

1. Restricciones al régimen de protección o de las ayudas o subvenciones públicas; del derecho de preferencia, del financiamiento, etc. Pueden tener carácter general (todas) o particular (alguna de ellas) por un lapso que no debería ser discrecional sino reglado.
2. Suspensión de beneficios fiscales con carácter general o particular, y durante un lapso que debería ser reglado, pero siempre por decisión judicial.
3. Multas, las que pueden tener un monto igualitario y determinado, o de acuerdo con el tipo y características de la empresa, de su capacidad económica, de la gravedad de la falta o de reincidencia. En todo caso, de carácter reglado y no discrecional.
4. Solicitar al juez la suspensión de acuerdos de los órganos sociales cuando fueren contrarios a la ley o el estatuto.

5. Suspensión de determinadas operaciones o de específicas actividades productivas que desarrolla la empresa, por un lapso determinado, prudentemente fijado de manera que no se traduzca por su duración, en una medida de cierre de la empresa.
6. Mecanismos de administración dirigida por parte de la Autoridad pública o con la participación de los organismos de integración del sector.
7. Impulso de procesos de fusión o de escisión imperativa o de conversión de forma jurídica, pero los que necesariamente deban ser aprobados por los miembros en sesión extraordinaria del órgano deliberante con las mismas mayorías exigidas para esos procesos y que en caso de ser desechados por los miembros, se podría pasar a sanciones de mayor envergadura. Algunos autores admiten también el acuerdo aprobado en una asamblea ordinaria.
8. Intervención administrativa, bien sea por decisión judicial a instancia de Autoridad de aplicación, por decisión directa de la Autoridad de aplicación, o por solicitud del organismo de integración al que se encuentre afiliada la empresa en cuestión.

DESCALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

Concepto

La descalificación administrativa (cancelación del registro o disolución compulsiva) constituye una forma de extinción de la empresa solidaria por decisión de la Autoridad pública, por haber incurrido en faltas muy graves contra la ley, las normas internas o los principios o valores del sector.

Representa la sanción más grave a disposición de la vigilancia administrativa y puede ser dictada solo en las hipótesis previstas, o en el caso en que, a juicio de la Autoridad gubernativa, la entidad no esté en grado de cumplir los fines para los cuales ha sido constituida (Bonfante, 1999).

Para Gadea (2001) es la máxima sanción administrativa que se aplica a una cooperativa cuyo fundamento es preservar su naturaleza y configuración jurídica, tal y como la conceptúa la ley. Con ella se pretende evitar y sancionar la utilización de la cooperativa de manera y con fines distintos de los que establece la ley, bien por negligencia o falta de cuidado en su cumplimiento, o bien por una deliberada intención de utilizar la figura cooperativa para fines opuestos a la misma.

En contra, Paniagua (2005) sostiene que técnicamente es más adecuado, en lugar de la descalificación administrativa (si el legislador pretende que la comisión de infracciones muy graves de normas legales, una vez acreditadas –y no subsanadas- provoquen la extinción de la cooperativa) facultar a algún órgano administrativo para instar la disolución judicial ante la jurisdicción ordinaria.

La doctrina contemporánea es coincidente en que la descalificación solo sea pronunciada por la Autoridad jurisdiccional –a instancia administrativa- de manera de preservarse la garantía constitucional del derecho de asociación.

Tipos de descalificación

La descalificación puede darse:

1. Por medio de la extinción de la personería jurídica y subsiguiente liquidación, o
2. Por cancelación del registro especial (cooperativo o solidario) con la subsiguiente pérdida de los beneficios impositivos o de otra naturaleza que la ley les reserva, pero continuando la personería bajo otra forma jurídica ordinaria (Sistema italiano).

Carácter²⁴

1. La cancelación del registro debe ser una actividad de carácter judicial, netamente reglada, y que se produce sólo por la incursión en causales previamente tipificadas, las que deben configurar hechos objetivos.

²⁴ García y Reguero, 2006

Muchas veces se ha subrayado la excesiva discrecionalidad de apreciación de la Autoridad gubernativa; en esta circunstancia, aparte de la posible arbitrariedad de la decisión, se configura incluso una intromisión en la autonomía de los asociados que parece, en muchos casos, impropia (Bonfante, 1999).

2. Las razones descalificadoras son en interés de la cooperativa, y sólo en aquellos casos en los que se aprecia un incumplimiento o una actuación improcedente o maliciosa de la cooperativa, se sancionan con la descalificación.
3. Tiene naturaleza sancionadora y solo atiende a aquellas causas cuya conducta por parte de la cooperativa o de los órganos de la misma sea improcedente y no responda a un buen fin, independientemente de las causas que sean de disolución.

Se trata no solo de sancionar una conducta impropia de la cooperativa que actúa contrariamente a lo establecido por la ley con carácter imperativo o prohibitivo, y que por sí sola, dicha actuación determinaría una sanción económica, sino el plus de intencionalidad que acarrea ese incumplimiento y que puede determinar un enriquecimiento injusto.

Causales

1. La violación de normas jurídicas de carácter legal de especial gravedad. La doctrina exige que además de graves, las infracciones sean reiteradas (Paniagua, 2005).
2. Sólo procede por declaración firme, contenida en una resolución administrativa o en una sentencia, de comisión de una infracción muy grave -al que debe acompañar otro de apreciación discrecional por la Administración relativo a los perjuicios económicos o sociales causados o la vulneración de los principios cooperativos- lo que contribuye a la seguridad jurídica en una materia tan delicada como esta (Santos, 1998).

3. La imposibilidad de cumplir el objeto social.
Para Bonfante (1999) parece en contradicción con la Constitución una intervención de los poderes públicos en el terreno de la gestión, no en base a un hecho objetivo, sino el presupuesto, absolutamente genérico, de que la cooperativa no esté en grado de obtener sus objetivos.
4. Vencimiento del plazo de la disolución sin haberse abierto el proceso respectivo, o al vencerse el plazo de la intervención sin haber cesado las irregularidades que la causaron.
5. Por inactividad de la empresa por un lapso que debe estar determinado, por ejemplo, un año.
Sin embargo, se plantea la necesidad de incorporar una norma que permita que la empresa que en determinado lapso no vaya a tener o no tenga actividad económica por causas especiales (crisis económica, situaciones especiales) pueda sustraerse de esta causal, por ejemplo, mediante declaración ante la Autoridad de aplicación.
6. Por violación grave (reiterada y esencial) de los principios cooperativos, lo que debe ser comprobado por ejemplo, aplicando la metodología del balance social cooperativo.
7. Por otras causas como la pérdida del capital, la inexistencia de los órganos sociales, la falta de vida asociativa, la incompetencia manifiesta en la gestión social; etc.

Procedimiento

1. El agotamiento de actuaciones previas que comprende la realización de las investigaciones correspondientes por parte de las Autoridades competentes, el cumplimiento de medidas preventivas y correctivas, la participación de los organismos de autocontrol del sector, así como vencimiento de los plazos respectivos.
2. Garantía de cumplimiento del derecho de defensa o de descargo: de información, de participación en el proceso, de impulso, de prueba, etc.

3. Imposición de la sanción por escrito y debidamente motivada mediante decreto o decisión de la Autoridad de aplicación, del juez o del ejecutivo nacional.
4. Derecho de apelación judicial con efecto suspensivo, con lo cual se asegura la efectiva defensa en juicio de la entidad afectada.

Efectos

1. Puede producir la conversión de forma jurídica.

En tal sentido, dice García y Reguero (2006) que hablar de descalificación de una cooperativa significa que ésta deja de serlo y pasa a ser otro tipo de sociedad. Afecta al principio de autonomía e independencia y una vez que sea firme implica la disolución de la cooperativa como tal y su pase a ser considerada sociedad mercantil.

Es la máxima sanción aplicable; es una verdadera expropiación administrativa del derecho a seguir asociado a otras personas o entidades para emprender acciones de mutua ayuda-

2. Puede producir, así mismo, la fusión con otras empresas de igual o diferente forma; la escisión y subsiguiente constitución de una nueva entidad o incorporación a otra; la transmisión obligada de la empresa a otros titulares e, incluso, la liquidación definitiva.

RECURSOS ADMINISTRATIVOS CONTRA LAS SANCIONES²⁵

En la materia se parte del principio constitucional ordinario de que todas las sanciones impuestas por alguna Autoridad pública son recurribles administrativamente, y que el recurso judicial sólo es procedente en caso de sanciones mayores.

En tal sentido, la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina (ACI, 2009) estatuye que contra las resoluciones de la Autoridad de aplicación que impongan

²⁵ García-Müller, 2006

sanciones podrán interponerse los recursos de carácter administrativo y judicial previstos por la legislación vigente.

De igual forma, prevé que las sanciones se aplicarán sujetas a requisitos de procedimiento, previa instrucción de sumario en el que se asegurará el derecho de defensa y se graduarán teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, los antecedentes del imputado, su importancia social y económica y, en su caso, los perjuicios causados con arreglo a las circunstancias en cada caso.

Concepto

Los Recursos Administrativos constituyen un medio de defensa, una garantía dentro de los derechos de los administrados, en los casos en que un acto administrativo se considere ilegal o inconveniente, es decir, adolezca de alguna ilegalidad bien sea de fondo o de forma, pues aún la Administración más organizada puede cometer errores de esta naturaleza y dictar actos objetables por violación del principio de legalidad, entonces son precisamente los recursos administrativos los que van a permitir que la administración revise y corrija esos errores en que haya incurrido.

Fuente

Lo acostumbrado es que los recursos administrativos se regulen por la ley ordinaria de procedimientos administrativos, aunque es posible la existencia de normas propias, o, que haya una adecuación de la norma procedimental ordinaria en su aplicación a las empresas del sector, como pudiera ser la reducción de lapsos, o la intervención en el procedimiento de las instancias de integración del sector.

Elementos

Son elementos de los recursos administrativos los siguientes:

1. Constituyen manifestaciones de disconformidad o discrepancia, medios de impugnación o ataque, en fin, formas de reclamación.
2. Están dirigidos contra un acto administrativo, es decir, contra una decisión emanada de un órgano de la Administración, que puede ser el propio autor del acto impugnado, o uno distinto: decisión productora de efectos jurídicos particulares o sea, dirigidos específica y particularmente a la entidad.
3. Que produzca una lesión, menoscabo o detrimento de los intereses legítimos y, o de los derechos subjetivos de la empresa.
4. Fundamentado en la violación de norma constitucional, legal o reglamentaria, o –también- en su demérito, esto es, en su inconveniencia o inoportunidad.
5. Por violación de alguno de los requisitos esenciales de validez del acto, como son: competencia del órgano que lo dictó, voluntad cierta y seria, legitimación, contenido posible y legal, finalidad concordante con la norma, motivos de hecho y de derecho, forma exigida y cumplimiento de formalidades complementarias.
6. Tienen por finalidad obtener la revocación, reforma o sustitución del acto impugnado.

Legitimación

Para recurrir administrativamente se requiere tener el carácter de representante legal de la empresa, o que se exija la presentación de un instrumento-poder el que puede ser formal o simple, donde conste la decisión de la asamblea o del consejo de administración de recurrir el acto administrativo en cuestión.

Se discute si los directivos o los miembros -en determinados porcentajes- o como ejercicio de un derecho individual pueden ser legitimados, al igual que los acreedores o los terceros, siempre que demuestren tener derechos e intereses directos y legítimos.

Adicionalmente, se exige la presentación del documento comprobatorio de la personería de la empresa (copia certificada del acta constitutiva debidamente registrada).

Plazo

Las decisiones de la Administración que resuelven una situación dada se llaman definitivas. Estas decisiones normalmente tienen un plazo para que se conviertan en firmes, esto es, para que contra las mismas no se pueda ejercer recurso alguno.

En tal virtud, el interesado tiene un plazo (normalmente breve) para actuar contra el acto o decisión que lo afecte. Por tanto, debe interponer el recurso dentro del término legal, a cuyo vencimiento, se considera caducado, es decir, sin posibilidad de recurrirlo: en principio, queda firme en vía administrativa, pudiendo –entonces– acudir a la vía judicial.

Conocimiento

Generalmente el conocimiento del recurso corresponde a la Autoridad de aplicación, aunque pudiere ser el Poder Ejecutivo (Ministro de adscripción de la Autoridad sancionadora) u otra Autoridad administrativa especializada.

Se considera que debería corresponder al organismo nacional superior del sector solidario el conocimiento por vía jerárquica de los recursos administrativos contra los actos y decisiones de las Autoridades públicas con competencia en la materia y que lesionen los derechos e intereses de cualquiera de los componentes.

Fundamento

Procede interponer recursos administrativos cuando la decisión de la Administración adolezca de alguno (o algunos) de los siguientes vicios o defectos:

1. Incompetencia

Cuando la decisión ha sido dictada por funcionarios o personas que no estén autorizados para dictarlos, sea porque carezcan de toda competencia, que se extralimitaron en el ejercicio de la competencia que tenían para otra actuación, o que usurparon la competencia atribuida a otro órgano.

2. Vicios de la voluntad

Porque la decisión de la Administración esté viciada de un error esencial; de dolo, que tenga el carácter de determinante en su emisión, o de violencia irresistible (física o moral) valorada de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

3. De imposible o ilegal contenido

Si la decisión de la Administración no determina de qué se trata (sea confusa o imprecisa), prescribe una conducta ilícita u ordena una actuación de imposible cumplimiento (sea éste material o legal).

4. Abuso o exceso de poder

Procede en los siguientes casos:

- Cuando son inciertos los supuestos de hecho en que se basó la Administración para dictar su decisión.
- Cuando la Administración no prueba los hechos o lo hace inadecuadamente, es decir, cuando da por supuestos hechos que no comprueba, partiendo de la sola apreciación del funcionario o de una denuncia no comprobada.
- Cuando al apreciar los hechos que son fundamento del acto, los aprecia o comprueba mal, o parte de falsos supuestos.
- Cuando la Administración aplique al supuesto de hecho normas que no son de la materia, las aplique en forma incompleta o no exista relación causal entre el supuesto de hecho y la norma aplicada.
- cuando no exista proporción o adecuación entre los motivos de la decisión de la Administración, esto es, cuando la actuación sea excesiva o arbitraria.

5. Desviación de poder

Cuando la decisión, a pesar de conservarse formal y aparentemente dentro de los límites de las facultades discrecionales concedidas al funcionario, en su espíritu y en el fondo, son realmente contrarios al fin perseguido o querido por la ley; cuando desvían la finalidad de ésta; buscan un propósito distinto al de la ley, así sea en un pretendido beneficio a la colectividad.

6. Vicios en la forma o en el procedimiento

Cuando hubo prescindencia u omisión total del procedimiento; vicio en algunas tramitaciones (por ejemplo, omisión de solicitar un dictamen); algún defecto en la formación de voluntad del órgano colegiado de la Autoridad que adoptó la decisión (convocatoria, quorum, votación, mayorías, acta); violación de los derechos del interesado (ser oído, notificado o sin acceso al expediente).

7. Vicios en las formalidades complementarias

Defectos en la exteriorización del acto: en los elementos formales del mismo; error en la notificación de la decisión al afectado, o la inmotivación, esto es, la no o incorrecta expresión de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales.

8. Por demérito

Los recursos administrativos no proceden solamente cuando existe una violación legal, sino –también- cuando el interesado estime que la decisión –aun siendo legal- afecta sus intereses por considerarla inoportuna o inconveniente.

Tipos de recursos administrativos

Los recursos administrativos son los siguientes:

1. Recurso de reconsideración

En primer término, el recurso de reconsideración (o de revisión) que se interpone ante la propia Autoridad administrativa emitente de un acto o

decisión que afecte o menoscabe los derechos y, o los intereses legítimos de la entidad solidaria para que esta misma lo corrija o lo retire.

2. Recurso jerárquico (de alzada)

Si la Autoridad recurrida no resuelve el recurso favorablemente, o deja transcurrir el plazo determinado en la ley sin dar contestación al recurso (en el caso de que el silencio administrativo se presuma como negativo) se puede interponer un nuevo recurso dirigido, ahora, ante su superior jerárquico.

3. Recurso extraordinario de revisión que se puede ejercer por ante el Ministro de adscripción de la Autoridad emitente contra los actos administrativos firmes exclusivamente en los siguientes casos:

- Cuando hubieren aparecido pruebas esenciales para la resolución del asunto, no disponibles para la época de la tramitación del expediente.
- Cuando en la resolución hubieren influido, en forma decisiva, documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial definitivamente firme.
- Cuando la resolución hubiere sido adoptada por cohecho, violencia, soborno u otra manifestación fraudulenta y ello hubiere quedado establecido en sentencia judicial, definitivamente firme.

Sólo en caso que la autoridad administrativa no resuelva favorablemente la solicitud interpuesta por el recurrente, o al vencimiento de los plazos estipulados sin que la misma se hubiere pronunciado, por el principio de economía jurisdiccional, se puede proceder a la vía contencioso administrativa.

Sin embargo, algunos ordenamientos permiten al recurrente acudir directamente a la vía judicial. Entonces, estos conflictos se dirimen en sede judicial ante jueces especiales y mediante procedimientos específicos, todo lo que se denomina la jurisdicción contenciosa administrativa.

Decisión

La decisión de los recursos administrativos constituye otro acto administrativo en el cual la Autoridad administrativa, dentro del plazo legal, en forma expresa y motivada, puede confirmar el acto anterior, modificarlo o revocarlo por otro.

Sin embargo, en caso de no producirse decisión del recurso dentro del plazo legal, se aplican las reglas sobre el silencio administrativo, que debería ser positivo (el vencimiento del plazo para decidir –sin hacerlo- se entiende como aceptación de lo solicitado en el recurso), aunque algunas legislaciones le dan efecto negativo (se presume que la Administración niega la solicitud del interesado) lo cual atenta contra los derechos de los administrador.

En el caso de las decisiones expresas en los recursos administrativos estas pueden ser:

1. Estimatoria: si el órgano administrativo declara según sea el caso: la anulación, la modificación, la revocatoria o la convalidación del acto administrativo impugnado, así como también si declara la reposición del procedimiento.
2. Desestimatoria: Si la Administración rechaza el recurso y confirma el acto impugnado.

Referencias

- Alianza Cooperativa Internacional para las Américas (2009). *Ley Marco para las cooperativas de América Latina*. San José, ACI
- Berruezo, R. (2007). *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa*. Montevideo-Buenos Aires, LB de F.
- Bonfante, G. (1999). L' unita di forma giuridiche per la cooperazione un tabu' da superare?. *Rivista della Cooperazione*. . Roma. Istituto Italiano di studi cooperativi Luigi Luzzatti.

- Brunori, P. (2002). La riforma della vigilanza in materia di cooperazione. *Rivista della cooperazione*. 3/2002. Roma. Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti
- Burzaco, M. (2004). Publicación de la gestión: la intervención temporal de sociedades cooperativas en la legislación vigente. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 38. Bilbao. Universidad de Deusto
- Burzaco, M. (2007). La potestad administrativa sancionatoria en la ley 8/2003, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 18, Valencia, Ciriéc-España
- Carrasco, R., Medina, H. y Ditrén, R. (1987). Fiscalización y Fomento por parte del Estado. *Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*. Rosario. Idelcoop
- Evans, E. (2002). Las actividades económicas de las empresas en la Constitución y las facultades normativas de los órganos de la Administración y Fiscalización del Estado. *Revista Chilena de Derecho* 29/3. Santiago, Universidad Católica de Chile
- Gadea, E. (2009). Innovación y cooperativismo: propuestas para una reforma armonizada de la normativa española reguladora de las sociedades cooperativas. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* 43. Bilbao. Universidad de Deusto
- Gamero, E. (1996). *La Intervención de Empresas. Régimen jurídico-administrativo*. Madrid. Marcial Pons
- García, A. y Reguero, J. (2006). La inspección del trabajo ante el hecho cooperativo. La descalificación de las cooperativas. *Economía social y cooperativismo*. Valladolid, Lex Nova, S.A.
- García-Müller, A. (2006). *Curso de Derecho Administrativo General .Unidad IV: El Acto Administrativo*. Mérida, Universidad de los Andes. Mimeógrafo y CD
- Moirano, A. (2001). *La fiscalización pública y privada en cooperativas y mutuales*. Córdoba. Internet
- Paniagua, M. (2005). La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social. *Tratado de Derecho Mercantil, Tomo XX*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons

- Paolucci, L. (1999). *Le società cooperativa*. Milano. Giuffrè
- Peña Solís, J. (2005). *La potestad sancionatoria de la Administración Pública Venezolana*. Caracas, TSJ
- Santos, M. (1998). *Notas sobre la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas*
- Scordino, F. (1970). *La Società Cooperativa*. Nápoles. Jovene
- Torres, C. (1987). Relaciones entre el Estado y el Cooperativismo. *Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*. Rosario, Idelcoop-Intercoop

113. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

Aspectos generales. Tipos de intervención. Supuestos o condiciones. Órgano de la intervención. Facultades del interventor.

ASPECTOS GENERALES

Concepto

La intervención administrativa consiste en la interposición de la autoridad pública en el gobierno o en la gestión interna de la empresa solidaria por razones de interés general. Es el acto administrativo (decisión de la autoridad pública) producto de la ejecución de las potestades de dirección y control que la Administración competente puede ejercer como efecto de la inserción de la empresa, mediante el acto autorizatorio original, a un ordenamiento sectorial propio (Martin, 1999).

Se trata de una aplicación conocida en el Derecho Administrativo económico como “intervención de empresas”, que Gamero (1996) conceptúa como una potestad administrativa extraordinaria, en cuya virtud, por razones de interés general previamente definidas en una norma con rango de ley, la Administración asume, directa o indirectamente, y con carácter temporal, las facultades propias de los órganos de una empresa determinada, incidiendo sobre su gestión ordinaria o sobre su liquidación, con respeto de los derechos patrimoniales de los sujetos afectados.

Consiste en una intromisión de la Administración pública en los órganos sociales, mediatizando bajo su control la actividad de los mismos en un tiempo determinado, que requiere –necesariamente- de la existencia de una ley (incluso, pudiese ser de un decreto) que la autorice. Sin embargo, algunos autores, en orden a la gravedad de la medida, consideran que solo debe ser resuelta en sede judicial, a pedido de la Administración.

Para Gadea (2001) la intervención temporal es la facultad que la ley atribuye a la Administración para actuar en el ámbito interno de una cooperativa; es decir, es la capacidad que la ley le otorga para introducirse directamente en sus órganos sociales, mediatizando bajo su control la actividad de los mismos en un espacio de tiempo determinado. Por tanto, es una acción muy delicada, extrema y de carácter excepcional, por lo que exige una especial cautela y cuidado por parte de la Administración.

Naturaleza

Tradicionalmente, la intervención temporal ha sido ligada a la función inspectora y al ejercicio de la potestad sancionadora en materia cooperativa, convirtiéndola en una medida puramente accesorio a las facultades públicas mencionadas. A juicio de Burzaco (2004) toda intervención temporal encierra notas de medida preventiva: de un lado, la intervención como tal ni constituye ni puede constituir un fin en sí misma, sino que se halla configurada como un instrumento dirigido a evitar riesgos para una serie de intereses o, caso de que tales riesgos se hayan materializado de algún modo, tendente a eludir males mayores; y, por otra parte, su propia limitación en el tiempo le dota igualmente de ese carácter provisional.

Características²⁶

En cada supuesto singular la Administración pública sólo está habilitada para ejercer las concretas funciones que las normas le reconozcan en el procedimiento específico.

1. Respeto a la propiedad

Debe respetar la titularidad o el derecho de propiedad de la empresa en el sentido que la misma seguirá siendo privada y su propietario el mismo antes y después de la intervención, aunque la Administración puede asumir ciertas facultades, como la posesión y el uso de bienes de la empresa a

²⁶ Gamero, 1996

objeto de preservar su gestión de las irregularidades o torpezas en que puedan incurrir los gestores privados. En ese sentido, Burzaco (2004) sostiene que la intervención implica una merma –temporal, extraordinaria y legítima- a la libertad de empresa.

2. Acto administrativo

Se trata de una decisión de la Autoridad competente, el que puede ser reglado o discrecional de acuerdo con el texto legal en que se basa, y de carácter sui generis (Martin, 1999) que tiene por objeto garantizar la continuidad de la empresa, así como los intereses de los miembros y de terceros.

Acto que –necesariamente- debe ser motivado, es decir, que defina expresamente la norma jurídica vulnerada, así como la conducta del presunto infractor, correspondiente al supuesto de hecho prevista en la misma, y que dichos motivos sean manifestados en la decisión adoptada (motivación).

Para algunos el acuerdo de intervención no requiere de injerencia judicial, aunque en ciertas leyes, la Administración debe solicitar al juez su adopción, lo que es –sin duda- la posición más acorde con los principios democráticos.

Para otros, por el contrario, se configura como una decisión discrecional del órgano público de control o supervisión, quien una vez confirmada la mediación del presupuesto de hecho, es libre de acordar la intervención o bien abstenerse de hacerlo y que debe basarse en una fundada ponderación de las circunstancias del caso. Opinan, de igual forma, que su configuración como potestad reglada a menudo la congelaría en una rigidez absolutamente desprovista de operatividad.

3. Excepcional

Es un procedimiento de excepción: sólo podrá establecerse legalmente cuando resulte estrictamente necesario para resguardar el interés público amparado por ella.

Para Burzaco (2004) el carácter excepcional es doble, porque sus presupuestos legitimadores remiten a la existencia de circunstancias de especial gravedad que justifican esta actuación pública dirigida a la salvaguarda del interés general. Y excepcional, por otro lado, en cuanto, dado el carácter de las medidas interventoras, estas constituyen una quiebra temporal de la autonomía cooperativa y una limitación máxima del derecho a la libertad de empresa.

Señala Gadea (2001) la excepcionalidad como medida de intervención, la urgencia y la prevención como respuesta necesaria ante irregularidades producidas en la cooperativa que generen circunstancias que aconsejen la adopción de medidas urgentes para evitar que lesionen gravemente los intereses sociales. Se requiere la evidencia potencial o la certeza de que las irregularidades traerán graves lesiones a los intereses de los socios o de terceros.

4. Temporal

Algunos consideran que la duración de la intervención debe quedar a la discrecionalidad de la Autoridad que la decreta y hasta que sea necesario para obtener sus objetivos. Ahora bien, pareciera que la intervención no pudiese ser de plazo indeterminado, pues en el fondo se trataría de una confiscación de la empresa.

La opinión generalizada, por el contrario, es que debe tener una duración predeterminada decretada por un lapso prudentemente calculado, por ejemplo, seis meses, autorizándose una prórroga, bajo ciertas condiciones, hasta cumplir un plazo máximo que no exceda, por ejemplo, un año, a cuyo vencimiento, sin haberse obtenido el objetivo, deberá procederse a otra medida alternativa, como pudiese ser la apertura del procedimiento disolutorio, con subsiguiente efecto de conversión, fusión, escisión o liquidación.

Señala Gadea (2001) que la propia acción de intervención así como las medidas urgentes a adoptar lleva implícita asumir, en los términos que le concede la ley, el control temporal de la cooperativa para frenar las

irregularidades, corregirlas y evitar graves perjuicios, procurando encausar a la cooperativa al estado en que no sea necesaria dicha intervención; es decir, hasta el momento en que las causas que la motivaron hayan desaparecido.

Objetivo

La intervención pretende poner cese a las irregularidades observadas en el funcionamiento de la empresa solidaria; busca obtener una solución expedita de los problemas que tuviere, razón por la cual de no lograrse la rehabilitación del ente intervenido deberá procederse a su liquidación.

Su finalidad esencial es la conservación de la empresa por lo que podría decirse que tiene carácter preventivo y nunca sancionador. Así, para García (1999) los poderes de intervención temporal de cooperativas atienden de un lado a una genérica función de garantía del orden público económico y, del otro, a la específica función tutelar que se encomienda a los poderes públicos respecto de esta categoría de entes societarios

Incluso, en caso de que una empresa en trámite de constitución se paralice en forma definitiva, podría aceptarse la designación de un interventor a los efectos de decidir su destino (Althaus, 1974).

Efectos

La intervención produce consecuencias jurídicas en dos ámbitos distintos:

1. Sobre la empresa intervenida sus efectos se dirigen a su saneamiento por lo que se considera que tiene carácter preventivo, no solo del ente en particular, sino de todo el sistema (diríamos, del sector solidario).
2. Sobre los titulares de los órganos sociales. Martín (1999) lo denomina de gravamen. En Italia se considera que el efecto principal de la gestión del comisario de gobierno es de sustraer la administración de la cooperativa de sus naturales órganos administrativos (Dabormida, 1999).

TIPOS DE INTERVENCIÓN

Aditiva

También llamada intervención-aprobación. En este caso el interventor adiciona sus atribuciones a las del gobierno normal de la cooperativa pero conservando ésta sus órganos de gobierno, si bien sometidos en la esfera de la intervención a las decisiones del interventor (Lluís, 1972). La aprobación del interventor confiere validez o eficacia a los acuerdos tanto de la asamblea como del órgano directivo.

Todo ello lleva a que la competencia de los órganos de la empresa esté restringida en forma general o particular, y adicionada por el interventor, por lo que el efecto de la no aprobación de un acto por parte del interventor sería la nulidad de lo actuado, de forma tal que se condiciona la validez de los actos de los órganos sociales a la aprobación expresa de los interventores.

La intervención puede ser sustitutiva

Llamada intervención-sustitución, en cuyo caso el interventor se hace cargo de todos los poderes de los directivos asumiendo o bien la administración ordinaria de la empresa o la dirección plena de la misma, lo que incluye los poderes de la asamblea (lo que sería excesivo) poderes que pueden ser otorgados en forma directa por la ley, o que la misma prevea que la Autoridad de aplicación los confiera en forma particular y específica.

Constituye la medida más intensa por cuanto implica la suspensión temporal de los administradores de la cooperativa, con nombramiento de una o más administradores provisionales (Burzaco, 2004).

Bassi (1995) es de la opinión que los poderes otorgados al interventor deben ser especificados y no genéricos, y no pueden exceder la finalidad de la intervención misma. Se limita el ejercicio de la actividad necesaria a la conservación y administración del ente, tutelando solo el público interés al normal, correcto y fructífero funcionamiento de la empresa (Paolucci, 1999).

Todos los poderes del consejo de administración relativos al normal funcionamiento de la entidad y los poderes especiales son conferidos en relación a la situación que produjo la intervención. No comporta modificaciones funcionales de la sociedad que continúa su ejercicio normal y el interventor no puede alterar la estructura social, sino solo adoptar los proveimientos necesarios (Paolucci, 1999).

Por tanto, la competencia de los órganos de la empresa es asumida en forma plena por el interventor, salvo los de la asamblea. En tal sentido, Burzaco (2004) pone de relieve que esta clase de intervención sólo es posible en relación con los órganos ordinarios de administración, de manera que cualquier intento de sustitución de la asamblea carece de cobertura constitucional y constituiría de facto en una expropiación temporal por afectar la titularidad de la empresa.

Otras intervenciones

1. La intervención-presidencia, basada en el nombramiento de interventores con meras facultades de convocar, establecer el orden del día y presidir la asamblea.
2. La intervención extraordinaria: se puede producir por la existencia de una extrema gravedad o urgencia en el funcionamiento de una empresa solidaria y que sea la única medida posible para precaver daños irreparables o que haya peligro para la existencia de la empresa. Procede a solicitud de los miembros o de los acreedores, bien sea en forma individual o por un porcentaje de los mismos. Tiene por efecto efectuar la intervención sin mediar el procedimiento previo.

SUPUESTOS O CONDICIONES PARA DICTAR LA INTERVENCIÓN

Carácter

Como señala Burzaco (2004) por lo general, el supuesto de hecho que permite acordar la intervención temporal se define con base en una serie de conceptos jurídicos indeterminados que, por su propio carácter, encierran importantes

dificultades interpretativas, como pudiesen serlo la existencia de “irregularidades o de circunstancias que pongan en peligro grave la propia cooperativa o los intereses de los miembros o de terceros, cuando así lo exigiere el interés general”.

Sin embargo, las causales para dictar la intervención deberían ser claramente establecidas en forma reglada y no discrecional, nunca fijadas en forma enunciativa, sino taxativa y, por tanto, de interpretación restringida, todo ello porque es una medida que limita la actividad de los particulares.

Supuestos

1. Comúnmente la figura de la intervención se ha relacionado con situaciones de crisis económicas configurándose como un medio de salvamento de empresas, aunque en el ámbito cooperativo la adopción del acuerdo de intervención corresponde a situaciones en las no necesariamente estamos ante eventuales dificultades económicas; en otras palabras, la intervención temporal de cooperativas presupone la existencia de circunstancias críticas, sean éstas económicas o de cualquier otro carácter (Burzaco, 2004).
2. Por haberse agotado plenamente el procedimiento interno de corrección de irregularidades.
3. Por la subsistencia de irregularidades, la realización de actos o la incursión en faltas de especial importancia que importen un grave riesgo para la existencia de la empresa. La Autoridad de aplicación deberá, en tal caso, estar atenta a la verificación de los extremos o de las causales de intervención porque, de producirse el riesgo para la existencia de la entidad, la falta de requerimiento oportuno al juez para que decida la intervención podrá causar su responsabilidad, porque no se trata de una mera facultad (Moirano, 2001).
4. Existencia de una situación de crisis social, económica, financiera de la empresa, debidamente comprobada.
5. La presencia de malos manejos de los recursos financieros o físicos que afecten negativamente el patrimonio.

6. La presentación de una solicitud por parte de un porcentaje considerable de los miembros de la empresa (por ejemplo, 20% o más).
7. Como se trata de una empresa privada, su intervención administrativa, en ciertos países sólo se permite cuando se afecte la prestación de servicios públicos o la producción, venta o distribución de artículos de primera necesidad o se afecte la calidad de éstos (Ley de Cooperativas de Panamá, 1997).
8. En los casos de intervención con sustitución, solo es posible hacerla operativa si los interventores pueden acceder libremente a las instalaciones de la empresa. Comoquiera que las personas jurídicas son sujetos del derecho de inviolabilidad del domicilio, ello implica que cuando se requiera entrada domiciliaria para ejecutar un acuerdo de intervención de empresas, la administración deberá contar con el consentimiento del afectado (expreso o implícito) o con autorización judicial (Gomero, 1996).

ÓRGANO DE LA INTERVENCIÓN

Autoridad

El órgano de intervención normalmente es una Autoridad pública que puede ser la Autoridad de aplicación o la Autoridad de la actividad en que actúa la empresa. También, ser asignada a una entidad del sector (organismo de integración o institución auxiliar, preferentemente) lo que es lo más conveniente, dado su particular interés y especialización en la materia.

En ciertos casos, se designa como interventor a otras entidades privadas con particular experticia en control administrativo en general (por ejemplo, firmas de contadores públicos) pero que si no tienen conocimiento de la naturaleza cooperativa o solidaria, pueden aplicar criterios de gestión que resultan incompatibles con la identidad de la empresa intervenida.

En el primer caso, la intervención puede ser ejecutada sin especialización orgánica en el sentido de que no se encomienda a sujetos específicos, sino que se lleva a cabo directamente por un órgano preexistente en la Administración pública, sin designar personas concretas que acometan las medidas interventoras. Pero en otros casos, la Autoridad de control y supervisión designa sujetos terceros a los que les encomienda el desarrollo de la función interventora.

Estas personas pueden ser tanto funcionarios públicos adscritos a los servicios de la Autoridad de control y supervisión, como sujetos privados elegidos por la Administración pública por su cualificación para el desempeño de las tareas que la Administración debería acometer por sí misma (Gomero, 1996).

Naturaleza

Los interventores tienen una doble naturaleza: son, a la vez, órganos propios de la empresa puesto que fueron designados para interferir en su funcionamiento y al mismo tiempo son agentes públicos, dado que aun sin ser funcionarios han sido designados por la Administración en atención a un interés público.

En tal virtud, en el ejercicio de sus funciones están sujetos al Derecho Administrativo en lo referente al ejercicio de potestades públicas, y en cuanto a sus funciones propiamente empresariales, sujetos al derecho cooperativo, mutual o solidario. El efecto de ello es que sus actos pueden ser impugnados, en el primer caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y en el segundo, ante la jurisdicción ordinaria o social, si la hubiese.

Designación

Pueden ser designados por el Poder Ejecutivo, por el Registro, por la Autoridad de aplicación o por el juez competente. Lo procedente es que la intervención debería ser solicitada por la Autoridad de aplicación al juez competente.

Composición del órgano

El interventor puede ser un órgano individual, aunque lo ordinario es que sea de composición colectiva: una comisión interventora integrada por un grupo de expertos que puedan trabajar en equipo en las muchas veces difícilísimas tareas que comprenden la medida. Deberían estar compuesta, al menos, por profesionales expertos en las áreas jurídica, administrativa y contable, pero, por sobre todo, conocimientos y experiencia comprobada en materia cooperativa o solidaria.

147

Responsabilidad

Es de mucha importancia que los interventores respondan por el daño que pueden causar a la empresa solidaria que intervienen por sus actuaciones dolosas, y por culpa (impericia o negligencia) que no debería limitarse a la grave, sino incluida la culpa leve, y ser de carácter civil o penal. Ahora bien, para que esta responsabilidad pueda ser efectiva es necesario prever un sistema de garantías personales o reales por parte de los interventores sobre las cuales poder actuar, si el caso lo amerita.

Terminación

La intervención cesa por alguna de las circunstancias siguientes:

1. Por el cumplimiento del objetivo para el que fue dictada, esto es, con la corrección de las irregularidades que la motivaron. En caso que se lograra este objetivo antes del vencimiento del plazo otorgado, debe ponerse fin en ese momento.
2. Por la imposibilidad de regularización de las operaciones de la empresa pese al agotamiento de las medidas permitidas por la ley.
3. Por el vencimiento del plazo de la intervención, cuando lo hubiese y, o de su prórroga sin haber regularizado su funcionamiento.
4. Por decisión judicial que acoge un recurso de los directivos ordinarios de la empresa en contra de la intervención, generalmente por haberse dictado

basada en un falso supuesto, es decir, porque los hechos que la motivaron no fueron debidamente comprobados, o porque no existe correspondencia entre el supuesto de hecho ocurrido y la norma aplicada; o por desviación de poder, esto es, por perseguirse con la intervención una finalidad diferente de la prevista en la norma que otorgó la competencia para dictarla.

FACULTADES DEL INTERVENTOR²⁷

148

La ley puede otorgar al órgano de intervención algunas de las siguientes facultades:

Derecho de veto sobre los acuerdos privados de la empresa

En un supuesto de ejercicio del derecho de veto, el acto jurídico acordado por el órgano directivo de la empresa intervenida sería válido en tanto no se interpusiera el veto por parte del interventor. A partir de ese momento decaería en su eficacia, impidiéndose que continúe desplegando sus efectos válidamente.

Imposición de obligaciones de hacer o no hacer

Comprende la facultad del interventor de dictar instrucciones concretas que afectan decisivamente sobre la capacidad de emprender de los administradores ordinarios de la empresa intervenida, como la suspensión temporal de específicas ramas de su actividad, la imposición de prohibiciones de inversión o de disposición de bienes previamente señalados. La empresa continúa siendo regentada por sus gestores ordinarios, pero sus actos no alcanzarían validez si resultasen contrarios a las limitaciones dispuestas por la Administración en el acuerdo de intervención.

Autorización de actos

Llamada intervención simple, autoriza todos los actos de la empresa, pero los acuerdos adoptados por cualquiera de los órganos de la empresa, incluso el

²⁷ Gomero, 1996

deliberante, no alcanzan validez en tanto no sean autorizados por la administración.

Sustitución de directivos

Sustitución en la gestión de los miembros del órgano directivo ordinario de la empresa por un período determinado (no destitución o remoción definitiva, ya que está en función de la asamblea). Los administradores continúan en sus cargos aunque no pueden ejercerlos, y conservan el derecho de oponerse a los actos del interventor y de solicitar el levantamiento de la intervención. Puede ser de todos los miembros del consejo de administración o sólo la designación de algunos de sus componentes.

Respecto de la asamblea

Aunque en algunas legislaciones se otorga a los interventores el excesivo poder de sustituirse en las competencias de la asamblea, sin embargo, éste órgano debe conservar intactas sus competencias estatutarias, excepción hecha del nombramiento y revocación de los administradores, que a consecuencia del acuerdo de intervención, y hasta el levantamiento de la misma, pasa a corresponder a la Autoridad de vigilancia.

Y es que la asamblea es el órgano de gobierno de la cooperativa, y sus competencias deben ser respetadas en el transcurso de la intervención, sin que ésta pueda comportar pura y simplemente la traslación de todas sus facultades a favor de la Administración (Gamero, 1996).

Otros

Además de las facultades analizadas, de acuerdo al texto legal en que se fundamenta, el interventor puede tener, entre otras, las siguientes atribuciones:

1. La realización de actos de mera administración y nunca de actos de disposición, lo que supondría un verdadero exabrupto ya que significaría

asumir, por esta vía, los atributos del derecho de propiedad cuyo ejercicio corresponde a los miembros de la empresa.

2. Ejercer la representación judicial y extrajudicial de la empresa.
3. Dictado de medidas precautelativas.
4. Realización de investigaciones y, o de auditorías.
5. Formulación de proyecto de reformas del estatuto y de reglamentos internos.
6. Elaboración de manuales de sistemas y procedimientos.
7. Convocatoria de los órganos: deliberante, directivo, de control interno.
8. Actualización de la contabilidad, de los libros y de los registros.
9. Propuesta de reducción o de aumento del capital a fin de cubrir las pérdidas sufridas, o de hacer viable financieramente la empresa.
10. Propuesta de destitución de directivos.
11. Recomendación de procesos de fusión o escisión, o de cesión de activos.
12. Interposición de denuncias ante las autoridades penales competentes en caso de la presunción de la comisión de delitos.

Referencias

- Althaus, A. (1974). *Tratado de Derecho Cooperativo*. Rosario. Zeus
- Bassi, A. (1995). *Le Societa Cooperative*. Torino. Utet
- Burzaco, M. (2004). Publicación de la gestión: la intervención temporal de sociedades cooperativas en la legislación vigente. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 38. Bilbao. Universidad de Deusto
- Gamero, E. (1996). *La Intervención de Empresas. Régimen jurídico-administrativo*. Madrid. Marcial Pons
- García, E. (1999). A Administración Pública e as cooperativas. *Estudios sobre a lei de cooperativas de Galicia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galicia
- Lluís y Navas, J. (1972). *Derecho de Cooperativas*. Barcelona. Bosch
- Martin, F. (1999). Crisis bancarias: la intervención y la liquidación administrativa. *Revista de Derecho Mercantil*, N. 20-21. Caracas. Livrosca

Moirano, A. (2001). *La fiscalización pública y privada en cooperativas y mutuales*.

Cordoba. Internet

Paolucci, L. (1999). *Le societa cooperativa*. Milano. Giuffre

UNIDAD XX. ASPECTOS JUDICIALES

- 114. RESOLUCION DE CONFLICTOS
- 115. ASPECTOS PROCESALES
- 116. ACCIONES JUDIALES
- 117. IMPUGNACION DE ACUERDOS
- 118. MEDIDAS CAUTELARES
- 119. REGIMEN PENAL
- 120. DELITOS CONTRA LAS EMPRESAS SOLIDARIAS

152

114. RESOLUCION INTERNA DE CONFLICTOS

Los conflictos en las empresas solidarias. La negociación. Mediación. La mediación cooperativa. Conciliación. El arbitraje: procedimiento. El laudo arbitral.

LOS CONFLICTOS EN LAS EMPRESAS SOLIDARIAS

En las relaciones intersubjetivas se dan situaciones en que una persona se encuentra antagónicamente posicionada frente a otra. Esta circunstancia quiebra la armonía de las posiciones y devela el surgimiento de conflictos. Los conflictos pueden ser variados (entremezclando una infinidad de objetivos y alcanzar tramos estratosféricos) Y es, justamente sobre esta realidad que hay conflictos interpersonales, intersectoriales, entre clientes y suministradores, entre organizaciones y países (Souza, 2005).

Es absolutamente normal que en la organización y funcionamiento de las empresas solidarias se presenten conflictos o desacuerdos tanto internos como externos. Es más, como señala Ordeñana (2012) los principios y valores cooperativos en general y la gestión democrática y la igualdad de los socios en particular, son fuente de divergencia. Sin duda, añade, la mayor implicación de los

socios en la toma de decisiones y en la gestión de la vida de la cooperativa produce abundantes conflictos.

Los conflictos en el caso de las empresas solidarias, pueden ser:

1. Intra-solidarios
En las relaciones bien sean entre el miembro y la dirección de la empresa, o entre grupos de miembros; frente a los directivos;
2. Inter-solidarios: entre las empresas del sector; de éstas con los organismos de integración y entre organismos de integración.
3. Entre la empresa o empresas del sector con terceros (clientes, proveedores, acreedores o deudores).
4. Con los trabajadores asalariados de la empresa
5. Con las diversas autoridades públicas: el Registro, la Autoridad de aplicación o de fomento, la autoridad fiscal, la autoridad de la actividad y, o la autoridad local o regional.

Como señala Ordeñana (ídem) los conflictos cooperativos siempre van acompañados de consecuencias o efectos negativos. Afectan a la vida de la cooperativa y tienen un coste elevado. Ello sin perjuicio de que también actúen como motor de cambio personal y social, fomentan la identidad personal y social, ayudan a establecer canales de comunicación permanente y aumentan la confianza entre las partes que los sufren.

Vías de solución

Los conflictos pueden encontrar cauce de solución por dos vías: la jurisdiccional y la de la negociación. Sin embargo, en ciertas legislaciones se atribuye esta función a la Autoridad pública administrativa de Registro o a la Autoridad de aplicación, la que –en veces-tiene al mismo tiempo funciones de registro. Con ello, los mecanismos para dirimir disputas no aseguran la imparcialidad necesaria, involucrando a oficiales con otras responsabilidades en la promoción o regulación de las cooperativas.

En tal virtud, se hace necesario la disponibilidad de tribunales independientes y foros tradicionales, Así, cualquier órgano habilitado para resolver conflictos relativos a las cooperativas debe ser independiente de la promoción, supervisión, y de otras funciones (Clarity, 2006).

Vía jurisdiccional

La vía tradicional (externa) que es la judicial: estriba en el sometimiento a la autoridad del Estado que resuelve el conflicto con fuerza de verdad legal; ante los tribunales de justicia, de acuerdo a la naturaleza del conflicto (Cabrera, 2013) según la normativa nacional:

1. Los conflictos intersolidarios, ante los tribunales ordinarios, normalmente civiles o de derecho común.
2. Los conflictos con los trabajadores, ante el juez laboral.
3. Los conflictos con terceros derivados de la actividad comercial de la empresa, ante el tribunal mercantil.
4. Los conflictos con los entes de la Administración pública ante los tribunales contencioso administrativos.
5. Ante una jurisdicción especializada en el sector social o solidario.

Se considera que impulsar una jurisdicción de orden social que establezca un procedimiento claro y preciso para el primer caso, sería de gran ayuda. Así los jueces tendrían un mayor conocimiento y conciencia social, cuando deban dirimir este tipo de conflictos (Henry, 2000). Sin embargo, ninguna ley ha aceptado este criterio e, incluso, la nueva ley de cooperativas de Bolivia (2013) declara expresamente que no se creará una jurisdicción especial.

Ahora bien, la eficiencia y aptitud del poder judicial en la solución de conflictos han sido cuestionadas por el elevado costo económico para los particulares y para el Estado; por las dilaciones a que se encuentra sometido casi todo procedimiento; por la falta de adecuación de los fallos en el sentido de privilegiar más los efectos que las causas que han generado el conflicto; por la ausencia de especialización de los jueces; el quebrantamiento, muchas veces definitivo de los nexos entre las

partes, lo que hace difícil la reconstrucción de las relaciones entre aquellos que sostuvieron el conflicto (Saieh, 2002).

Ocurre que la pretensión de un derecho, sometida a juicio del Estado-juez, y confirmada a favor de una parte, quedando en la otra el mal sabor que emerge de la sensación de pérdida, por la substracción de que fue objeto y reposa en mano ajena (Souza, 2005).

De manera que como señala Ordeñana (ídem) la vía jurisdiccional no parece el medio más adecuado para dilucidar el conflicto cooperativo por las siguientes razones:

1. Por la externalización de la resolución de la disputa, sometiéndola al parecer imperativo y drástico de un juez o tercero ajeno a la cooperativa.
2. Por la utilización de tácticas combativas que ahondan la confrontación de las partes contendientes.
3. Por la rigidez de las formas y resultados.
4. Por la complicación logística que conlleva y el tiempo que requiere, además de su coste.

De manera que la jurisdicción no responde a los elementos inspiradores de la vida cooperativa: la colaboración entre los socios y la conciencia de la pertenencia a la organización de éstos y su funcionamiento democrático e igualitario. Antes bien, la vía jurisdiccional hiere gravemente el espíritu cooperativo; lo mina o desgasta.

LA NEGOCIACIÓN

*La negociación*²⁸

Los mecanismos de negociación son procesos de composición interna (societarios); aquellos que se tramitan ante instancias propias de la empresa que conforman requisitos constitutivos para, en un momento posterior, poder acudir a

²⁸ Salas Porras, 2014

la jurisdicción, sean estas responsables de la decisión impugnada o no (dinámica estatutaria) y procedimientos de composición externa, identificables con el acceso a la jurisdicción “heterocomposición del proceso” (Segalés, 1999).

Puesto que a los mediadores y conciliadores no les está permitido tomar decisión alguna en el conflicto que se dirime, son las propias partes las principales responsables de emprender un proceso de aproximación que, lejos de presentarlas como enfrentadas, habrá de reconducirlas hacia la resolución del conflicto en el modo que “más se adapte a sus necesidades, desempeñando un papel más activo para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les convenga.

Es por ello que se las denomina técnicas “autocompositivas”, dado que son las partes enfrentadas las que han de hallar el camino para reparar la relación rota. De este camino se derivarán acuerdos cuyo cumplimiento será más probable en la medida en que ha sido voluntariamente elegido. El enfoque consensual del conflicto que ofrecen estas técnicas incrementa para las partes la posibilidad de “preservar una relación amistosa” y de seguir manteniendo la relación o relaciones que las vinculaban.

Por otro lado, se subraya la necesaria “flexibilidad de estas técnicas”, en el sentido de que, al ser producto de la voluntad de las partes, son ellas las que, de forma libre, han de decidir qué persona física o jurídica se encargará del proceso, han de determinar el procedimiento que vaya a seguirse, han de optar por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento y, por último, han de modular el resultado del mismo.

La negociación en las empresas solidarias

El espíritu solidario prescribe la extensión de su filosofía a la resolución de los conflictos que surgen en su seno. Lejos del enfrentamiento, exige la extensión de la cooperación a la resolución de las disputas; huyendo de la injerencia jerárquica y autoritaria, requiere un trato interno, pacífico y flexible, basado en el consenso y

la capacidad de negociación de las partes, socios todos ellos de la asociación que les une y acoge (ídem).

Este enfoque postula un mecanismo donde las partes en conflicto, con intereses divergentes y opuestos y, en algunos casos, otros comunes o complementarios, procuran de modo conjunto una solución cooperativa que satisfaga de un modo equitativo las diferencias, intentando atender los intereses legítimos de ambas, mediante una comunicación clara y expedita, con especial preocupación por las relaciones interpersonales de las partes (Saieh, 2002).

Con evidente acierto, Rodríguez-Musa (2016) estima que los cooperativistas deben aprender que la negociación es una institución que persigue establecer una relación más deseable para ambas partes a través del intercambio, trueque y compromiso de derechos, sean éstos legales, económicos o psicológicos; siendo su objetivo modificar un conjunto de relaciones existentes por otras más convenientes para ambas partes.

Estima, además, que debe insistirse e instrumentarse jurídicamente las ventajas de la negociación, entre ellas la participación y el mayor control de las partes sobre el procedimiento; la preservación de las relaciones, porque además de solucionar un conflicto, proporciona una cultura de paz; la rapidez y economía procesal; las soluciones creativas, efectivas y ajustadas al caso; la confidencialidad; etc. El conocimiento y ponderación de estas ventajas, también en los Estatutos de la cooperativa, influiría en su utilización consciente y eficaz.

La negociación se puede plantear a nivel de la empresa por vía ordinaria; ante la asamblea o, mejor, ante el órgano interno especializado; o ante instancias sectoriales, por ante los órganos especializados del sector que puede ser el organismo nacional superior, como es el caso del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.

Obligatoriedad

Acerca de la obligatoriedad de recurrir a vías internas de resolución de conflictos antes de poder acudir a la vía jurisdiccional, hay dos posiciones fundamentales:

1. La que lo considera procedente

En este sentido, Lanas (2015) estima que la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o reclamación administrativa previa, son compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva, porque en ningún caso excluyen al conocimiento judicial de la cuestión controvertida, ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales.

Es más, son trámites proporcionados y justificados, ya que su fin es de procurar una solución extraprocesal de la controversia, pero deben entenderse cumplidos siempre que materialmente la finalidad que pretenden haya sido satisfecha.

En Cuba, el Decreto Ley 305/2012 “De las cooperativas no agropecuarias”, establece que “Los conflictos que surjan entre los socios de la cooperativa y entre aquellos y la cooperativa (...), se resuelven primeramente mediante la negociación amigable entre las partes del conflicto”.

Solo después de “Transcurridos sesenta días naturales contados a partir del inicio de la negociación amigable, sin arribarse a un acuerdo, el conflicto podrá someterse al conocimiento de los órganos de dirección o administración de la cooperativa; agotada esta vía, queda expedita la acción judicial, según la naturaleza del conflicto” (Rodríguez-Musa, 2016).

Las instancias de negociación interna podrían establecerse con carácter obligatorio por vía estatutaria, siempre que se trate de materias que puedan ser objeto de composición privada, dado el elemento de autonomía de la voluntad que prevalece en las empresas asociativas.

2. La opinión contraria sostiene que las instancias alternativas de solución de conflictos no pueden ser impuestos legalmente de forma obligatoria,

avasallando de manera inocultable el principio de la autonomía de la voluntad.

Ello produciría una situación paradójica: los contratantes se hallan librados a su voluntad libremente expresada en la génesis del vínculo contractual, pero ese albedrío es cercenado ante el conflicto; no se puede optar por una solución judicial o extrajudicial, si esta última es legalmente impuesta como condición sine qua non para acceder al estrado judicial (Nissen, 2000).

MECANISMOS DE NEGOCIACIÓN

Los conflictos al interior de las empresas y los que se presenten dentro del sector solidario pueden ser resueltos mediante alguna de las formas siguientes: la mediación, la conciliación, y el arbitraje. A ellas, Argudo (2006) añade el acuerdo para-social mediante pacto individual y concreto de los litigantes que solo obliga a los cooperativistas que lo hubieran otorgado o consentido.

Generalmente, se inicia con la mediación y se establece la posibilidad que fracasada ésta se acuda a la conciliación, permitiéndose que el órgano mediador se convierta en conciliador, presentando a las partes una propuesta de solución.

Los tipos fundamentales de sistemas de solución de conflictos pueden llegar a unirse y dar lugar a medios alternativos híbridos o incluso ser calificados como *On-line Dispute Resolution (ODR)* si se celebran a distancia acudiendo a los medios electrónicos, existiendo actualmente empresas que como terceros neutrales al conflicto ofrece sus servicios como plataforma para la resolución de conflictos *on-line*. Estos últimos permiten superar el requisito de presencialidad inherente a aquellos y que se pueden definir como *face to face*, habiendo pasado así a su desarrollo a distancia, esto es, *on-line* (Sánchez, 2013).

Desjudicialización

Se trata de instrumentos complementarios de la jurisdicción; alivian la carga de ésta al tiempo que conllevan la desjudicialización en la resolución de los conflictos.

No se trata de deslegalización ya que estos mecanismos cuentan en todo momento con la garantía de la jurisdicción ante la que, en su caso, se podrá impugnar el acuerdo obtenido o solicitar su ejecución. Además de que la negociación no puede ser cauce para escapar de la legalidad vigente, y mucho menos vía para escapar de las normas de orden público.

LA MEDIACIÓN²⁹

160

Se trata de un instrumento de acercamiento de las personas desde la redefinición de las comunicaciones, emociones y percepciones, otorgándosele valor en sí misma como estrategia de solución de conflictos. Es la forma natural y próxima a los contendientes para la solución del conflicto; es un instrumento de cooperación entre las partes que confían en la ayuda de un tercero imparcial para solventar su disputa de manera no agresiva, sin imposiciones ni venganzas.

El mediador

El mediador (tercero) es el elemento más importante de la mediación: ayuda a las partes en conflicto, impulsando una negociación que haga que aquellos dejen de ser enemigos y contrincantes para convertirse en cooperantes, intentando con su propio esfuerzo lleguen al acuerdo que ambos necesitan. Asegura que las negociaciones de las partes trascurren por sendas de paz y armonía, mitigando y desechando tensiones y obstáculos partes y sin poder, en ningún caso, presentarles propuestas de solución.

Puede ser individual o colegiado (estar integrado por una o más personas) por lo que es más adecuado hablar de órgano mediador, además que puede tener carácter permanente o casual, esto es, ser una institución dedicada a ello o que se constituya expresamente para solventar un conflicto concreto.

²⁹ Ordeñana, 2012

La mediación cooperativa es más acorde con el espíritu cooperativo porque vedada la posibilidad de presentar propuestas de solución al órgano mediador, de alcanzarse una solución en este mecanismo es fruto exclusivo de la voluntad de las partes en conflicto; resultado de una menor injerencia externa y luego, fruto de un mayor desarrollo del mutualismo que inspira el surgimiento y funcionamiento de la cooperativa (Ordeñaga, 2012).

Características del mediador

Las aptitudes y cualidades propias del mediador cooperativo quien no solo debe estar vinculado al sector sino especializados en esta nueva área, deben ser, necesariamente, más desarrolladas, puesto que, por ejemplo,

1. El liderazgo debe ser ejercido no solo sobre dos personas, como cuando se trata de un conflicto por un lote de terreno, sino sobre dos grupos, lo que convierte en más complejo su ejercicio, pues, generalmente, los grupos cooperativos son heterogéneos y más impulsivos; responden a la conformación de la masa y resulta difícil satisfacer a todos sus integrantes, más allá de que, posiblemente, los intereses de los miembros del grupo, no sean iguales, pues, unos tendrán interés en el simple cambio de la directiva o en la desafiliación de un socio.
2. Tampoco es igual la práctica de la comunicación cuando se trata de individuos que cuando se trata de grupos, pues, no siempre las percepciones al interior del mismo grupo son las mismas.
3. Otra diferencia la encontramos en la actitud del mediador, pues, de mero facilitador o canalizador de criterios y propuestas que es en la mediación común, debe convertirse forzosamente en un mediador propositivo, ampliamente participativo, aún a riesgo de romper uno de los paradigmas de la mediación, como también se rompería el de la neutralidad, pues un

³⁰ Naranjo, 2002

mediador de cooperativas debe ser alguien vinculado, sino a la cooperativa, por lo menos al sistema y, más aún, debe ser alguien que tenga cierto ascendiente, que sea conocido y respetado por los cooperativistas en pugna, pues, las reacciones grupales, evidentemente, que son distintas de las individuales, quizás, incluso, son contagiosamente más emotivas y eso se controla con la actitud y el ascendiente del mediador. En este aspecto, la mediación cooperativa, se acerca mucho a la mediación comunitaria.

4. Otro paradigma a ser superado, será el de la confidencialidad pues, dada la naturaleza de este tipo de conflictos, cercanos a los comunitarios, como en ellos, difícilmente se podrá mantener la confidencialidad, más aún, cuando las partes son grupos y no individualidades y los acuerdos afectan a numerosas personas que no intervienen directamente en el proceso de mediación.

Ventajas

Varias son las ventajas que Naranjo encuentra en la aplicación de la mediación para la solución de conflictos en las cooperativas y ellas parten de la identidad ideológica que existe entre la Doctrina Cooperativa y la Práctica de la Mediación, pues, ambas constituyen expresiones autogestionarias y democráticas.

La cooperativa se caracteriza por la autogestión de sus socios y la mediación es autosolución de conflictos que es también autogestión y las dos son, en esencia, expresiones democráticas, pues, en las dos existe la libre expresión de ideas, la confrontación de argumentos y un objetivo común.

La agilidad natural de la mediación rendirá sus frutos también con ventaja en los conflictos cooperativos evitando la congestión de ellos en instancias administrativas, permitiendo que sancionen menos, promuevan más y supervisen mejor y, por fin, la primera consecuencia directa de la solución de conflictos, vía mediación, es el fortalecimiento de la unidad institucional, evitando el resquebrajamiento que forzosamente deja la solución de un conflicto impuesta por la Autoridad, más allá de las ideas renovadoras que siempre surgen, cuando se lo

ha auto solucionado, entre las partes, por el diálogo constructivo y la satisfacción de los mutuos intereses, además, claro está, de las prevenciones que se toman para evitar nuevos conflictos en el futuro.

En definitiva, muchas son las ventajas que conlleva la auto solución de disputas en las cooperativas, vía mediación, tantas, que superan con creces los costos de tiempo, dinero y recursos que se diluyen al someter el conflicto a la Autoridad, la misma que distrae también sus recursos humanos para destinarlos a investigar, juzgar y sancionar las situaciones conflictivas, en lugar de planificar, legislar, supervisar y promover el desarrollo de estas formas empresariales, poniendo muchas veces en predicamento, hasta la integridad moral de sus funcionarios, pues, nunca falta la acusación de parcialidad o discriminación, lógicamente, por la parte que no vio satisfechas sus pretensiones, pues, la Autoridad simplemente aplica la ley y en esa aplicación, siempre hay un perdedor.

PROCESO DE MEDIACIÓN

En general, es similar al de otras formas de mediación:

1. Comienza, como no puede ser de otra manera, con la solicitud de las partes, sea conjuntamente, que es lo ideal, o sea por adhesión, es decir, cuando una de las partes toma la iniciativa de someter el caso a mediación y la otra acepta.
1. Contamos, además, con la posibilidad cierta y firme de incorporar en el estatuto de las cooperativas una norma por la cual los conflictos que en ellas ocurran se someterán en primera instancia a la mediación, en segunda al arbitraje y, solo a falta de acuerdo de mediación, vía recurso de nulidad del arbitraje.
2. También podría canalizarse la solución alternativa de estos conflictos por derivación administrativa, esto es que, la misma Autoridad remite a los Centros de Arbitraje o Mediación los conflictos a ella sometidos.
3. El procedimiento en la mediación cooperativa sería similar al de la mediación común, esto es, la avocación de conocimiento, la invitación a la

audiencia, etc. con la salvedad de que las partes en conflicto deberían designar dos o tres representantes con amplias e irrevocables facultades para negociar y suscribir el acuerdo de mediación.

4. Luego, tendríamos la realización de las Audiencias, las mismas que por lo menos en principio, serían públicas dada la naturaleza colectiva de estos conflictos, sin perjuicio de que la discrecionalidad del mediador o la intemperancia de un sector de los grupos en conflicto obligue a la realización de audiencias privadas. En todo caso, como se dijo en líneas anteriores, es necesaria, la dotación de la suficiente capacidad de decisión a los representantes de las partes en pugna.
5. El acuerdo de mediación tendría el carácter de sentencia de última instancia quedando para el análisis la imposición de su cumplimiento, esto es, si correspondería a la Autoridad de Aplicación o a la Función Judicial y, especialmente si los acuerdos versan sobre asuntos susceptibles de transacción, pues, no olvidemos que así como la disputa puede versar sobre el control de la cooperativa, puede existir de por medio algún manejo fraudulento de fondos que se pretende ocultarlo bajo el manto de la mediación.

Responsabilidad

A simple vista podría considerarse fácil la implantación de la mediación en conflictos cooperativos, pero, no es así, pues, requiere de mediadores, no solo vinculados al movimiento sino especializados en esta nueva área y ellos, hay que formarlos, pues, tampoco a pretexto de que la mediación es una buena alternativa, puede improvisarse, reconocer como mediadores a imprevistos o inexpertos, bajo pena de corromper el mecanismo y generar la inmediata desconfianza en él.

No se trata, pues, de crear una nueva actividad, ni un nuevo mercado de trabajo, como se dice ha ocurrido con algunas intervenciones y auditorías, sino de crear una nueva forma de solución de conflictos y de su prevención.

Corresponde, pues, a la Autoridad de aplicación y a los organismos de integración cooperativa la planificación concertada de la implantación de la mediación, sin perjuicio de que los centros privados vuelvan sus ojos también hacia el cooperativismo y sus problemas los incorporen entre los susceptibles de solución mediada.

CONCILIACIÓN

Consiste en el acercamiento de las partes para obtener un avenimiento para que solucionen su contienda sin llegar a que otro tome la decisión, de manera de dar término extrajudicial a los procesos. Pretende avenir las voluntades o poner a los contendientes en paz. La conciliación sería de transacción si logra el acuerdo, redacta el acta en que se formaliza y le da solemnidad con su firma (Diez-Argal, 1987).

Para Martí (2005) la conciliación es una vía de resolución de conflictos, en principio, alternativa a la jurisdicción, consistente en una actividad desarrollada por sujetos cuya actividad pretende la resolución del conflicto mediante la obtención de un acuerdo entre los propios sujetos implicados.

En la conciliación las partes cuentan con un tercero en la negociación encaminada a solventar su conflicto, aunque el acuerdo final es responsabilidad exclusiva suya. El tercero se ubica intra partes y no supra partes como en el arbitraje y tiene facultad de presentar propuestas de solución a las partes, lo que no se reconoce al mediador (Ordeñana, ídem).

Esta medida puede ser establecida con carácter obligatorio y previo al juicio, o meramente facultativo. Puede permitirse en cualquier estado de la causa, aunque se requiere que la *litis* haya sido planteada de manera que el juez se encuentre en condiciones de conocer cabalmente la *litis* y poder proponer personalmente bases de arreglo (Manso, 2002).

Concepto

El arbitraje es la facultad conferida a simples particulares, por la ley o por la voluntad de las partes, para decidir las cuestiones sobre las cuales no esté prohibido transigir. El arbitraje debe ser voluntario, sin trámites complicados y que el laudo que se dicte sea otorgado a la autoridad suficiente para ser respetado (Cerdea, 1959). Estriba en la remisión a un tercero la resolución del conflicto.

En el campo cooperativo, tiene por objeto resolver todo tipo de controversias entre entidades de este tipo o entre estas y sus miembros. Aunque se asemeja a un juicio, se diferencia de él porque –entre otras- no es obligatoria la intervención de abogado, no hay demandante y demandado, no se pueden adoptar medidas cautelares (Arriola, Díaz y Gutiérrez, 2005).

Las ventajas generales atribuibles al arbitraje (rapidez, limitación de recursos, confidencialidad, especialización, flexibilidad procesal y menor coste) revisten mayor interés en el sector solidario, cuyos miembros, en caso de conflicto, están interesados en solventarlo ante quien conozca su idiosincrasia, con un desembolso limitado y no disuasorio (algunos arbitrajes son gratuitos) en un plazo previsible y razonable, sin darle publicidad ni sufrir excesivas formalidades (Rodríguez-Álvarez, 2013)

Fuentes

Puede ser que se aplique la ley de arbitraje del Estado que el sistema constitucional establezca, la ley del sector, una normativa especial, el estatuto o los reglamentos internos, estos últimos, en forma plena o con aplicación supletoria de aquellos.

Ahora bien, el origen o presupuesto indispensable del arbitraje se ubica en la cláusula arbitral establecida en algún instrumento de la expresión de la voluntad societaria, especialmente en el estatuto, formulada de forma amplia, que permita

recoger genéricamente todas las materias susceptibles de arbitraje cooperativo vinculadas materialmente con la relación societaria. Debe figurar por escrito lo que permite su conocimiento por los socios, lo mismo que la publicidad registral de los mismos (Argudo, ídem).

Su principal efecto es que obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria, lo que no impide solicitar la adopción de medidas cautelares.

Naturaleza

El arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, ya que la decisión del árbitro alcanza idéntica eficacia, considerándose cosa juzgada y ejecutiva (Rodríguez-Alvarez, ídem).

Lo normal es que sea potestativo establecer en el estatuto el arbitraje de los conflictos, o puede suceder que la ley haga obligatorio someter a arbitraje los conflictos entre los miembros y la cooperativa. Sin embargo, la sujeción a arbitraje debe proceder de una expresa manifestación de voluntad a través de la inclusión de la cláusula arbitral en algún medio de expresión de la voluntad de la cooperativa, bien sea en el estatuto o en cualquier documento interno, siempre que exprese la voluntad de someterse a arbitraje (Martín, 2005).

Sobre el carácter vinculante del convenio de arbitraje en el estatuto

La tendencia predominante sostiene que si fuere establecido en el estatuto que los conflictos entre el miembro y la entidad tanto durante la relación asociativa como a su terminación deban someterse a arbitraje, es de obligatoria observancia siempre que verse sobre materia que puede ser objeto de arbitraje, ya que el estatuto fue voluntariamente aceptado en el momento del ingreso a la entidad.

Se ha planteado que el sistema de puertas abiertas podría ser incompatible con la necesidad de que las partes expresen la voluntad expresa de someterse a

arbitraje, pues podría llegar a interpretarse que ello solo ocurre con los miembros fundadores, pero no con los nuevos y futuros miembros. En estos existe un factor normativo (la exigencia del arbitraje en los estatutos).

Pero también hay un elemento de voluntariedad en los elaboradores del estatuto que no estaban obligados a establecer la cláusula del arbitraje necesario. Y, es el asociado que al ingresar voluntariamente acepta sus reglas estatutarias (Lluís, 1972)

Es más, los nuevos asociados están vinculados automáticamente al estatuto en tanto que su desconocimiento no puede oponerse frente a la eficacia de la publicidad registral, además que al consentir formar parte de la empresa, tal consentimiento se hace extensible a todas las cláusulas del estatuto, sin que sea procedente exigir un consentimiento expreso y específico con respecto a alguna regla alguna, incluida la cláusula arbitral (Martí, 2005).

Por último, la doctrina es unánime al reconocer que la cláusula arbitral introducida en modificación estatutaria produce plenos efectos, y se estima suficiente cumplir con las mayorías exigidas por la ley, en lugar de la unanimidad, como lo exigen algunos. Además, que la cláusula arbitral introducida por reforma del estatuto no vincula a los conflictos originados con anterioridad (ídem).

En contra, existe una tendencia que interpreta el contrato de sociedad como contrato asociativo de organización y colaboración, no de adhesión, y, por consiguiente, las partes han de expresar su voluntad de aceptarlo o no en el momento concreto en que se produzca el conflicto. Por lo tanto sólo estarían obligadas las partes a someterse si así se acordara expresamente llegado el caso, y no por la asociación a la cooperativa en cuyos estatutos se contemple el arbitraje como mecanismo de resolución de contiendas.

De este modo se preservaría uno de sus rasgos más distintivos: el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes para componer un conflicto sin injerencias externas. Ello, porque se considera que el “convenio arbitral es un negocio propio

que, cuando toma como objeto una relación jurídica determinada, queda ligado de forma necesaria a la misma”. Esta ligadura es la que provoca que aparezca como una cláusula o artículo más del Estatuto pero no por ello ha de recibirse y cumplirse sin un acto expreso o tácito de aceptación posterior a aquel de la vinculación con la cooperativa (Salas Porras, 2014).

Tipos de arbitraje

El arbitraje puede ser de derecho o de equidad.

En el primero, los árbitros resuelven con sujeción a derecho, es decir, aplicando el ordenamiento jurídico que corresponda; mientras que en el de equidad los árbitros resuelven según su saber y entender, sin tener que justificar su decisión amparándose en el ordenamiento jurídico (Martín, 2005). Ahora bien, ello no significa que se deba ser contrario a la letra de la ley sino que ha de dejarse a letra a un lado, al efecto de fijar el criterio de dilucidar la cuestión, para atender a la justicia del caso concreto (Servicio, 2000).

La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. El arbitraje de equidad se utiliza cuando las partes lo hayan pactado expresamente, mediante una remisión literal a la “equidad”, o a términos similares como decisión “en conciencia”, “*ex aequo et bono*”, o que el árbitro actuará como “amigable componedor”. No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación (Martín, 2005).

Alcance

De acuerdo con la menor a mayor profundidad o extensión, hay tres tipos de arbitraje:

1. De mera conciliación: aproximación de posturas, intentando que las mismas partes solucionen su contienda sin llegar él a tomar una decisión.

2. De transacción: de emisión de una propuesta a las partes. Si logra el acuerdo, redacta el acta en que se formaliza, dándole solemnidad con su firma.
3. Arbitro propiamente dicho: si no logra conciliar, resuelve con claridad, precisión, concisión, exhaustividad-equidad (Diez, 1987). Adopta una decisión, llamada “laudo” de obligatorio cumplimiento para las partes.

Materia

Es muy raro que sea posible someter a arbitraje toda la normativa. Más bien, se trata de una competencia taxativa, esto es, sobre materias especificadas.

Generalmente se someten a arbitraje solamente las normas de libre disposición por los miembros por lo que se excluyen las normas de orden público o que superan el ámbito privado, entre las que habría que incluir las materias que den lugar a responsabilidades penales o la materia laboral. Además, sostiene Verón (2009) que el arbitraje no es una vía apta para tutelar procesalmente el derecho de información

Suele permitirse el arbitraje en:

1. Disputas que afecten de manera primordial los principios cooperativos, las que son sometibles a arbitraje de equidad.
2. Conflictos relativos a la interpretación y aplicación del estatuto,
3. La impugnación de los acuerdos sociales o la pretensión de nulidad de la asamblea, dado el carácter negocial y dispositivo que tienen los acuerdos sociales. Algunos rechazan esta posición argumentando que la impugnación de los acuerdos de la asamblea es un procedimiento especial imperativo sobre materia indisponible, pese a que, como observa Rodríguez. Álvarez (ídem) dichos acuerdos nulos o anulables pudieran devenir válidos e inatacables sí, con su inactividad, los legitimados dejaban caducar las correspondientes acciones.

4. Decisiones de los órganos internos que afecten los derechos e intereses de los miembros: negativa de admisión, sanciones, pérdida de la condición, liquidación de retornos y reintegros, etc.
5. Se incluyen los que se planteen con los gerentes quienes, aunque no sean miembros, no por ello son terceros del régimen estatutario en su vinculación orgánica, pues si así fuera tampoco podrían invocar en su favor derechos que, como la retribución, les reconocieran el estatuto (Martín, 2005).
6. Conflictos entre empresas del sector y de estas con los organismos de integración.

PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Principios y requisitos

Representación y defensa de las partes; economía, y contradicción e igualdad de las partes. Es de la esencia del arbitraje el antiformalismo (que no anti-procedimentalismo). El procedimiento debe ser cumplido con rigor dado la gran capacidad decisiva otorgada al árbitro. Que haya una remisión legal al estatuto; solicitud de las partes; existencia de un convenio arbitral previo.

Fases

1. Solicitud de arbitraje de una parte a la otra (s), mediante escrito dirigido al órgano competente identificando las partes, y haciendo una sucinta descripción de la relación jurídica de que se derive la cuestión controvertida; exposición de las pretensiones, indicando los hechos y los fundamentos de derechos en que se base las mismas.
2. Traslado de la solicitud a la parte demandada para que en el plazo estipulado formule contestación, pudiendo oponerse al arbitraje.
3. Designación libre o mediante lista cerrada de los árbitros. No se requiere el acuerdo de las partes para su designación.
4. Funciones del árbitro: Instrucción del procedimiento; subsanar defectos de forma; emitir el laudo.

Fase procesal

1. Audiencia de mediación.

Señala Naranjo (2002) que los árbitros cooperativistas deben tener, por lo menos, en instancias iniciales, un actitud conciliadora y actuar con mayor flexibilidad que en el arbitraje común, más aún cuando podría sustituirse la Audiencia de Mediación previa dispuesta para el arbitraje común, por una Audiencia de Conciliación en la que el mismo Arbitro asuma el papel de Conciliador. De esa manera se ganará en agilidad procesal y bien podría, concluir el conflicto, en la misma Audiencia de Conciliación mencionada (Naranjo, 2002).

2. Comparecencia de conciliación, alegatos, periodo de pruebas, informes, conclusiones. Los plazos para alegar son plazos que afectan al desarrollo concreto del procedimiento arbitral y lo condicionan en forma preclusiva, por lo que el plazo para alegar, por su carácter preclusivo, es insubsanable e improrrogable.

Por otra parte, las alegaciones de las partes, junto con el convenio arbitral, constituyen el objeto del procedimiento. Por tanto, en ausencia de alegaciones no es posible que exista objeto del procedimiento arbitral, sin que en este punto al árbitro pueda suplir la inactividad de las partes (Servicio, 2000). Generalmente se admiten como medios de pruebas la confesión, documental, testifical, inspecciones, etc.

LAUDO

El procedimiento finaliza con la emisión del laudo que debe dictarse dentro del plazo máximo establecido.

1. El laudo es obligatorio y escrito; ser definitivo o ser transitorio, mientras no se dicte fallo revocatorio por la autoridad judicial.
2. Debe ser motivado: la motivación constituye una forma insuprimible del derecho a recibir la información necesaria para el ejercicio de sus derechos

y el cumplimiento de sus obligaciones y un requisito para que el acuerdo del comité sea válido y acertado. Respecto a los demás asociados puede constituir un contenido del derecho a estar informado. Si se tratara de acuerdos con efectos disciplinarios, la motivación de aquellos tendría la categoría de exigencia contractual (Paz, 1989).

Contenido

En el país vasco, el laudo debe expresar, al menos, las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, el lugar en que se dicta, la cuestión sometida a arbitraje, una sucinta relación de las pruebas practicadas, alegaciones de las partes y decisión arbitral, así como los gastos y su imputación, causados en el arbitraje (Arriola, Díaz y Gutiérrez, 2005).

*Plazo*³¹

En un Reglamento Especial de Solución de Conflictos Cooperativos deberá fijarse un plazo prudencial para la emisión del Laudo Arbitral y este plazo debe estar en proporción inversa a la magnitud del conflicto y, especialmente, a su incidencia en el funcionamiento de la cooperativa, de suerte que, el plazo será mayor, cuando el conflicto, no afecte gravemente a la gestión administrativa y económica de la cooperativa y será menor, mientras más perjudique la permanencia del conflicto, a la gestión y operaciones de la cooperativa y más corto todavía, cuando ponga en riesgo su existencia misma.

Efecto

Los acuerdos son inmediatamente ejecutivos y definitivos, pudiendo ser impugnados conforme a lo establecido en la ley, en idénticas circunstancias a como si hubiesen sido adoptados por la asamblea (García-Más, 2001). La sujeción de una controversia a arbitraje suspende la ejecución de la decisión impugnada hasta que se pronuncie el laudo (condiciona el ejercicio de la vía judicial).

³¹ Naranjo, 2002

Características

1. Singularidad: que el árbitro conozca a fondo la materia.
2. Flexibilidad: no hay normas procesales rígidas.
3. Rapidez: no hay incidentes ni recursos. Rige el principio de la instancia única
4. Se fundamente en la equidad.
5. De acuerdo a la ley puede requerir o no de homologación judicial, esto es, de legitimación o validación del órgano jurisdiccional.
6. No vinculación de los terceros: la institución arbitral únicamente produce efectos entre las partes que a ella se someten.

Costas

Puede que no se establezcan, que ambas partes las asuman o que estén a cargo del perdedor. Si no existiese mala fe de alguna de las partes ni temeridad, cada una debe satisfacer los gastos efectuados a su instancia, y los que sean comunes, ambas partes.

Causas de nulidad

Señala Argudo (2006) que el contrato de arbitraje será inválido o nulo de pleno derecho si no se ha formalizado voluntariamente por las partes del conflicto, si no existiese entre ambas una cuestión litigiosa o, si no se tiene de él constancia documental de su celebración

Referencias

- Argudo, J. (2006). Algunos problemas de nulidad y eficacia del convenio arbitral cooperativo, *Revista Jurídica de economía social y cooperativa*, 17. Valencia, Cirioc
- Arriola, N., Díaz, B. y Gutiérrez, A. (2005). La Resolución de conflictos en las cooperativas: análisis del caso Vasco. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 39. Bilbao, Universidad de Deusto

- Cerdá, B. (1959). *La Organización en general. El Régimen Cooperativo*. Tomo II. 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
- Díaz-Argal, W. (1987). Arbitraje Cooperativo. *Anuario de Estudios Cooperativos*. Instituto de Estudios Cooperativos. Universidad de Deusto. Bilbao
- García-Más, F. (2001). De los órganos de la sociedad cooperativa. *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*. Madrid. Colegios Notariales de España
- Henry, H. (2000). *Cuadernos de legislación cooperativa*. Ginebra. OIT
- Lanas, E. (2015). *Socio trabajador y cooperativa de trabajo asociado*. Valencia, Universidad de Valencia
- Lluís y Navas, J. (1972). *Derecho de Cooperativas*. Barcelona. Bosch
- Martí, J. (2005). El arbitraje cooperativo en la legislación española. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*. Bilbao, Universidad de Deusto
- Naranjo, C. (2002). La naturaleza jurídica de la cooperativa y el acto cooperativo. *Apuntes de Derecho Cooperativo*. Quito
- Nissen, R. (2000). *Panorama actual del Derecho Societario*. Buenos Aires. Ad-hoc
- Ordeñana, I. (2012). Más allá el arbitraje cooperativo: la mediación cooperativa. *Gezki*, 8. San Sebastián. Universidad del país vasco
- Paz Canalejo, N. (1989). El comité de recursos. Madrid. *Revista de Estudios Cooperativos*, 56-57. Aecoop. Madrid
- Rodríguez-Musa, O. (2016). Conflicto en una cooperativa no agropecuaria en Cuba. *Seminario Internacional de Derecho Cooperativo, Rosario, Aidcmess*
- Rodríguez-Alvarez, P. (2013). El arbitraje cooperativo. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo II*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Saieh, C. (2002). Solución de conflictos, negociación y derecho de la empresa. *Revista Chilena de Derecho, Vol.29 N.3*. Santiago, Universidad Católica de Chile

- Salas-Porras, M. (2014). Resolución extrajudicial de conflictos en las cooperativas españolas. *Revista jurídica N° 25*. Valencia, Ciriec
- Sánchez-Hernández, R. (2013). Mediación y arbitraje en empresas de economía social. *Economía Social y Derecho. Problemas Jurídicos Actuales de las Empresas de Economía Social*. Mercatura 48. Granada, Comares
- Segalés, J. (1999). Derecho Procesal en las cooperativas. *Sociedades cooperativas*. Ibidem. Madrid
- Souza, J. (2005). A mediação cooperativa como instrumento para solução de conflitos: uma proposta para prevalência dos valores cooperativos. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 39. Bilbao, Universidad de Deusto
- Verón. V. (2009). *Tratado de las cooperativas*. Tomos I, II y III. Buenos Aires, La Ley

115. ASPECTOS PROCESALES

El Contencioso-administrativo. Jurisdicción ordinaria. Legitimación. Procedimiento. Prescripción de acciones. Certificaciones.

EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Concepto

El concepto de contencioso-administrativo se refiere a la resolución judicial de los conflictos que se susciten entre las empresas e instituciones del sector y las Autoridades públicas, bien sea la Autoridad de aplicación o de fomento, la Autoridad de la actividad, o cualquier otra Autoridad nacional, regional o local.

Estos conflictos generalmente son resueltos en primera instancia por las propias autoridades administrativas que los ocasionaron mediante los recursos administrativos que contra dichos actos pueden interponer los afectados.

Tribunal competente

El tribunal competente para resolver los conflictos entre las entidades del sector solidario y la Administración pública puede que:

1. No esté determinado en la norma jurídica, con lo que tendría que hacerse remisión al derecho común administrativo para precisar cuál es el tribunal competente.
2. También, puede estar determinado y tratarse del tribunal civil del domicilio de la empresa, con competencia en lo Administrativo.
3. Puede ser el tribunal público ordinario.
4. Un tribunal especializado en lo cooperativo, mutual, social o solidario, o
5. Un órgano especializado de revisión de las decisiones de la Autoridad de aplicación (Puerto Rico).
6. Doble competencia: puede ser que la ley determine que las cuestiones litigiosas entre la cooperativa y sus socios trabajadores en su condición de tales serán competentes los órganos jurisdiccionales en el orden social; en

cambio, los conflictos análogos a los que puedan surgir entre cualquier socio y las cooperativas de otras clases siguen sometidos a la jurisdicción civil.

La circunscripción o el área geográfica puede ser la federal o nacional, la regional o sólo la local.

Fuentes

Por regla general no hay normativa que regule el proceso en que interviene una empresa solidaria por lo que se aplica la norma ordinaria contenciosa administrativa, o pudiere haber normas especiales para la tramitación de los conflictos sectoriales, las que pueden estar en un capítulo de la ley del sector, haber una ley especial de procedimiento social, o estar contenida en ambas.

Competencia

Orgánica:

Lo normal es que comprenda la impugnación de los actos del Poder Ejecutivo; de los actos de la Autoridad de aplicación, de fomento o de la actividad y, general, la impugnación de toda actividad u omisión de una autoridad administrativa que afecte de alguna manera a la entidad solidaria. Podría incluir también los actos del organismo nacional superior solidario en los casos en que el mismo se considere como una instancia pública no gubernamental.

Material:

Puede ser que el recurso judicial solo se habilite en contra de las sanciones cuya importancia o envergadura lo haga conveniente, como sería multas de elevado monto, la Intervención administrativa y el retiro de la autorización para funcionar; actos públicos en contra de las medidas de protección y fomento del sector; actos contra los beneficios fiscales otorgados por la ley, etc.

En todo caso, es necesario comprobar que se tiene un derecho subjetivo o un interés legítimo en la impugnación del acto procedente de la Autoridad, esto es, que el acto administrativo que se impugna cause un perjuicio real y de cierta envergadura a la entidad solidaria.

También, como señala Verón (2009) las observaciones que la Administración formule en el proceso de constitución de la empresa en un primer examen no le impiden realizar nuevas observaciones fundadas, ya que no existe el derecho a la aprobación con determinado texto que sea violatorio de la ley. Lógicamente, la reiteración de observaciones indican falta de idoneidad en la Autoridad de aplicación, y el ejercicio abusivo de esta facultad da lugar al remedio judicial para poner fin a la traba que significa esa actitud del órgano de fiscalización, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad contra el Estado y el funcionario.

Sin embargo, la competencia material del tribunal puede estar expresa y taxativamente determinada en la ley como el caso de la ley checa de 1988 que establecía la posibilidad a las cooperativas de demandar protección a los órganos de arbitraje económico en el caso de intervención ilegal en sus actividades de parte de los órganos de la gestión económica, y por la obligación impuesta a estos órganos de reparar el daño material causado por su injerencia en las actividades de la cooperativa (Calfa, 1988).

Procedimiento

El procedimiento a seguirse generalmente es el ordinario administrativo, o pudiese haber un procedimiento especial o específico para los conflictos del sector solidario con la autoridad pública, lo que no pareciera lo más razonable.

El recurso contencioso debe estar debidamente fundado, con un plazo de interposición determinado, normalmente breve, por ejemplo, no superior de 30 a 90 días a partir de la emisión por parte de la autoridad pública del acto del que se recurre.

Es aconsejable seguir el procedimiento judicial breve y sumario con audiencia de la Autoridad de aplicación, la que podría ser emplazada por el Juez para que presente informe con todos los antecedentes del caso que obren en su poder y que estén relacionados con la materia.

Se debería prever que el tribunal pueda disponer que se practiquen aquellas diligencias que estime indispensables para la acertada resolución del reclamo (Ley de cooperativas de Chile, 2002).

Efecto suspensivo

Lo más conveniente sería que la interposición del recurso suspenda la ejecución del acto impugnado hasta tanto haya decisión definitiva por parte de la Autoridad judicial, aunque si no hay norma expresa que lo establezca, no procedería la suspensión del acto.

El efecto suspensivo de los recursos administrativos procedería en todos los casos, salvo que el hecho que justifica la decisión fuese de extraordinaria gravedad y urgencia. Ello, para evitar que decisiones judiciales que se ejecutan sin mediar los extremos anteriores, causen daños irreparables a la empresa, que no pueden ser remediados en caso de decisión definitiva favorable a la misma.

En tal caso, se exige que la empresa impugnante constituya una garantía real para asegurar que, en caso que la decisión final no le sea favorable, no se frustren sus efectos por su culpa.

JURISDICCIÓN ORDINARIA

Este punto tiene que ver con la resolución de los conflictos por medio de los órganos jurisdiccionales del Estado, conflictos que surjan al interior del sector, bien sea entre los miembros y los directivos con las empresas, o entre estas entre sí, o con los organismos de integración en sus diversos grados.

Determinación

Frecuentemente la ley deja indeterminado el tribunal competente en los conflictos sectoriales razón por la que para saber cuál tribunal lo es, debe hacerse remisión al derecho común y, en tal virtud, el tribunal se determinaría en razón del territorio, de la materia en sí, o por la cuantía de la reclamación, si fuere el caso.

Sin embargo, cada día es más frecuente que el órgano judicial competente esté determinado en la ley, y corresponder:

1. Al Juez civil:

Se considera que la competencia ordinaria corresponde a la jurisdicción civil porque, en definitiva, es la encargada de juzgar las controversias no expresamente atribuidas a otros órdenes (Segalés, 1999) incluidas las controversias en las empresas de trabajo asociado. En éste caso, algunos estiman que puede admitirse con facilidad por la calidad y agilidad de sus procedimientos, siempre y cuando se entienda la naturaleza particular de la relación laboral cooperativa como trabajo asociado y no dependiente (Eguía, 2001).

2. Al Juez mercantil

Puede tratarse del Juez mercantil si se toma en consideración solo el aspecto empresarial de la situación y se entiende el Derecho Mercantil más que el derecho de la actividad lucrativa, como el derecho de la empresa. En todo caso, habría una similitud básica por el cada día mayor parecido operativo existente entre la cooperativa y empresa social o solidaria con la sociedad mercantil.

En este sentido, Moirano (2005) dice: “En cuanto al fuero judicial, es el comercial al que le corresponde entender en las cuestiones entre la cooperativa y sus asociados, no por un supuesto carácter comercial de la primera, que no lo tiene, sino por su condición de empresa”.

3. Al Juez laboral

Se estima que la jurisdicción social o laboral puede ser la competente, sobre todo si se acepta que se trata de “organizaciones de la clase

trabajadora”. En el caso de los conflictos en las empresas de trabajo asociado podría optarse por el procedimiento laboral, aunque sería posible fundamentarse en las normas que regulan el sector social, el estatuto y los reglamentos internos. Lo que no hay duda es en los casos de conflictos con los trabajadores asalariados.

En relación con los conflictos de los trabajadores-asociados, el tribunal competente puede ser el tribunal ordinario, la jurisdicción laboral o una jurisdicción especial del sector. Sin embargo, salvo esta solución, las cuestiones contenciosas entre la cooperativa de trabajo asociado y el miembro por trabajos relacionados con los derechos y obligaciones derivados de la actividad corporativizada de la prestación de trabajo, debe ser tramitada ante la jurisdicción social.

Se aconseja darle competencia al Juez laboral considerado más experto en cuanto a la valoración de los aspectos objetivos de las cuestiones inherentes a la comprensión de la prestación laboral (Verrucoli, 1984). Para la Suprema Corte Italiana (26-5-1997) se sitúa al asociado-trabajador en una categoría contigua e interdependiente a la del trabajo subordinado o para-subordinado y, por tanto, para la Corte a la gradual extensión al asociado cooperador de la tutela sustancial propia del trabajador subordinado debe corresponder una análoga extensión de la tutela procesal, con individualización del Juez competente en el laboral (en, Dabormida, 1999).

4. Doble jurisdicción

En algunas legislaciones (Ley de Cajas de Ahorro de Venezuela) la impugnación de los acuerdos de la asamblea son competencia de los tribunales locales del domicilio de la empresa, y los relacionados con reclamaciones de los asociados son de la competencia de la jurisdicción civil ordinaria, de acuerdo a la cuantía de lo reclamado.

En caso de las cooperativas de trabajo asociado, el Tribunal Supremo de España (1997, en Lanas, 2015) resolvió que la jurisdicción social viene a ser la principal competente en los conflictos que se susciten al interior de

una CTA, para lo que únicamente es necesario que tal controversia, ya sea de manera presente o futura, se relacione con la actividad cooperativizada. Y la jurisdicción civil interviene sólo de manera excepcional, relativo exclusivamente a las controversias surgidas en el giro de la empresa y las cuestiones en que no aparezcan afectadas la aportación de trabajo del socio o sus efectos, ni comprometidos sus derechos, salvo los políticos. Lanas (2015) critica esta solución ya que es difícil separar los efectos laborales y no laborales en cuestiones del giro de la empresa (en definitiva, todo redundando en el trabajo) o separar los efectos no laborales de los derechos políticos. Por ello, lo mejor sería atribuir toda la competencia en materia de CTA a la jurisdicción social.

5. Pudiera tratarse de la jurisdicción electoral (Venezuela) exclusivamente para los casos de elección de directivos, lo que –sin embargo– rompe la unidad y especialidad de tratamiento jurisdiccional al sector.

6. Juez especializado

Por último, pudiera tratarse de un tribunal especializado en lo cooperativo o solidario. El caso es que algunas leyes recientes de cooperativas contienen disposiciones para establecer “tribunales cooperativos”, “arbitraje” o “comisiones de conciliación”, abiertos al mundo exterior que actúan como tales pero sin impedir que las partes en conflicto acudan a los tribunales ordinarios en demanda de justicia, para el conocimiento de los conflictos de diferente naturaleza (Souza, 2005).

Tales tribunales podrían estar formados por personas con respaldo jurídico y que representan al Ministro responsable de las cooperativas, el sector cooperativo, con al menos un Juez profesional. Pero no son necesariamente órganos permanentes sino que pueden reunirse sólo cuando sea necesario (OIT, 2000).

Relata Henry (2002) sin excluir el acceso a la corte de justicia, representantes del movimiento cooperativo y del gobierno actúan como jueces. En contra, la nueva ley de cooperativas de Bolivia descarta expresamente esta opción.

7. No tiene jurisdicción en ciertos casos

La jurisprudencia italiana ha afirmado que la materia del irregular funcionamiento de la gestión de la sociedad, comprendida la imposición de sanciones está, en las cooperativas, reservada a la Administración pública. En consecuencia, la autoridad judicial carece de jurisdicción frente al recurso de los asociados de una cooperativa que denuncian las graves irregularidades de los administradores y vigilantes (Buonocore, 1997).

Grado judicial

En cuanto al nivel jerárquico o grado del tribunal, puede ser el Juez local o municipal o el Juez de primera instancia. Incluso, pudiese haber un solo y especializado Juez nacional o federal con competencia centralizada en la materia. Lo procedente es que se trate del Juez de proximidad al que se pueda acceder en forma sencilla y gratuita, con apelación en ciertos casos ante el Juez inmediato superior, y la competencia estar determinada por el domicilio de la empresa interviniente.

Litigio sin gastos

Se discute si la empresa solidaria podría utilizar la figura del beneficio de litigar sin gastos. Se argumenta que la empresa debe contar con una infraestructura orgánica y funcional, siquiera básica y elemental para la obtención de beneficios. Por ello, la imposibilidad de obtener recursos para afrontar demandas vinculadas con sus relaciones comerciales puede constituir, eventualmente, imposibilidad de consecución del objeto para el cual se constituyó.

Nissen (2000) considera que si bien es cierto que cuando la sociedad se encuentra en esa situación puede incurrir en causal de disolución por imposibilidad de cumplir su objeto, ello en nada cambia las cosas, pues aun en estado liquidatorio, la sociedad conserva su personalidad jurídica con plenitud. De negarse el beneficio de litigar sin gastos se llegaría a la conclusión inadmisibles de que por carencia de fondos suficientes la empresa no podría promover

judicialmente las acciones o demandas necesarias para el reconocimiento o protección de sus intereses, aun cuando estos sean solamente patrimoniales.

LEGITIMACIÓN

Legitimados

En el estado actual de la doctrina, Santos (2015) considera que no prosperaría una acción de nulidad de un contrato celebrado por una cooperativa, por vulneración del principio “cooperación entre cooperativas”. En efecto, conforme al principio, la cooperativa debe procurar mantener relaciones económicas con otras cooperativas.

La cuestión surge de la impugnación de un contrato celebrado por la cooperativa con una sociedad de capital y no con otra cooperativa con la que podría haberlo negociado en igualdad de condiciones, sobre la base hipotética de que al integrar el principio el derecho objetivo, los intereses de la cooperación intercooperativa que él protege, atribuirían legitimación activada a la cooperativa postergada en el contrato para impetrar su nulidad.

El carácter de legitimado puede tenerlo:

La empresa

En el caso de la empresa, la legitimación para actuar judicialmente, tanto activa como pasiva, corresponde al representante legal previsto en el estatuto, o el apoderado judicial constituido por el órgano directivo, de acuerdo a lo dispuesto en el estatuto. La entidad solidaria *per se*, para lo cual se debe acreditar la condición de representante legal de la misma, o el acuerdo expreso y por escrito del órgano directivo de dicha entidad que decide impugnar el acto de la Administración que la afecta, certificado por el secretario del mismo.

El miembro

En la caso de la *litis* planteada por el miembro se requiere comprobar el tener la condición de miembro bien sea en forma individual o colectiva, en cuyo caso se exige contar con el porcentaje de los mismos establecido en la ley, si fuese el caso) acreditando su condición de asociado. Se trata, entonces de un derecho subjetivo de ejercicio personal o de ejercicio colectivo, en el sentido que debe reunirse un número determinado de miembros para poder ejercerlo, o de un porcentaje de ellos.

Es importante considerar si se requiere, además de la condición de miembro, la demostración de tener un derecho subjetivo o un interés legítimo y concreto.

1. Para algunos, la legitimación activa se determina por el interés del asociado en la reclamación planteada (por los daños individualizados causados en su patrimonio, basada en el derecho del asociado al cobro de la cantidad o la percepción de la indemnización) y la pasiva, será la cooperativa.
2. Señala Segalés (1999) que carecerá el asociado de legitimación para entablar procesos frente a la cooperativa de derechos políticos no propios o incluso para ejercer la acción de responsabilidad frente a órganos de gobierno por daños causados a la cooperativa, de no mediar una repercusión individualizada en su patrimonio.
3. Para otros, por el contrario, basta tener la condición de miembro y que se dé el presupuesto básico que es la violación de expresas disposiciones legales, estatutarias o reglamentarias, a los cuales deben someterse todos.

Otro aspecto a considerar es en qué momento debe tener la condición de miembro de la empresa para poder actuar en juicio, siendo lo más lógico que la data corresponda a la fecha del acto que da motivo a la acción judicial. Ahora bien, en el caso de que el miembro que ha perdido su condición de tal conserve responsabilidad frente a la cooperativa posterior a su retiro, mantiene legitimación

hasta el vencimiento del plazo legal establecido, pero sólo en relación a las obligaciones pendientes.

Los directivos

Los directivos –en forma individual o colectiva- pueden ser parte en un proceso en que la empresa solidaria haya intentado acción de responsabilidad civil por actos individuales o por acuerdos adoptados, por dolo o culpa, y que hayan causado daños y perjuicios reales, tanto materiales como morales a la empresa.

De igual manera que otros oficiales corporativos, la cooperativa deberá indemnizar a los directores y directivos cuando éstos son demandados debido a sus funciones dentro de la cooperativa, a menos que la responsabilidad legal haya surgido porque ellos de manera voluntaria o negligente no hicieron frente a una obligación que les corresponde como directivos de la cooperativa (Clarity, 2006).

Los acreedores o terceros

Para poder intervenir válidamente en el procedimiento, los terceros deben reunir ciertas condiciones como tener derechos e intereses directos y legítimos, por ejemplo, la condición de acreedores no satisfechos y, o el no ejercicio de la acción correspondiente por parte de los miembros durante cierto lapso establecido en la ley.

Los organismos de integración

Se plantea la necesidad que la ley otorgue legitimación de pleno derecho, tanto activa como pasiva, a los organismos de integración a los que se encuentre afiliada la empresa solidaria (o al/o los que corresponda al tipo de entidad aún ésta no esté afiliada al/los mismo) para poder ejercer los derechos e intereses legítimos de dicha entidad y, en particular de sus miembros.

Aplicación de la doctrina de los “propios actos” a las empresas solidarias.

La doctrina de los “actos propios” está basada en el axioma “*venire contra factum proprium non valet*”, entendido en el sentido que “a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su conducta anterior”. Esta doctrina tiende a impedir que un sujeto pueda invocar sorpresivamente una pretensión jurídica en abierta contradicción con su conducta anterior que había supuesto entre las partes un compromiso determinado de mutua dependencia, que es ahora afectado por la nueva postura de uno de los intervinientes primitivos.

En materia de cooperativas y similares, se trata de supuestos donde el asociado ha aceptado durante mucho tiempo un tratamiento especial en sus relaciones con la entidad, consolidando con su conducta recíprocas expectativas, que no pueden por ello alterarlas sorpresivamente cambiando las reglas impuestas a tales relaciones jurídicas.

Esta doctrina la creemos procedente en el sector solidario como causa de ilegitimidad para actuar, en ciertos casos. Por ejemplo:

1. El miembro que demanda judicialmente a la empresa cuando no había atacado de nulidad el acuerdo de la asamblea de excluirlo de la misma;
2. Cuando habiendo estado conforme con un acto, incluso haberlo cumplido voluntariamente, luego intenta impugnarlo por considerarlo irregular;
3. En el caso del miembro que habiéndose retirado voluntariamente y habérsele cancelado sus reintegros, pretende ejecutar facultades inherentes a la calidad de miembro que ya no revestía;
4. Igualmente, cuando por muchos años ha pagado intereses sobre saldos deudores de obligaciones contraídas, por ejemplo, por suministro de insumos y luego demanda a la empresa por ilegal cobro de intereses (Corbella, 1990).

PROCEDIMIENTO

Fuentes

Las normativa procesal aplicable puede estar indeterminada o puede ser que la ley remita expresamente a las disposiciones bien sea del procedimiento civil ordinario, del procedimiento breve o reducido, del procedimiento mercantil, del proceso agrario (para las cooperativas agrarias) del proceso laboral (lo que pudiese ser lo más conveniente) o un proceso especial del sector solidario, lo que hasta el presente no tiene asidero alguno.

Principios

Pueden ser semejantes a los que regulan los procedimientos de alto contenido social como el agrario o el laboral, como son: la preeminencia de la oralidad sobre la escrituración; brevedad; principio finalista; concentración; inmediación; fortalecimiento de la autoridad del Juez; la libertad probatoria con ampliación del poder inquisitivo del Juez; la conciliación como medio alternativo a la solución de los conflictos, y la gratuidad.

Además, lo normal es la exigencia del agotamiento de las vías internas de composición de conflictos lo que puede constar en forma expresa, o tácita, al derivarse del conjunto del ordenamiento. Lo más frecuente es que se emplee el procedimiento civil ordinario de menor cuantía cuando la controversia no tenga carácter patrimonial. Y en caso afirmativo, según la cuantía del litigio (Segalés, 1999).

En el caso específico de la rendición de cuentas Verón (2009) la considera improcedente salvo en circunstancias excepcionales, por cuanto si las sociedades comerciales, como principio general, no rinden cuenta a sus socios sino que formulan estados contables anuales conforme a la normativa societaria que se equipara así a la rendición de cuentas (los administradores societarios son órganos sociales obligados a la elaboración y disposición de los estados contables

anuales) que, por añadidura, ofrece una gama de remedios y procedimientos de acuerdo con el ordenamiento constitucional de cada tipo societario (el socio tiene a su alcance las acciones civiles y penales contra el socio que no cumplió con sus obligaciones de administrador).

PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES

Si el plazo de prescripción de las acciones no está determinado en la ley, habrá que analizar varios extremos:

1. El Tribunal Supremo Español señala que tanto por la exclusión del ánimo de lucro, como por ausencia de reventa, por tratarse de un consumo personal o de empresa, como porque se repute civil por tratarse de una cooperativa y se estime a esta como no comerciante, el resultado es que no alcanzan carácter mercantil las ventas que hace a sus asociados, y la prescripción de las acciones que se derivan de ella tiene carácter civil y no mercantil (Ver: Fajardo, 2001).
2. Hay que tomar en cuenta, así mismo, que el plazo de prescripción de las acciones debe ser diferente de acuerdo con la persona y las oportunidades que tienen las mismas de estar informadas de las decisiones de que se trate.
Si se trata de los miembros, el plazo debería comenzar a correr desde el momento en el cual tomaron conocimiento del acto atacado; para los directivos, desde la clausura de la reunión del órgano que adoptó la decisión, salvo que ellos no hayan sido citados a la sesión y desconozcan su celebración (Nissen, 2000).
3. En caso de los conflictos derivados de la relación de trabajo asociado, el término para interponer las acciones judiciales debería ser el mismo de la relación laboral común, contado a partir de la fecha de la controversia.
4. Respecto de la acción de responsabilidad de los directivos, el plazo de prescripción podría ser igual o variar según que se trate de la acción

individual o de la social-colectiva, debiendo ser más amplio el plazo para la acción individual.

Si la ley no establece expresamente un lapso de prescripción, considera Caicedo (2013) que no existe prescripción o caducidad durante la existencia de la empresa para, para demandar responsabilidades a los directivos de administración y de control mientras estos permanezcan asociados.

En caso de sanciones a los miembros

En España, la prescripción varía en función de la calificación de la infracción cometida por el socio, de modo que las leves prescriben a los 3 meses, las graves a los seis y las muy graves al año. La ley de cooperativas de Honduras (1987) establece que el plazo de prescripción para todas las situaciones es de seis meses.

En cuanto a la fecha para el cómputo del plazo de prescripción de las faltas sociales en que puedan incurrir los asociados, hay dos opiniones encontradas:

1. La del conocimiento por los administradores (directivos) y no la de la comisión de la infracción, con lo que se defiende a la cooperativa de las maniobras de ocultación del infractor para conseguir la impunidad. En ese caso, el órgano directivo deberá acreditar en el expediente la fecha en que tuvo conocimiento de la transgresión cometida por el socio y aportar los medios de prueba necesarios a tal fin. Puede ser desde el momento que se conoce el informe emitido por el auditor de la cooperativa. En todo caso, el plazo de prescripción se interrumpe por la incoación del expediente sancionador (Vargas, 2009).
2. Para Gadea (1999) puede ser que el plazo de prescripción se compute a partir del momento de haber sido cometida la infracción: “Este último plazo, es una garantía que aporta seguridad jurídica, por cuanto que por un lado, en ciertos supuestos es muy difícil acreditar cuando tienen conocimiento los

administradores de la infracción y, por otro lado, no puede quedar el socio sujeto a la amenaza de posibles sanciones por antiguas infracciones”.

Con relación a la impugnación de los acuerdos sociales

La ley puede establecer un único plazo de prescripción para las acciones de impugnación tanto de los acuerdos nulos como de los acuerdos anulables, o establecer un plazo de prescripción más amplio para la acción de impugnación de los nulos que de los anulables. Y en cuanto al *diez a quo* a partir del cual se ha de computar el plazo de prescripción, puede ser el de la adopción de acuerdo, o a partir del día en que el autor tuvo conocimiento del mismo (Tato, 2013).

192

Sobre el pago de anticipos laborales en CTA´s

Sobre el término de prescripción para el pago de los anticipos laborales en caso de expulsión de asociados-trabajadores de las CTA, el plazo se cuenta a partir de que se esté en la posibilidad efectiva de reclamar los derechos o ejercitar las acciones respectivas, por lo que debe ubicarse cuál fue ese preciso momento en que la demandante pudo haber reclamado sus derechos (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en Briones y Li, 2013).

CERTIFICACIONES

Deudas y obligaciones

La certificación que expida la empresa en que conste la causa y la liquidación de las deudas y obligaciones tanto ordinarias como extraordinarias de los miembros, además de la debida notificación al miembro, debería tener el valor o mérito de título ejecutivo.

En tal sentido, la ley de cooperativas de Chile (2002) dispone que la copia autorizada del acta del consejo de administración en que se acuerda el cobro

judicial, junto al documento de suscripción correspondiente, tienen valor de título ejecutivo.

La ley de mutuales de Paraguay (2008) establece que para el cobro por la vía judicial de las obligaciones que el asociado contrajere con la mutual será suficiente título ejecutivo el estado de cuenta debidamente notificado al asociado moroso y visado por la Autoridad de Aplicación.

Además, es prueba de que el socio efectivamente tiene conocimiento de la obligación pendiente de pago con su empresa, y que de no proceder a regularizarla en el plazo establecido serán iniciadas las acciones judiciales en su contra. Incluye los estados de cuentas de tarjetas de crédito (Maidana, 2010),

De igual manera, normalmente tienen el carácter de embargables los créditos que por cualquier causa tengan las cooperativas en contra de sus asociados.

Autoridad

Además, las certificaciones normalmente están a cargo del secretario del órgano directivo de acuerdo a lo dispuesto en el estatuto; o puede exigirse que la certificación provenga de la autoridad notarial cuando fuere a surtir efectos externos, si así lo exige expresamente la norma.

Referencias

- Buonocore, V. (1997). *Diritto de la Cooperazione*. Bologna. Il Mulino
- Briones, E. y Li Bonilla, F. (2013), *Organizaciones sociales en Costa Rica desde una perspectiva jurídica*. San José, Universidad Estatal a Distancia
- Caicedo, M. (2013). *Derecho Cooperativo y Solidario*. Bogotá, Leyer
- Calfa, M. (1988). Nouvelles lois sur l'entreprise d'état et le mouvement coopératif. *Bulletin de Droit Tchecoslovaque, Praga*
- Corbella, C. (1990). Las cuentas corrientes cooperativas agrarias. *Cuadernos de Cultura Cooperativa, 78*. Buenos Aires. Intercoop

- Dabormida, R. (1999). I controlli e la vigilanza sulle societa Cooperative.
Cooperative, consorzi, reaggruppamenti. Ipsoa
- Eguía, F. (2001). *Introducción a la teoría de la cooperación*. León. México
- Fajardo, G. (2001). La prescripción de las obligaciones entre la cooperativa y sus socios y la naturaleza no mercantil de su relación. *Revista Jurídica de la Economía Social* 12. Valencia. Ciriéc-España
- Gadea, E. (1999). *Evolución de la legislación cooperativa en España*. Vitoria-Gasteiz. Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi
- Henry, H. (2002). Lineamientos para la legislación cooperativa. *Política y legislación cooperativa, Nº 20*. Bogotá, Ascoop
- Lanas, E. (2015). *Socio trabajador y cooperativa de trabajo asociado*. Valencia, Universidad de Valencia
- Maidana, O. (2010). *Régimen legal de las cooperativas comentado*. Asunción, Servilibro
- Moirano, A. (2005). Sobre una Ley para las cooperativas de trabajo. *I Jornadas de Legislación de Cooperativas de Trabajo*. Mar del Plata. CAS
- Nissen, R. (2000). *Panorama actual del Derecho Societario*. Buenos Aires. Ad-hoc
- Organización Internacional del Trabajo (2001). *Promoción de las Cooperativas*. Conferencia Internacional del Trabajo, 89 Reunión. Ginebra, OIT
- Santos, M. (2015). La relación de los principios cooperativos con el derecho. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* 27. Valencia, Ciriéc-España
- Segalés, J. (1999). Derecho Procesal en las cooperativas. *Sociedades cooperativas*. Ibidem. Madrid
- Souza, J. (2005). A mediação co-operative como instrumento para solução de conflitos: uma proposta para prevalência dos valores co-operativos. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 39. Bilbao, Universidad de Deusto
- Tato, A. (2013). II. La Administración. *Tratado de Derecho de Cooperativas. Tomo I*. Valencia, Tirant lo Blanch

- 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, Ciriéc-España
- Verón. V. (2009). *Tratado de las cooperativas*. Tomos I, II y III. Buenos Aires, La Ley
- Verrucoli, P. (1984). Por una reforma de la legislación sobre el cooperativismo de producción y trabajo. *Rivista della Cooperazione*, 21. Roma. Istituto Italiano di studi cooperativi Luigi Luzzatti.

116. ACCIONES JUDICIALES

Acceso a la jurisdicción. Nulidad de la constitución. Allanamiento de la personaría. Recursos de la empresa contra los miembros. Recursos de los miembros contra la empresa. Remoción de los directivos. Establecimiento de la responsabilidad de los directivos

ACCESO A LA JURISDICCIÓN

Principio general

El principio general es que al margen de los mecanismos de composición interna previstos en el estatuto, cuyo agotamiento puede exigirse como requisito previo para proceder, toda controversia puede ser objeto de decisión judicial. Lo contrario sería una evidente violación de principios constitucionales ordinarios en todos los sistemas jurídicos, y contradice los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos.

Ahora bien, dada la necesidad de que el miembro, o incluso la cooperativa o la mutual pueda obtener un pronunciamiento que controle una decisión o resolución que afecte o lesione sus derechos o intereses legítimos, o pretenda rechazar una medida coactiva imposible de lograr unilateralmente por la empresa solidaria, ha de plantearse la regla general de que todas las controversias han de acabar pudiéndose solucionar mediante el acceso a la jurisdicción (Segalés, 1999).

Los miembros de las empresas solidarias –como todos los ciudadanos- tienen derecho de acudir a los tribunales de justicia para dilucidar sus controversias y sostener sus derechos e intereses en las mismas, aun cuando no exista texto legal expreso que así lo establezca. De forma tal, que prácticamente todas las materias pueden ser dilucidadas en vía judicial, y obtenidos los respectivos pronunciamientos judiciales.

En definitiva, son de dudosa constitucionalidad las disposiciones legales (y menos del estatuto) que extraen del conocimiento del juez algunas controversias entre los miembros y las empresas solidarias, del tipo que estas sean.-

Es más, para Corbella (1993) el estatuto tampoco podría restringir facultades garantizadas a los miembros por la Constitución Nacional, y no obstante aquella facultad de auto legislarse, la doctrina y la jurisprudencia modernas han contemplado la necesidad de analizar cláusulas estatutarias prohibitivas de recursos judiciales contra las resoluciones de los órganos de la institución, partiendo del principio de que el derecho a la jurisdicción es de orden público, bien entendido que la habilitación de esta instancia judicial no corresponderá sin que previamente se haya agotado la instancia corporativa.

En sentido contrario, en Cuba las medidas contra los miembros se aplican por la asamblea general, la junta directiva o de administración, el presidente o el administrador, según el tipo de cooperativa; y ante ellas solo caben recursos intra-cooperativos, por ello el cooperativista inconforme solo puede instar ante la asamblea, como única facultada para anular, modificar o ratificar la medida impuesta y sobre su fallo no cabe recurso alguno ni en la vía administrativa, ni en la judicial (Fernández-Peiso, 2006).

En Venezuela, las reclamaciones de los asociados de las cooperativas se ventilan ante instancias de conciliación del movimiento cooperativo, negándose -por ley de evidente inconstitucionalidad- el recurso judicial.

Teoría de las nulidades implícitas

En opinión de Nissen (2000) no pareciera necesario que en la ley se establezca expresamente las materias que pueden ser objeto de acción judicial de impugnación, con base en la teoría de las llamadas “nulidades implícitas o virtuales”, conforme a la cual hay una nulidad implícita correspondiente a cada prohibición legal, afirmándose, como corolario de lo expuesto “que no es necesario exigir la sanción de nulidad cuando se encaran actos incompatibles con el ordenamiento jurídico rectamente interpretado, a punto tal que esos actos deben considerarse excluidos del amparo legal” y que “los actos contrarios a derecho, para los cuales no existe sanción determinada, son reprobados con la aplicación de la sanción de nulidad”.

Por el contrario, Reyes (2010) señala que la tendencia de la doctrina y la legislación es a reconocer a las causales de nulidad carácter taxativo, de manera que fuera de los casos enunciados en las leyes, no puede declararse la inexistencia ni la nulidad de un acto, ni tampoco acordarse su anulación.

NULIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

Concepto

La nulidad del acto de constitución de la empresa solidaria se produce exclusivamente mediante declaración judicial por la cual se manifiesta que no se dio origen a una persona colectiva, sino que se está frente a una simple comunidad de las personas que intervinieron en el proceso respectivo, por haberse producido en el mismo algún vicio de fondo o de forma que la impiden.

Señala Verón (2009) que las nulidades no tienen el carácter de penas, sino que son la consecuencia lógica del incumplimiento de los requisitos a los cuales la ley confía la eficacia del acto. Su aplicación, por tanto, no puede hacerse en forma automática, sino que corresponde a los magistrados, apreciando las circunstancias concretas de cada caso, determinar si, no obstante el vicio que el acto contiene, el propósito de la ley ha sido cumplido (Argentina, CN. Com., Sala A, 03/10/2006).

Fuente

Puede ser que la ley establezca expresamente las causales y el procedimiento de nulidad de la constitución de la empresa solidaria, o que no disponga nada al efecto, por lo que –en tal caso- habría que aplicar las normas genéricas del derecho común en la materia, particularmente las de la sociedad civil o mercantil.

En tal sentido, la nulidad no se presume y sólo puede ser pronunciada por la autoridad judicial competente con base a la comprobación de la efectiva incursión en alguna de las causales expresa y previamente determinadas, diferenciadas en las imputables a los miembros y las imputables a la empresa.

Causales imputables a los miembros

1. La nulidad puede provenir del hecho que en el acto de constitución no haya habido el número de fundadores que impida alcanzar el número mínimo necesario para la constitución de la entidad.
2. Falta de capacidad o vicios en la voluntad o en el consentimiento de los fundadores (Althaus, 1974).
 - En el caso del error, debe recaer sobre la persona de los asociados, el objeto, el tipo social o el aporte, debiendo haber por parte del sujeto razón para errar. El error, por lo tanto, debe ser de hecho, esencial y no excusable. En cuanto el dolo, debe ser grave, ser la causa determinante, haber ocasionado un daño importante y no ser recíproco.
 - La violencia contempla tanto la fuerza irresistible (violencia física) como la intimidación (violencia moral) (Stordeur, 2002).
3. No efectuar el aporte en especie prometido por el miembro, si el mismo era de carácter esencial para el cumplimiento del objeto social, por ejemplo, el aporte de la patente de invención a explotar (Farrés, 1897); o por su inidoneidad, cuando el aporte no se ajuste a las exigencias sobre bienes aportables.
4. Lesión grave a los intereses de los miembros
Para que se dé este extremo debemos encontrar que unos miembros – generalmente directivos, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de algunos miembros, obtenga una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación (Stordeur, 2002).
Puede existir, por ejemplo, cuando se produzca por parte de la asamblea constitutiva una notoria infravaloración de los aportes no dinerarios del miembro; cuando se produzca una exagerada sobrevaluación de los aportes de algunos de los coasociados (Farrés, 1987) o haya un desequilibrio entre los aportes y demás obligaciones de los miembros para con la entidad, respecto de las proporciones del reparto de resultados y otros derechos.

Causales imputables a la empresa

1. Vicios en la causa (por ejemplo, presencia de un interés lucrativo) o por la existencia de vicios en el objeto, por ejemplo, que el objeto mismo fuere ilícito, imposible o contrario al interés público, a las leyes o a las buenas costumbres.
2. Igualmente, la absoluta indeterminación del objeto, o la falta de indicación de la actividad económica que se propone emprender la entidad (Paniagua, 2005). O, como señala Vargas (2009) la licitud del objeto mencionado en el estatuto, ya que no toda actividad que realmente desarrolle la entidad puede dar lugar a la nulidad de la sociedad según la ley de sociedades anónimas, aplicable al caso por laguna legal, según la interpretación del TJCE en la sentencia del 13-11-1990.
3. La contradicción evidente con normas imperativas de la Constitución Política del Estado, de la ley o del reglamento, como podría ser la nulidad de cláusulas de estatutos prohibitivas de recursos judiciales.
4. Falta de acto escrito que documente el hecho de la constitución de la empresa, o falta de registro o de la publicidad legal requerida. Vicent (en Fajardo, 2011) expresa que si bien se presume válido el acto inscrito en el Registro, su posible nulidad no queda convalidada por la inscripción, y por ello puede impugnarse, siempre que no haya caducado la acción.
5. Por infra capitalización, en el caso de que los gastos de registro hubieren absorbido la totalidad de las aportaciones; o que se trate de una actividad económica de la empresa solidaria en constitución, apta para realizar un objeto social que no cubra costes, sino que opere sistemáticamente con pérdidas.
6. Por la omisión de algunas menciones básicas en el acta de constitución, por ejemplo, de la denominación, la omisión de mención del objeto, no establecimiento del capital mínimo ni de la aportación mínima al capital para ser miembro. Se equipara a la omisión, la disconformidad esencial (la que induce a una errónea comprensión) que exista entre la escritura y la inscripción realizada (Ley de Chile, 2002).

Sin embargo, el principio de conservación de los negocios jurídicos especialmente demandado en el derecho societario, y el principio de conservación de la empresa requieren que, salvo hipótesis extremas de flagrante ilegalidad, la omisión o la irregularidad en alguna mención no esencial en el acta de constitución, puede ser suplida con las normas legales y convencionales (Paniagua, 2005).

7. Por la existencia de cláusulas leoninas, que son aquellas normas internas que presuponen el aprovechamiento por parte uno o más asociados, respecto de los demás, que desnaturalizan el contrato y su equilibrio económico. En tal caso, la ley puede optar por distinguir entre la nulidad parcial (se anula solamente la cláusula leonina y no el contrato en su totalidad) o la nulidad total (se anula el contrato en su totalidad).

Para Stordeur (2002) la existencia de una cláusula leonina conforma una causa de nulidad absoluta por fundarse en razones de orden público y, por lo tanto, inconfirmable e imprescriptible, no susceptible de interpretación analógica o extensiva.

8. Comisión de vicios en el procedimiento de constitución (vicios de forma). Según Vicent (1989) los vicios pueden ser:
 - La ausencia de acta constituyente o de los acuerdos que esta debe adoptar, en especial de la aprobación del estatuto (falsedad del acta de la asamblea) o nulidad de la constitución de la asamblea o de los acuerdos.
 - Ausencia de la lista de promotores o, lo que puede ser más frecuente, lista de promotores ficticios o de promotores que formalmente (según los datos consignados) o realmente, no pueden ser asociados de la entidad ni, por lo tanto, sus promotores.
 - Incumplimiento del número mínimo de asociados.
 - Incorrecta constitución del patrimonio social.
 - El incumplimiento de los requisitos de otorgamiento de escritura pública y de inscripción en el registro correspondiente determina,

respectivamente, la nulidad (mejor, inexistencia) del contrato y la irregularidad o falta de personalidad jurídica de la cooperativa.

- Falta de nombramiento de los primeros cargos sociales.
- Además, irregularidades en la convocatoria en cuanto no sean respetados los términos y las demás formalidades necesarias, como la publicación.
- En cuanto a los vicios relativos a los votos individuales (incapacidad, vicios del consentimientos, falta de legitimación para votar, etc.) no actúan directamente contra la validez de la asamblea, pero si lo hacen por reflejo, en cuanto determinen la falta de un elemento para la formación de la voluntad social (Scordino, 1970).

Acción de nulidad

1. Legitimados³²

Pueden impugnar la constitución de la empresa y solicitar su nulidad:

- El miembro afectado por la incapacidad y por el vicio de la voluntad.
- Cualquier asociado, cuando el objeto fuese ilícito o prohibido por la ley, o la cooperativa careciere de un elemento esencial tipificante o no tipificante (en este último supuesto, si no hubiese sido subsanado).
- El acreedor particular del asociado, si la nulidad fuere absoluta. Su interés consistirá en la percepción de su acreencia de las cuotas de capital que se reembolsarán a su deudor.
- El acreedor de la cooperativa cuando la nulidad fuere absoluta, quien de esta forma podrá responsabilizar solidaria e ilimitadamente a los asociados.

2. Plazo: por ejemplo, hasta dos años después del otorgamiento de la escritura de constitución.

³² Althaus, 1974

Efectos de la declaratoria de nulidad

1. Frente a la empresa

- Con la concurrencia de alguna causal considerada de nulidad por la ley, la sociedad se ve afectada de un vicio que produce su nulidad relativa, la que solo debería ser pronunciada por la autoridad judicial competente. Sin embargo, no todos los elementos deben influir con el mismo peso para la invalidez del acto constitutivo como lo sostiene actualmente la teoría de la sobrevivencia normativa en cuanto a la nulidad del acto (Buonocore, 1997). De manera que algunos vicios pueden ser corregidos mediante la figura del saneamiento, esto es, de la corrección de los vicios que puedan ser subsanados.
- La declaratoria de nulidad puede tener por efecto la liquidación de la empresa y el subsiguiente nombramiento de liquidadores.
- O podría ser la declaratoria de la existencia de hecho de la empresa o de la existencia de una cooperativa irregular, o la no convalidación de la empresa.

2. Efectos de la nulidad frente a terceros³³

Por aplicación supletoria de la Ley de Sociedades Anónimas:

- La declaratoria judicial de nulidad de la empresa no afectará la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros ni la de los contraídos por éstos frente a la sociedad, sometiéndose unas y otros al régimen de la liquidación.
- Cuando el pago a terceros de las obligaciones contraídas por la sociedad declarada nula así lo exija, los socios estarán obligados a desembolsar la aportación al capital social suscrita y no desembolsada.

3. En relación con los actos anteriores a la declaratoria, el efecto puede ser *ex nunc* o *ex tunc*, rigiendo el principio de la no retroactividad de la nulidad. No

³³ Gadea, 1999

obstante, en caso de no existir acto escrito o llevado a escritura pública, se produce la nulidad absoluta, la que no podría ser subsanada.

ALLANAMIENTO DE LA PERSONERÍA

Concepto

Llamada también teoría del levantamiento del velo societario, de la desestimación de la personería o “*disgregand of legal entity*” proveniente del derecho norteamericano, opera cuando se abusa de la personalidad jurídica para utilizarla excediendo los límites o la finalidad perseguida por la ley cuando le atribuyó la personería a la entidad. Hace posible, en especiales y excepcionales circunstancias, levantar los efectos que genera la separación de la personalidad jurídica de una persona moral respecto de la responsabilidad limitada de sus miembros, considerada como la existencia de dos patrimonios perfectamente diferenciados.

Señala Reyes (2010) que aparte de la extensión de la responsabilidad a los miembros que controlen *de iure o de facto* la sociedad extinguida puede intentarse, adicionalmente, una indemnización de daños y perjuicios en contra de quienes por los actos defraudatorios que hubieren dado lugar a la perforación del velo y a la consecuente extensión de responsabilidad.

*Presupuestos*³⁴

Para que proceda se requiere que la entidad sea dominada –de hecho- por otra persona, física o jurídica (sea o no miembro) y se produzca una situación que cause un perjuicio a terceros o un fraude de ley.

³⁴ Morales, 1998

Para que exista fraude a la ley se requiere:

1. Que el acto en cuestión suponga una violación efectiva de una ley en cuanto va contra su finalidad práctica.
2. Que la ley en que se ampara el acto (ley de cobertura) no lo proteja, porque su fin sea otro. Se ha de respetar en todo caso el llamado principio de subsidiariedad que significa que la doctrina del levantamiento del velo ha de ser aplicada como ultima *ratio*; sólo cuando el caso no pueda ser resuelto mediante otras instituciones como la simulación o la doctrina de los actos propios.

Supuestos

Entre otros, podemos mencionar:

1. La constitución de empresas solidarias sólo para evadir impuestos (fraude fiscal).
2. La manipulación de la empresa solidaria por tecnócratas o directivos que predominan la eficiencia sobre la eficacia (lo meramente financiero en desmedro de los servicios a los miembros).
3. La formación de empresas de trabajadores que laboran a exclusividad para una empresa capitalista, como medio ilegal para evadir la legislación del trabajo (fraude laboral).
4. La absorción de empresas solidarias pequeñas por el Estado o por otras empresas solidarias más grandes para gratificar las inclinaciones a la concentración del poder.
5. La constitución de sociedades mercantiles de propiedad compartida entre las empresas solidarias y sus dirigentes o técnicos, donde estos son los verdaderos titulares y beneficiarios del excedente, de los puestos de trabajo y del poder económico.
6. La apropiación de las reservas y fondos colectivos mediante operaciones por debajo del costo generando pérdidas injustificadas, o el engaño a terceros mediante la reducción violenta del capital (Torres, 1987).

7. Cuando la empresa solidaria oculta un empresario individual o sociedad de otros tipos que toman la apariencia de una cooperativa, estamos en un supuesto identificable con la nulidad, si la violación es *ad origen*, o la disolución. Es obvio que para responsabilizar a esas personas por los actos realizados por la "falsa cooperativa", debe allanarse su personalidad.
8. Cuando la cooperativa integra una cooperativa de grado superior con fines económicos y esa integración alcanza tal grado de intensidad que puede afirmarse que constituye un grupo económico (Farrés, 1987) por subordinación.
9. La infracapitalización material.
Partiendo del hecho que los miembros no responden personalmente por las deudas sociales, se deriva un corolario: la empresa solidaria debe poseer un capital (capital propio o fondos propios, y no solo el capital social) que puede ser pequeño. Un capital propio adecuado para los riesgos empresariales que afronta. De lo contrario, el privilegio de la limitación de responsabilidad debe ser ignorado por los tribunales, reconociendo un supuesto indicado de levantamiento del velo de la personalidad jurídica, el basado en la infracapitalización material, debiendo responder personalmente los asociados (Vicent, 1999).
10. El trasvasamiento de sociedades.
Se trata de una actuación extra societaria ideada a los fines de defraudar a terceros, entendiéndose por éstos a los acreedores sociales. "Descorrido el velo de la personalidad de la sociedad ficticia constituida por el fallido para traspasar a ella todos sus bienes, lo que se observa es un solo patrimonio". Consecuencia de ello es que la actuación de las personas físicas que hicieron posible esa maniobra no las hace merecedoras del beneficio de la limitación de la responsabilidad. (Nissen, 2000).

Efectos

Por aplicación de la doctrina del corrimiento del velo jurídico, el juzgador penetra en la realidad hasta alcanzar el sustrato personal o real para evitar el abuso o para

procurar la realización del recto contenido de la norma de cuya aplicación se trata (Farrés, 1987). De manera tal que el juez puede declarar la responsabilidad directa, solidaria e ilimitada a los responsables de los actos desestimando la ficción de la personalidad jurídica de la sociedad, puesto que se considera que las dos entidades constituyen una sola y única persona con un solo patrimonio (Bonnard, 2000).

RECURSOS DE LA EMPRESA CONTRA LOS MIEMBROS

207

Cobro de aportaciones no canceladas

Generalmente se requiere que la obligación de pago de las aportaciones suscritas y no pagadas por los miembros sea de plazo vencido, lo que exige, a su vez, la no existencia de causa justificante y la conminación previa de pago al miembro deudor por parte de las instancias competentes de la empresa. Podría, también, intentarse a solicitud de los acreedores de la empresa.

Paniagua (2005) es de la opinión que para el abono de los desembolsos pendientes la sociedad puede exigir al socio moroso, en su caso judicialmente, tanto el interés legal de lo adeudado como los daños y perjuicios causados por la morosidad. Estima que el socio incurre en mora automática por el simple transcurso del plazo, sin necesidad de reclamación de pago ni de acreditación de la culpa.

El acreedor de la empresa no tiene una acción directa frente al miembro que no hubiere integrado todas las aportaciones suscritas, ya que trata de aportaciones que debe el miembro a la entidad. Lo que puede hacer el acreedor es pedir a la empresa el embargo del crédito que, en todo caso, el asociado deberá realizar a aquella.

Compensación de obligaciones con activos

En caso de obligaciones económicas vencidas de parte del miembro a favor de la empresa, se podría producir la compensación cuando existen obligaciones líquidas concurrentes que se extinguen mutuamente. Se acostumbra que al estar establecido en la ley, la empresa efectúa directamente la compensación, con la posibilidad de reclamo ante el órgano interno de conciliación, con instancia judicial posterior.

Sin embargo, es posible que para realizarse la compensación la ley requiera de decisión judicial expresa, lo que es una desventaja. En este caso,

La iniciativa puede provenir de cualquier órgano interno de la empresa, o de los miembros -en forma individual o un porcentaje de los mismos- mediante solicitud dirigida al órgano ejecutivo o directivo o por solicitud ante el juez, en caso de que transcurrido determinado plazo de haberlo solicitado al órgano interno éste no lo hiciera.

Infracapitalización

Son los jueces quienes deben asumir el rol sancionador ante supuesto de infracapitalización dolosa, la que debidamente acreditada corresponderá condenar a sus protagonistas. El juzgador debería imputar responsabilidad por infracapitalización sólo en casos muy extremos, en los que puede verificarse una culpa grave, un ilícito manifiesto o un delito que lo involucre (Verón 2009).

Indemnización de daños y perjuicios

Las acciones u omisiones indebidas de los miembros, así como el incumplimiento de sus obligaciones que ocasionen daños a la empresa solidaria, pueden dar lugar a reclamaciones judicial de indemnización. Un caso serían el de los daños ocasionados a la cooperativa agrícola de comercialización por la no entrega (o entrega defectuosa o tardía) de los productos que los miembros deben hacer a la empresa para su comercialización. Igualmente, la no adquisición de los

suministros de bienes o de servicios a que se hubiese comprometido el miembro de la empresa solidaria de obtención.

Desalojo de vivienda cooperativa

La acción judicial de desalojo de la vivienda al miembro de la cooperativa de usuarios de vivienda excluido de la misma se regula generalmente mediante la aplicación analógica de la ley de arrendamientos, salvo que exista una norma expresa en ley cooperativa.

RECURSOS DE LOS MIEMBROS CONTRA LA EMPRESA SOLIDARIA

Contra la negativa de admisión

Puede ser que la ley establezca en forma expresa recurso judicial del aspirante a miembro para impugnar el acuerdo que decide la negativa de admisión, o que no lo haga, por lo que –en tal caso- habría que aplicarse las normas del derecho común.

La doctrina mayoritaria considera que es posible que el solicitante pueda recurrir el acuerdo denegatorio ante los órganos judiciales competentes (Henry 2000), puesto que aunque el solicitante no posea un derecho subjetivo al ingreso, es posible entender que es titular de un interés legítimo; por esta razón, cualquier negativa de admisión podría ser combatida ante instancias judiciales competentes. (Viguera, 2011).

Informa Paniagua (2005) que la jurisdicción civil española está conociendo de recursos contra el acuerdo denegatorio de la admisión como socio, efectuando un auténtico control de legalidad y de la suficiencia o entidad de los motivos aducidos para la negativa, que en algunos casos le conduce a anular los acuerdos sociales y a reconocer el derecho a ser admitido como socio. La mayor parte de la doctrina, por el contrario, niega la existencia de la acción, basándose en la no existencia de un derecho subjetivo a ser admitido.

Lo que no parece acertado es que la ley o el estatuto negasen el derecho de recurrir al órgano judicial por contrariar disposiciones de orden constitucional, partiendo del principio de que el derecho a la jurisdicción es de orden público, bien entendido que la habilitación de esta instancia judicial no corresponderá sin que previamente se haya agotado la instancia interna.

Sin embargo, la existencia expresa del recurso puede generar una litigiosidad que ha aconsejado a otras leyes a limitar la tutela del aspirante a asociado a los cauces normales del derecho de sociedades: impugnación de los acuerdos sociales nulos y anulables, exigencia de responsabilidad al órgano de administración, y previsión de recursos internos ante la asamblea o el comité de recursos (Paniagua, 1998).

En opinión del mismo Paniagua (2005) procedería la impugnación de los acuerdos sociales de denegación de la admisión cuando la cuantía de la aportación obligatoria mínima exigida por la empresa y, en su caso, de la cuota de ingreso, impidan, de hecho, la entrada de nuevos socios.

Ciertas leyes otorgan acción contra la negativa injustificada de admitir como miembro en una empresa de trabajo asociado a quien haya cumplido satisfactoriamente el período de prueba, y no medie una disminución o pérdida de trabajo. En tal caso, se trataría de una lesión a un derecho subjetivo que debería contar con amparo judicial (Moirano, 2005).

Recurso contra la exclusión del miembro

El recurso procede en los supuestos siguientes:

1. Por vicios de procedimiento

Por violación de las previsiones del estatuto, porque la exclusión no fue adoptada por el órgano competente ni fue seguido un expediente contradictorio, se hubiese privado al miembro de una actuación decisoria, negada la presentación de una prueba o por haber sido sobreseído por

vencimiento del término de decisión. Sin embargo, ello no opera si fue la propia actitud del miembro la generadora de su posible indefensión.

2. Por vicios de fondo.

Procedería solamente contra la decisión de exclusión que tenga carácter definitivo, esto es, contra aquella decisión que no tenga previstos o que se hubieren agotado los eventuales pasos previos internos, por ejemplo, el recurso a árbitro previsto en el estatuto. En tal caso, los poderes del juez estarían limitados a verificar la real subsistencia de las hipótesis previstas en la ley y en el acto constitutivo (estatuto) y no se podrían extender a la valoración de la intrínseca justicia y tanto menos, de la oportunidad de la decisión, opinión no contestada por la jurisprudencia italiana.

En contra, Scordino (1970) es de la opinión que el fundamento de la causa de exclusión es revisable por el juez. "Se advierte que la valoración de la situación de hecho en la que se fundamenta la causa de exclusión corresponde a los órganos sociales competentes. Sin embargo, a estos no les es dado deliberar la exclusión por otras causas taxativamente resultantes de la ley y del acto constitutivo y por tanto, el acuerdo social es siempre revisable en cuanto al fundamento de la causa de exclusión por la autoridad judicial".

En esta vía, como quiera que el hecho que configura la causal de exclusión debe ser "grave", una decisión en tal sentido ante un hecho de escasa relevancia para la vida de la entidad, podrá ser revisada judicialmente por no guardar relación entre la conducta del asociado con la sanción gravísima impuesta (Libert, 1988).

Ahora bien, informa Verón (2009) que la jurisprudencia argentina considera que debe rechazarse el recurso de amparo cuando existiendo otras vías legales para obtener la tutela de los derechos invocados, no surgen de la causa razones para apartarse del principio, lo que ocurre si el recurrente tuvo la posibilidad de cuestionar la medida de que se agravia, ante la

asamblea ordinaria de la cooperativa a la que pertenece (CSJN, 01-06-1960).

Efectos

La interposición del recurso de apelación puede tener efecto suspensivo o devolutivo.

1. Suspensivo

En este caso, señala Moirano (2005) la medida queda en suspenso hasta tanto se pronuncie el colegio de asociados, confirmando o revocando la resolución del consejo de administración. La suspensión de la exclusión puede ser adoptada cuando la exclusión resulte claramente ilegítima y acordada en modo discriminatorio, y cuando pueda ser, para el excluido, fuente de graves perjuicios, diferentes de los típicos del efecto expulsivo, con la advertencia que “*il fumus bonis iuris*” debe tomar en cuenta incluso la modalidad de la impugnación bajo el aspecto de su tempestividad.

2. Devolutivo

La resolución del órgano directivo surte todos sus efectos, pero si la medida es revocada por la asamblea el miembro debe ser reintegrado a la empresa.

3. Adicionalmente, si la exclusión hubiese sido dañosa y si fue

ilegítimamente adoptada, el juez no puede eximirse -a demanda del excluido- de pronunciar condena genérica de daños su favor (Buonocore, 1997).

Cobro de aportes no reintegrados al retiro

Como quiera que el derecho de reintegro de los aportes al momento de la pérdida de la condición es un derecho de crédito del miembro en contra de la empresa, el socio cooperativo está facultado para reclamar la tutela de los Tribunales para que la cooperativa le liquide lo que le corresponde o quede de su aportación. Tras

haber sido empleada por parte de la sociedad –con mayor o menor fortuna- como base patrimonial para el desarrollo de su actividad (Viguera, 2011).

Como señala la Sala Constitucional de Costa Rica (en: Briones y Li, 2013) el reintegro de los aportes de los miembros que se retiran de una cooperativa se regula por las disposiciones internas de cada ente, es decir, conforme a su estatuto, por lo que los conflictos que surjan al respecto deben resolverse de conformidad con los mismos, mediante los mecanismos y ante las instancias establecidas al respecto, o bien, ante la jurisdicción ordinaria correspondiente, pues ello es un asunto que no implica –en principio- aspectos propios de constitucionalidad, por el contrario, es cuestión de mera legalidad.

De acuerdo a la jurisprudencia española (en Viguera, 2011) el plazo es establecido únicamente en beneficio de la cooperativa, durante el cual los socios no podrán ejercitar acción alguna para exigir el reembolso de sus aportaciones por vía judicial, no tratándose, por tanto, de un plazo no de prescripción ni de caducidad.

Exclusión de miembros de las empresas de trabajo-asociado

La exclusión del miembro-trabajador de una empresa de trabajo asociado afecta directamente tanto los derechos políticos del miembro en la entidad como su condición de trabajador puesto que pierde su puesto de trabajo.

Para López (2006) el socio trabajador afectado por la baja podrá impugnar el acuerdo por no estar de acuerdo con la realidad de las causas, con los motivos reales de la baja, o por discrepar sobre la selección de los trabajadores o por cualquier otra causa (por ejemplo, si hay desviación de poder en cuanto a los fines o irregularidad manifiesta en cuanto a las causas).

En tal caso, para Montero (1999) debería establecerse una dualidad de procedimientos y dar validez al procedimiento laboral para la privación al asociado del puesto de trabajo y, dado que el fundamento último de la cooperativa es proporcionar puestos de trabajo a los asociados, si el asociado es privado

disciplinariamente de su puesto de trabajo, se debe, a continuación, articular un procedimiento que resuelva con sentencia el problema presentado, y acordar, si corresponde, la separación de la cooperativa o la obligación por parte de esta de proporcionarle otro puesto de trabajo.

Moirano (2005) considera que la legislación laboral no es aplicable y que la cuestión debe ser resuelta en sede judicial civil o comercial porque la relación asociativa excluye la de dependencia, siendo que no son escindibles las condiciones de asociado con la de trabajador, como sí puede ocurrir en las sociedades.

*Recursos del trabajador por fraude laboral*³⁵

Se pueden dar diversas situaciones:

1. Solicitud de declaratoria de relación laboral por intermediación laboral.
La opción correcta a utilizar es aquella en la que se demanda a la empresa usuaria o contratante como verdadero empleador y se solicita la condena solidaria de las dos entidades (con las pretensiones de condena claras), precisando en los hechos (relacionando todos los hechos) que la cooperativa actuó como empresa intermediaria o de suministro de personal; toda vez que si se pretende la condena de la cooperativa, la misma tuvo que ser demandada, pero no como verdadero empleador, sino en razón de haber actuado como intermediaria.
Como quiera que de acuerdo al derecho al debido proceso y el derecho de defensa no se puede condenar aquella persona no vinculada al proceso como parte demandada, se debe demandar a la CTA, pero no en calidad de empleador, sino por haber actuado como intermediadora laboral.
2. Caso de personas vinculadas inicialmente por contrato de trabajo a quienes posteriormente se les obliga a constituir una cooperativa, o que se deban vincular a una ya existente para conservar su empleo.

³⁵ Orjuela et al, 2013

En estos casos, se está vulnerando el derecho al ejercicio autónomo de la libertad de asociación al condicionar a una forma de asociación el ejercicio de la actividad profesional del trabajador; se viola la libertad de escoger si se es parte o no de la misma; se lesiona su derecho al trabajo, se genera una burla de los derechos laborales del trabajador y al mínimo vital, razón por la cual se demanda al empleador inicial para dejar sin efecto la obligación y, o se le paguen sus acreencias laborales.

Cabe mencionar que el constreñimiento para asociarse no solo se genera mediante una actuación directa de parte del empleador, sino cualquier acto en que se el trabajador se vea compelido a formar parte de esta, como el miedo a perder el empleo, el reproche moral por parte de los directivos o compañeros de trabajo, el señalamiento de estar obrando mal y la duda al respecto.

3. Cuando “libremente” el trabajador desiste de su condición y se vincula a una CTA que sin solución de continuidad contrata la prestación de servicios con la persona que antes fungía como empleador. En tal caso, si no existe variación de las condiciones en que antes se prestaba el trabajo, se considera que continúa prestando servicios a la misma empresa.
4. En el supuesto en que un trabajador renuncie a su trabajo e inmediatamente se vincule a una CTA que prestará sus servicios al empleador inicial, se deberá tomar como indicio de fraude laboral cuando las condiciones y circunstancias en que trabaje el ahora cooperado no varíen.

*Solicitud judicial de la convocatoria de asamblea*³⁶

Siempre tiene carácter subsidiario y sólo opera en ausencia de convocatoria por parte de quien corresponda, de manera que el miembro debe necesariamente instar al órgano directivo la celebración de la asamblea con carácter previo para después acudir al órgano judicial.

³⁶ Vargas, 2009

Sin embargo, habría que diferenciar:

1. Si es la asamblea ordinaria, se trata de un acto de jurisdicción voluntaria por lo que debe acreditarse la falta de convocatoria por el órgano competente en el plazo legal y la legitimación del solicitante. El juez debería proceder a la convocatoria sin necesidad de entrar a conocer el fondo del asunto.
2. En cambio, si se refiere a una asamblea extraordinaria entendemos que el Juez si puede entrar a valorar el fondo del asunto y negar la convocatoria, en casos de ejercicio abusivo de derecho o de una solicitud manifiestamente improcedente.

A menos que haya razones de peso en contra (mala de los solicitantes, falsedad en las firmas adjuntadas, etc.) los gastos de la convocatoria judicial deben ser por cuenta de la cooperativa, sin perjuicio de poder repetir la sociedad posteriormente contra los directivos

Otros supuestos

1. Recurso contra la imposición de sanciones disciplinarias, o en contra de la suspensión irregular de los derechos del miembro.
2. Contra la negativa de aceptación de la renuncia, o de impedimentos para el ejercicio del derecho de receso. En Suiza se concede apelación contra la negativa de aceptar la renuncia por parte del gerente. En tal caso, el miembro renunciante puede actuar ante el juez de paz del cantón del domicilio de la cooperativa. El juzgado, en este caso, abre expediente y pone en conocimiento a la sociedad por correo certificado dentro de las 24 horas siguientes (Gide, Loyrette y Novel, 1969).
3. Por la negativa (o restricciones) para el ejercicio de los derechos y deberes que corresponden a los miembros, sus representantes o a sus herederos; por defectos en los cálculos y en los pagos de reintegros y de resultados.
4. En la normativa italiana (2002) en caso de negativa del consejo de administración de la transmisión de aportaciones –la que debe ser

motivada- es posible recurrir a la autoridad prevista por el nuevo contencioso societario (Bonfante, 2002).

5. La Ley de Enjuiciamiento Civil española faculta a todo socio que quiera ejercer su derecho de información para acudir por escrito al órgano judicial competente cuando el o los administradores no lo consientan. El juez ordenará, en su caso, que se le pongan de manifiesto al socio los libros y documentos sociales que quiera examinar y, si el o los administradores lo impiden, acordará las providencias necesarias para compelerles (Paniagua, 2005).
6. Si la asamblea no es convocada por los directivos en caso de que efectivamente se produzca una causa de disolución, 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).
7. Solicitud de nulidad de los contratos celebrados por los directivos con la empresa en caso de violar las prohibiciones de ley y, o el estatuto para poder contratar, salvo las excepciones pertinentes.

REMOCIÓN DE LOS DIRECTIVOS

Acción judicial de remoción

Procede en caso de no prosperar en la sesión de la asamblea la remoción de un directivo; en tal caso, es lógico que pueda procederse a solicitar la misma por vía judicial.

1. Legitimados activos

Los órganos directivos y de control interno, y cualquier directivo o miembro de la empresa –individualmente considerado- y salvo texto expreso en contrario deberían tener legitimación porque ningún miembro puede ser obligado a tolerar en la administración a una persona manifiestamente incapaz, inidónea o infractora de la ley, estatuto o reglamento.

2. Legitimados pasivos

Para Nissen (2000) lo son, no solo la sociedad, a quien se la demanda para que proceda a la modificación de uno de sus órganos, sino también el sujeto cuya conducta se le imputa, quien lógicamente tiene derecho a su defensa personal.

3. Requisitos

Para que la acción sea procedente se requeriría probar que se han agotado los recursos internos, acreditando que se ha reclamado infructuosamente la celebración de asamblea para que considere los hechos y se destituya al directivo. Ahora bien, si la asamblea rechazó la remoción del directivo, es necesario –entonces– impugnar el acuerdo asambleario, pues de lo contrario, tal resolución debe considerarse firme y obligatoria.

En tal caso, no resulta indispensable la prueba de la existencia de los daños concretos a la sociedad, sino que será suficiente que los directores hayan dejado de cumplir con las obligaciones a su cargo, entendiéndose por tales los deberes de obrar con lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, impuestos a todo administrador social.

Recurso judicial del directivo removido de su cargo

Un caso diferente sería el caso del directivo removido por la asamblea por una causa determinada que discuta judicialmente la existencia o veracidad de los fundamentos esgrimidos para lograr su alejamiento del cargo. En caso de que el juez encuentre no justos o razonables los motivos invocados y, en consecuencia, declare nulo el acuerdo de remoción, podrá generarse un eventual resarcimiento contra la sociedad por los daños causados, por cuanto ella pudo afectar seriamente a la persona del director.

Otro caso sería el del directivo nombrado por la asamblea removido de su cargo por el consejo de administración excediendo sus potestades y sin cumplir el debido proceso, que puede ser amparado por una medida judicial al haberse

violado sus derechos, anulando el acuerdo adoptado y, por consiguiente, restituirlo en el ejercicio del cargo directivo (Briones y Li, 2013).

Aunque algunos consideran que el juez no puede ordenar la reincorporación al cargo del directivo, parece más lógico que la sociedad deba soportar las consecuencias derivadas de la actuación de sus propios órganos, y por tanto, no se encuentran argumentos sostenibles para sostener que esa resolución judicial no tenga fuerza para restituirlo al cargo, por el período que le falte hasta la terminación de su mandato (Nissen, 2000).

ESTABLECIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTIVOS

Naturaleza de la acción

La responsabilidad del directivo debe ser procesada y declarada judicialmente, dado que en el derecho moderno la obligación de indemnizar a alguien sólo puede ser el resultado de un debido proceso legal. Se trata de una acción judicial que persigue la declaración judicial de la obligación de los administradores de resarcir los daños sufridos (lesión directa) por los miembros o terceros (acreedores, trabajadores) como consecuencia de una intervención directa (en ejercicio de sus competencias) e ilegítima (incumplimiento de sus deberes) del administrador en la producción de aquellos (Pastor, 2007).

Ahora bien, como de ordinario la ley establece la presunción de culpa solidaria de todos los miembros del órgano directivo, se exige al perjudicado de probar el grado de culpa en que incurrió cada uno de los miembros del mismo: basta constituir la prueba de la infracción de sus deberes, sin tener que señalar qué concreto titular del mismo infringió aquéllos ni que cuota del daño total resulta imputable a cada uno de ellos (Grimaldos, 2013).

Esta acción puede ser transigible, en el sentido que se puede negociar, que los asociados en la asamblea puedan llegar a un acuerdo con los consejeros

responsables, o renunciar al ejercicio de la acción (Chacón, 2000). En tal sentido, en cualquier momento la asamblea podría transigir o renunciar al ejercicio de la acción, si no se opusiere a ello una mayoría de votos.

Sujetos pasivos

Todos los directivos de la empresa independientemente del origen de su nombramiento, de que sea miembro o no (directivos independientes), y de su posición dentro del órgano, los que no podrían votar en la deliberación de la asamblea que acuerde el ejercicio de la acción de responsabilidad contra ellos,

Duración

La duración del ejercicio de la acción normalmente queda indeterminada, por lo que se aplica necesariamente la de derecho común, que puede ser de 10 años; o estar determinada en la ley del sector, que cuando la establece lo hace con menor duración, por ejemplo, tres años, o seis meses contados a partir de la deliberación de la asamblea que la acordó, como es el caso de Portugal.

Acciones

Aun cuando en muchas legislaciones no se establezcan normas expresas al respecto, se aplicarían las normas del derecho procesal común, por lo que se pueden distinguir dos tipos de acciones diferentes:

La acción social o colectiva³⁷

Tiene por finalidad restablecer (reintegrar) el daño causado en el patrimonio de la entidad y no al patrimonio personal de los miembros o de terceros). La determinación corresponde a la asamblea -mediante acuerdo- sin que fuere necesario que aparezca el punto en el orden del día, ya que la decisión puede emerger de la discusión de cualquier punto de la agenda.

³⁷ Tato, 2013

Como señala Grimaldos (2013) el requisito necesario para el ejercicio de la acción social consiste en que el perjuicio causado recaiga sobre el patrimonio social. Y la eventual obligación resarcitoria nacida de esta acción tiene por finalidad resarcir el daño social provocado por los directivos.

La ejecución estaría a cargo de los nuevos administradores nombrados en sustitución de los destituidos. También podría estar manos del órgano interno de arbitraje, o por decisión propia del órgano de control interno, por los interventores y liquidadores. Si ella no es ejercida en un plazo determinado (tres meses, por ejemplo) podría ser ejercida por cualquier miembro en nombre de la entidad, por su propia cuenta, quedando obligada ésta a reembolsarle los gastos ocasionados, si prospera.

La acción individual³⁸

Como señala Gomes-Ramos (2010) no sería de extrañar que la mayoría (que eligió a los administradores) vote en contra de la propuesta de acción social de responsabilidad y, así, inviabilice la responsabilidad de “sus” administradores. O que, acordada la acción social de responsabilidad, no sea ejecutada. Tal pasividad, frente a actos ilícitos, culposos o dañosos privará el patrimonio de la sociedad de la indemnización debida. Para obviar estas maniobras de la mayoría, y aunque en ciertos casos se ha considerado inadmisibles que la *actio uti singuli* pueda ser ejercida en las cooperativas, se permite que los socios minoritarios puedan ejercer la acción de responsabilidad.

Otorga legitimación activa a cada miembro en forma individual, o puede ser que se requiera un determinado porcentaje de miembros para su ejercicio, en cuyo caso podría mejor ser denominada “acción de grupo”.

La legitimación de los socios, en todo caso, es subsidiaria respecto de la propia entidad, de manera que solo pueden emprenderla cuando no haya acuerdo de la

³⁸ Pastor (2007)

asamblea o cuando pese a ello, no se ha interpuesto la acción en un plazo determinado desde su *adopción*.

La acción persigue la declaración de la obligación de los directivos de resarcir daños sufridos (lesión directa) por los miembros o terceros (acreedores, trabajadores) como consecuencia de una intervención directa (en ejercicio de sus competencias) e ilegítima (incumplimiento de sus deberes) del administrador en la producción de aquellos.

Se configura como una acción indemnizatoria personal, tratando de restaurar el patrimonio individual de los miembros o de terceros, acreedores o no, cuyos intereses se han visto directamente lesionados por la actuación de los directivos.

El presupuesto necesario para su ejercicio es que la lesión causada por los directivos se produzca de forma directa sobre el patrimonio de un miembro o un tercero, excluyéndose de su ámbito los perjuicios causados a estos sujetos de modo mediato o reflejo como consecuencia del perjuicio sufrido por el patrimonio social (Grimaldos, 2013).

En el derecho portugués, la acción puede ser ejercida por medio de algún (s) representante (s) de los miembros, y la cooperativa llamada a la causa por intermedio de sus representantes.

Ahora bien, para evitar que esta acción propuesta por la minoría pueda ser degradada en utilizaciones perversas y abusivas en vez de en procura de los intereses sociales protegidos por la ley, o que sea utilizada para desestabilizar la administración social y que la cooperativa quede a merced de litigación fútil, la legislación puede requerir que sobre esta cuestión recaiga decisión previa o que el actor preste caución (Gomes Ramos, 2010).

Acción de los acreedores

Los acreedores sociales podrían ejercer la acción cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o los socios, y el patrimonio resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos (Vargas et al, 2014).

Es una solución a situaciones como el caso de empresas desaparecidas de facto, dejando impagados a un gran número de acreedores, sin patrimonio, sin ningún tipo de bien de su titularidad, o las empresas que logrando beneficio son desviados hacia los administradores mismos, dejando de nuevo a la entidad en insolvencia, en fraude de sus acreedores, sin llegar a la solicitud de quiebra con los costes que ello conlleva.

En tal caso, los acreedores y los propios asociados tienen el recurso de la acción individual de responsabilidad (Irakulis, 1999). Señala Gadea (1999) que la condena a los directivos responsables será, de prosperar la acción, la de entregar al patrimonio de la sociedad –no al de los socios o al de los acreedores- la indemnización dirigida a reparar el daño causado- que se fije en la sentencia.

Responsabilidad de los miembros del órgano de vigilancia

La mayor parte de la legislación establece el mismo régimen de responsabilidad para todos los directivos, incluso, el de la administración de las sociedades anónimas, lo que critica Cordones (2013) por el hecho de hacer remisión en bloque entre órganos que no presentan identidad de funciones.

Añade el autor que se trata de una responsabilidad por daños, de manera que para que pueda prosperar una acción de responsabilidad que puede ejercer la empresa, como titular del patrimonio perjudicado por la conducta del directivo, con el fin de obtener una indemnización, es preciso que concurren los siguientes presupuestos:

1. Actuación culpable o negligente en el desempeño de su cargo.
2. La producción de un daño patrimonial a la sociedad, por lo que pareciera que no procedería la acción individual.
3. Relación de causalidad entre la conducta del acto y el daño ocasionado

Referencias

- Argudo, J. (2006). Algunos problemas de nulidad y eficacia del convenio arbitral cooperativo, *Revista Jurídica de economía social y cooperativa*, 17.Valencia, Ciriec
- Bonfante, G. (2002). La nuova disciplina delle cooperative. *Revista della Cooperazione*, 3/2002. Roma. Luigi Luzzatti
- Bonnard, J. (2000). *Droit des entreprises en difficulté*. Paris, Hachette
- Briones, E. y Li Bonilla, F. (2013), *Organizaciones sociales em Costarica desde uma perspectiva jurídica*. San José, Universidad Estatal a Distancia
- Buonocore, V. (1997). *Diritto de la Cooperazione*. Bologna. Il Mulino
- Chacón, C. (2000). La responsabilidad legal del directivo. *Máster en Economía Social*. Barcelona. Universidad de Barcelona
- Corbella, C. (1993). Los actos cooperativos... su problemática jurídica. *Derecho Cooperativo. Tendencias actuales en Latinoamérica y la comunidad europea*. Bogotá. Consultandina/OC
- Cordones, M. (2013). Los Interventores. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Farrés, J. y Menéndez, A. (1987). *Cooperativas. Ley 20.337. Comentada, anotada y concordada. Tomo I*. Buenos Aires. Depalma
- Fernández-Peiso, A. (2006). *Neoliberalismos y derecho: una visión desde las cooperativas*. Cienfuegos, Internet
- Gadea, R. (1999). Derecho de las cooperativas. *Análisis de la ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas del país vasco*. Bilbao, Universidad de Deusto
- Gide ; Loyrette ; Novel. (1969). *Les Coopératives Agricoles dans le marché commun*. París. Dictionnaires André Joly

- Gomes Ramos, M. (2010). Ação ut singuli e cooperativas. Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto do 16 de outubro de 2008. *Cooperativismo e economia social N° 31 (2008-200)*. Universidad de Vigo
- Grimaldos, M. (2013). La responsabilidad civil de los administradores de entidades de Economía Social. *Economía Social y Derecho. Problemas Jurídicos Actuales de las Empresas de Economía Social*. Mercatura 48. Granada, Comares
- 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
- Libert, E. (1989). *Análisis Jurídico del Ordenamiento Normativo Mutualista. Ley N° 20.321*. Rosario. Crecer en Solidaridad
- Moirano, A. (2005). *Manual de cooperativas de trabajo*. Buenos Aires, Edunla
- Montero, J. (1999). As cooperativas de trabalho asociado. *Estudios sobre a lei de cooperativas de Galicia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galicia
- 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
- Orjuela, D. et Al (2013). Fraude al contrato de trabajo. *Tesis de grado N° 62*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia
- 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
- Pastor, C. (2007). La responsabilidad del órgano de administración de las sociedades cooperativas. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 18, Valencia, Ciriec.
- Paz Canalejo, N. (1989). El comité de recursos. *Revista de Estudios Cooperativos*, 56-57. Madrid. Aecoop
- Reyes, F. (2010). SAS. *La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá, Legis
- Scordino, F. (1970). *La Societa Cooperativa*. Nápoles. Jovene

- Segalés, J. (1999). Derecho Procesal en las cooperativas. *Sociedades cooperativas*. Ibidem. Madrid
- Stordeur, E. (2002). *Manual de Derecho Societario*. Buenos Aires. Ad.Hoc
- Tato, A. (2013). II. La Administración. *Tratado de Derecho de Cooperativas. Tomo I*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Torres, C. (1987). *El balance falso en las cooperativas*. Serie Cooperativismo. Lima. Asesorandina
- Vargas, C. et Al (2015). *Derecho de las sociedades cooperativas*. Madrid, La Ley
- Vargas, C., Gadea, E. y Sacristán, F. (2009). *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*. Madrid, Dykinson
- Verón. V. (2009). *Tratado de las cooperativas. Tomos I, II y III*. Buenos Aires, La Ley
- Vicent-Chuliá, (1989). Ley General de Cooperativas. *Tomo XX. Vol. I. Art. 1 al 28* Madrid. Revista de Derecho Privado
- Viguera, R. (2011). *El derecho de reembolso en las sociedades cooperativas*. Tesis doctoral. Sevilla, Universidad de Sevilla

117. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS

Introducción. El derecho de impugnación de acuerdos de la asamblea. Acuerdos impugnables. Acuerdos no impugnables. Procedimiento. Efectos de la decisión. Impugnación de los estados financieros. Impugnación de acuerdos del órgano directivo. Impugnación de acuerdos del órgano de conciliación y arbitraje

INTRODUCCIÓN

Las decisiones (acuerdos) adoptados por los órganos de las empresas solidarias (asamblea, consejo directivo o de administración y órgano de control interno, inclusive de comités dotados de autonomía funcional) y de los organismos de integración, si fueron adoptados dentro de la competencia asignada a ellos por la ley y, o el estatuto y se cumplieron los requisitos formales exigidos, en principio, son válidos y, por tanto, obligatorios para todo los miembros (presentes o ausentes) y que hayan votado a favor o en contra de la misma, o se hubiesen abstenido de votar.

Sin embargo, puede suceder que la decisión haya sido tomada violado alguna norma legal o estatutaria (vicio de fondo) o algún requisito de procedimiento (vicio de forma) y que se considere que tal decisión perjudique o lesione los derechos o intereses legítimos de la propia empresa (y que resulten beneficiosos para uno o varios miembros o terceros) o de algún o algunos de sus miembros.

En este caso, el miembro que se considere afectado o perjudicado en sus derechos o intereses legítimos por una decisión de cualquier órgano de la empresa que adolezca de algún vicio, recurrir al tribunal competente para solicitar su nulidad o anulación y, por tanto, que se deje sin efectos tal decisión.

Puede o debe, también, si está previsto en la ley y, o el estatuto, recurrir en primer lugar a las instancias internas de resolución de conflictos para que se revoque esa decisión. Algunas legislaciones niegan este derecho a quienes hubiesen votado a favor de la misma, siempre –lógicamente- se pueda probar que efectivamente votó a favor.

Ahora bien, si su petición no es aceptada, si no hubo decisión dentro del lapso establecido, o si no está de acuerdo con la decisión adoptada por la instancia interna de conciliación o mediación, tiene derecho de impugnar (apelar o recurrir) tal acuerdo ante los tribunales competentes para que lo declaren nulo y, si fuese el caso se le indemnizen los daños y perjuicios ocasionados.

*Fundamento*³⁹

Los fundamentos sobre los que se sustenta la figura de la impugnación de acuerdos sociales son: de un lado, impedir que la mayoría utilice abusivamente su propio poder en daño de la propia sociedad (y en beneficio propio o de terceros); pues la protección de la minoría no es sino la tutela de la propia sociedad; y de otro, mantener en la medida de lo posible la estabilidad de los acuerdos societarios, bien evitando la litigiosidad, inútil o maliciosa, declarando no impugnables todo acuerdo que haya dejado sin efecto (revocación de un acuerdo viciado) o sustituido válidamente por otro (sustitución de un acuerdo viciado).

EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA ASAMBLEA

Objeto

La impugnación de los acuerdos adoptados por la asamblea tiene por objeto impedir que las mayorías excedan los límites de sus facultades, obligándolas a que desenvuelvan su acción dentro del marco de la ley y el estatuto. Como señala Handskopf (2000) no obstante que este órgano social funciona por la fuerza de la mayoría, la cual debe ser acatada, no se puede admitir que la voluntad de esta infrinja los mandatos de la ley, del estatuto o que lesione los intereses de la entidad y, o de sus miembros.

³⁹ Baena, 2013

De manera que con la impugnación se tutela el llamado interés social, entendido como el interés dirigido a beneficiar a los asociados indistintamente, el que persigue la satisfacción de las necesidades de los asociados en forma idéntica y sin excepción. En tal virtud, en principio, debe considerarse válida la deliberación cuando tales intereses han sido total y positivamente protegidos por lo que las nulidades de los mismos deben ser siempre de interpretación restrictiva (Cuesta, 2000).

Los acuerdos de la asamblea pueden estar afectados de:

1. Nulidad absoluta

Cuando sean contrarios a la ley o afecten normas de orden público o derechos inderogables de los asociados. Aunque el orden público es un concepto de difícil delimitación, en el ámbito cooperativo se refiere a los principios cooperativos y no una mera contradicción de la legislación cooperativa (Marín, en Baena, 2013).

Ahora bien, no todo incumplimiento de una ley tiene como efecto la declaración de nulidad de pleno derecho del acuerdo aprobado. La nulidad de pleno derecho supone la total destrucción de los efectos nulos con las graves consecuencias jurídicas que ello conlleva: lo que es nulo no produce ningún efecto, hay que retroer la situación al estado anterior; la nulidad es imprescriptible, insubsanable, automática, *ipso iure*.

En consecuencia, solo serían nulos de pleno derecho los acuerdos que así expresamente lo disponga una ley, aunque si esta nada expresa, el juez analiza la correspondencia entre la finalidad del precepto legal contrariado, y el acto realizado, para declararlo nulo o válido, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja (Vargas et Al, 2015).

2. Nulidad relativa,

Cuando sean contrarios al estatuto, cuando el vicio sea formal y se produce en el funcionamiento o en la deliberación, o bien afecta el interés particular del asociado (Halperin, en Cuesta, 2000). Todos los acuerdos que no estén

afectados de nulidad absoluta (de interpretación restrictiva) pueden serlo de nulidad relativa.

Ahora bien, si se trata de una cláusula estatutaria que plasme una disposición imperativa de una ley, el acuerdo estaría afectado de nulidad absoluta porque también es contrario a la ley.

Características

1. El derecho de impugnación es facultativo puesto que puede o no ser ejercitado por el miembro que haya sido afectado por el mismo; el miembro puede renunciar a ejercerlo.
2. Es de ejercicio personal y subjetivo, esto es, debe ser practicado por la persona que alega haber sido perjudicado por el acuerdo; no en beneficio de otros miembros, y puede ser ejercido por medio de representante legal (apoderado) debidamente constituido de acuerdo a la normativa legal de la materia.
3. Un mismo acuerdo puede impugnarse por distintas causas, de modo que cada causa determina el nacimiento de una acción y existen tantas acciones como motivos de impugnación se esgriman, lo cual puede tener una importancia decisiva en cuanto al éxito de la pretensión (Gómez Orbaneja, en Baena, 2013).
4. El recurso judicial de impugnación sólo puede ser ejercido por violación de ley y, o del estatuto. En cuanto al mérito (oportunidad o conveniencia) del acuerdo, no existe posibilidad de revisión judicial.

ACUERDOS IMPUGNABLES

En principio, pueden ser impugnados todos los acuerdos adoptados por el órgano deliberante, aunque puede ser que la ley establezca expresamente qué tipo de acuerdos puedan ser objeto de impugnación y cuáles no. Igualmente, la ley puede diferenciar entre los acuerdos nulos (contrarios a la ley) y los acuerdos que sean

anulables (todos los demás) estableciendo plazos, legitimación requerida y efectos diferentes, según se trate de una u otra.

Los acuerdos de la asamblea que pueden ser objeto de impugnación son aquellos que adolecen de un vicio que puede ser, entre otros:

Vicio de forma.

Por algún defecto o vicio en la convocatoria, orden del día, instalación, quórum, realización, voto o en el acta de la asamblea, la que puede ser impugnada si no se subsanan adecuadamente los vicios denunciados (Baena, 2013). Para Fernández (2001) el incumplimiento en la convocatoria de la asamblea de reforma del estatuto de la “debida claridad” de los extremos a modificarse, es causa determinante de nulidad del acuerdo que se pudiera haber adoptado, al entender que ha sido defectuosa, insuficiente o indebidamente convocada y constituida la asamblea.

Vicio de fondo

Se trata de aquellos acuerdos cuyo contenido sea manifiestamente contrario a lo establecido por la ley, o el estatuto; esto es, que el vicio alegado sea ostensiblemente violatorio de una ley. El concepto de ley puede entenderse de forma restrictiva o amplia, según se considere que se refiere solo a la ley cooperativa o solidaria, o a cualquier otra norma legal que pueda aplicarse y que tenga relación con el acuerdo adoptado por la asamblea.

Ahora bien, si como se acostumbra, el estatuto transcribe el contenido de una norma imperativa de la ley de cooperativas, el acuerdo contrario al estatuto deberá encuadrarse como acto nulo contrario a la ley, ya que en este caso el estatuto está remitiéndose de manera expresa a la propia ley al enumerar en su articulado preceptos de carácter imperativo (García-Más, 2001).

1. Son impugnables los acuerdos contrarios a la ley aunque sean conformes con el estatuto.

Señala Fajardo (2011) que serían impugnables aquellos acuerdos que ajustándose a las previsiones estatutarias sean contrarias a la ley sin necesidad de impugnar simultáneamente el estatuto inscrito, ya que la caducidad en su caso de la acción de impugnación del normativo, no transforma en ajustado a la Ley lo que es conforme al estatuto. Y ello porque si bien se presume válido el acto inscrito en el Registro, su posible nulidad no queda convalidada por la inscripción, y por ello puede impugnarse, siempre que no haya caducado la acción.

2. Vicios en la causa-objeto

Habría que considerar –también– el caso de vicios en la causa o en el objeto, como pudiese ser la decisión de la asamblea de emprender actividades de propósitos abiertamente lucrativos: especulación con divisas, valores bursátiles, etc. (Uribe, 1969).

3. Por exceso de poder

La Casación Italiana (20-05-1955, en Ceccherini, 1999) ha admitido la configuración del vicio de exceso de poder de las deliberaciones de la asamblea, vicio que sería revisable judicialmente cuando la deliberación fuese el resultado de una intencional actividad arbitraria o fraudulenta de la mayoría de socios, dirigida a provocar daños a la sociedad y, o la lesión de los derechos sociales de participación de los asociados.

4. Podría incluirse dentro del exceso de poder la violación del principio de igualdad por el acuerdo de asamblea, ya que el derecho del socio de ser tratado en igualdad de condiciones con los demás socios conlleva una obligación correlativa para la cooperativa de facilitar su ejercicio, por ejemplo, permitiéndole el uso de los servicios e instalaciones de la cooperativa, en definitiva, poniendo al servicio de los socios la actividad cooperativa (Vargas, 2009).

5. En caso de que se produzcan vulneraciones al principio de no discriminación entre los socios en cuanto a la cuantía de la aportación

obligatoria mínima para el ingreso y, en su caso, de la cuota de ingreso, se podría acudir a la impugnación del acuerdo social que impida la entrada de nuevos socios (Viguera, 2011).

6. En caso de abuso de derecho

Este se produce cuando el ejercicio de un derecho contraría los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlo, o bien excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (Cuesta, 2000). Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la entidad, se adopta por la mayoría para obtener un beneficio propio en detrimento injustificado de los demás socios (Vargas et Al, 2015).

En tal caso, se impugna judicialmente el acuerdo de asamblea cuyo contenido configura el abuso de derecho, bien sea por abuso de mayoría o de minoría. Se pueden reclamar los perjuicios ocasionados por quienes abusaron, por parte de los afectados, dirigidos contra los autores del abuso. Existiendo un acto abusivo, la sanción no puede ser otra que la nulidad, si se admite que el instituto aplicado es una causa legítima de paralización del derecho desviado de sus fines regulares, de manera tal que el acto jurídico obrado en esas condiciones es inválido; resultando innecesario hablar de maniobra ilícita o inmoral, de dolo o de culpa, pues no son elementos indispensables del acto abusivo: lo decisivo está dado por la desviación del derecho subjetivo respecto a su finalidad.

7. Acuerdos lesivos

Son impugnables los acuerdos que lesionen los intereses sociales en beneficio de alguno o varios miembros o terceros, o que lesionen los intereses de la empresa. O, lo que es admitido en forma pacífica y reiterada que el abuso de mayorías constituye legítima causa de impugnación de actos asamblearios. Para Vargas (2009) serían anulables aquellos acuerdos por los que la mayoría cometa abusos si perjudica los intereses sociales en beneficio de uno o varios socios o terceros.

El beneficio no tiene porqué ser económico ni inmediato, pudiendo referirse también a la actividad social de la empresa), siendo la asamblea el intérprete del interés social. La presencia del acuerdo lesivo ha de ser probada por quien impugna el acuerdo, debiendo concurrir un nexo causal entre el acuerdo-lesión y el beneficio, sin que sea necesario el elemento intencional (Baena, 2013).

8. Por violación al derecho de información

Para Vargas (2009) procede la impugnación de la asamblea en caso de negativa del consejo de administración de suministrar la información solicitada por los socios alegando injustificadamente que con ello se pondría en grave peligro o resultaría perjudicial para los intereses sociales, o que la petición constituya obstrucción reiterada o abuso manifiesto por parte de los solicitantes.

Lo cierto es que su aplicación sólo puede alegarse cuando esté justificado y exista prueba de la situación de conflicto con los intereses de la sociedad, porque en caso contrario podría prosperar la impugnación de la asamblea por haberse incumplido el derecho de información, atendiendo a su carácter inderogable y esencial. Para Verón (2009) la violación del derecho de información del socio sólo sería susceptible de erigirse en causal de nulidad del acto asambleario, si como consecuencia de su privación el socio legitimado hubiese sufrido un estado de indefensión tal que significare la imposibilidad de conocer y tomar una posición fundada respecto de los intereses comprometidos en la celebración de la asamblea.

9. Cuotas periódicas abusivas.

En el caso que se adoptaran por un acuerdo de la asamblea unas cuotas periódicas excesivamente onerosas o abusivas, los socios disconformes podrían impugnar el acuerdo de la asamblea que las estableciera, o si se impusieran a través de una modificación estatutaria, se podría alegar por el socio disconforme que el acuerdo supone la imposición de nuevas obligaciones, que facultan al socio a solicitar la baja voluntaria que tendría el carácter de justificada (Llobregat, 2010).

10. Los acuerdos de las asambleas de distrito no pueden ser impugnados en forma autónoma, sino que tienen que ser impugnados unitariamente a la de la asamblea a la que participan sea sus delegados, sea los asociados que no tenían el derecho de participar en la asamblea separada (Paolucci, 1999) y ello, en función del acentuado carácter instrumental que tienen respecto de la segunda, la que adopta en definitiva el acuerdo social, viciado por los defectos de las primeras (Althaus 1974). Para Paniagua (2005) sólo es impugnable el acuerdo de la asamblea general, aunque para el examen de su contenido y validez se tienen en cuenta las deliberaciones y acuerdos de las juntas preparatorias.
11. Habría que analizar si dentro de la impugnación de acuerdos de la asamblea se comprende la regularidad de las operaciones electorales destinadas a la designación de los miembros de los órganos directivos o, si por el contrario, se trataría de una acción independiente. Pareciera que cuando la designación de los directivos fuese hecha en una sesión de la asamblea, las irregularidades que la afectasen deberían ser tramitadas como acuerdos de esta. En cambio, cuando se trate de un proceso electoral autónomo, debería regularse un proceso de impugnación especial.
12. Impugnación del acuerdo de fusión.
Para García-Sanz (2001) se impugna el acuerdo de asamblea que acordó la fusión porque sea nulo de pleno derecho, que lo sería aquel contrario a la ley, en el plazo establecido, desde la fecha en que la fusión fue oponible por quien invoca la nulidad, pudiendo realizarla todos los socios, los directivos y cualquier tercero que acredite interés legítimo, debiendo dirigirse la acción de nulidad contra la cooperativa beneficiaria. Y, en cuanto al informe de valoración de las cooperativas en el proceso de fusión, están legitimados para pedir la responsabilidad del mismo, las propias cooperativas como personas jurídicas, los socios y los acreedores que se consideren perjudicados

Sin embargo, existe la posibilidad de subsanar los defectos bien por la propia iniciativa de la cooperativa beneficiaria, no procediendo cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente.

Las consecuencias de una sentencia firme que declare la nulidad de la fusión producen la ineficacia de la misma y, por tanto, la necesidad de restablecer la situación patrimonial de cada una de las cooperativas que se fusionaron, referidos a la fecha en que la fusión produjo sus efectos, todo ello en la medida de lo posible. Así, de todas las obligaciones contraídas, en la medida que subsistan al declararse la nulidad, responderán solidariamente las cooperativas participantes en la fusión.

Ahora bien, expresa Lázaro (2010) que para Vicent, una vez adoptado el último acuerdo de los de fusión, ésta <<es exigible y ejecutable judicialmente y, por tanto, irreversible: existe un verdadero contrato de fusión entre las sociedades participantes que, en caso de rebeldía será ejecutado por el Juez, otorgando éste la escritura pública de fusión en representación de la sociedad rebelde>>.

13. En caso de disolución

Pueden existir casos en que el ejercicio de las causas estatutarias de disolución sea neutralizable mediante la figura del abuso del derecho o del ejercicio antisocial de los derechos, en aras de intereses de prioritaria protección frente a los particulares de los miembros reflejados en el estatuto (Botana, 2013).

ACUERDOS NO IMPUGNABLES

La asamblea puede subsanar los defectos de sus acuerdos antes de su impugnación por medio de un nuevo acuerdo adoptado por otra asamblea: la nueva asamblea deja sin efecto el acuerdo que pueda resultar impugnado con el mismo contenido que el anterior, ajustándose a la ley y al estatuto.

La subsanación consiste en una renovación de un negocio jurídico anterior por medio de su sustitución, cumpliéndose los mismos requisitos formales exigidos para la adopción del acuerdo adoptado, en particular, que esté incluido en el orden del día de la asamblea

De manera que no son impugnables los acuerdos dejados sin efecto o sustituidos válidamente por otro: es la denominada “sustitución válida” que implica identidad en el contenido y ausencia de irregularidad en el segundo acuerdo. Pero la asamblea “confirmatoria” –a su vez- puede ser impugnada mediante una demanda independiente y autónoma, y su validez no puede ser discutida en el juicio de nulidad de la asamblea viciada inicialmente (Nissen, 2000).

García-Más (2001) entiende que este procedimiento lo será en los casos de anulabilidad, y bien pudiera tratarse de los supuestos de beneficio a favor de uno o varios asociados que lesionen los intereses de la cooperativa, si estos asociados, por ejemplo, renuncian a esos posibles beneficios.

PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACION

Parece lo más conveniente fijar los procedimientos breves seguidos ante los jueces de proximidad. O puede ser que el procedimiento quede indeterminado en la ley del sector solidario, por lo que se aplica en forma tácita las normas del derecho procesal común.

*La demanda*⁴⁰

Para ello, la persona legitimada, debidamente representada o asistida por profesional debidamente calificado (Procurador o Abogado) con poder bastante para ello, presenta demanda ante el juez competente, con lo que se da inicio al proceso jurisdiccional. La demanda constituye el vehículo o instrumento a través del cual se lleva la pretensión al órgano judicial competente.

⁴⁰ Cabrera, 2013

Precisa Cabrera que el escrito de demanda debe contener no sólo el efecto jurídico que se propone con su pretensión –nulidad o anulación- sino la identificación de la pretensión de forma clara y precisa. La fijación de los hechos en el escrito de demanda reviste una importancia capital, puesto que de su determinación se harán depender los efectos de la litispendencia, el cambio o no de objeto procesal, la congruencia de la sentencia que se dicte y la cosa juzgada.

Una vez impugnado un acuerdo social, el Juez debe admitir la demanda y ofrecer a la empresa la posibilidad de excepcionar en el trámite de contestación la revocación o sustitución del acuerdo impugnado. Solo después de conocer estas alegaciones podrá el juez decidir sobre la validez o invalidez del acuerdo (Baena, 2013)

Legitimación

1. Activa:

Los miembros, que deben tener la condición de miembro durante todo el procedimiento, o de interesado en términos comunes; a veces, los miembros ausentes siempre que hubieren manifestado su opinión en contrario dentro de determinados plazos fijados en la ley o el estatuto, o solamente aquellos que no votaron favorablemente, todo ello debidamente comprobado en el acta de la asamblea o, en el caso de la oposición de los ausentes, por otros medios fehacientes.

Aunque es discutido, los órganos internos tienen legitimación, incluso el órgano de conciliación y arbitraje, pudiendo ser el actor el órgano en sí, o cada directivo considerado individualmente.

2. Pasiva:

La entidad ya que el acuerdo emana de uno de sus órganos sociales, a través de su representante legal.

Plazo

Respecto de terceros, si el acuerdo está sujeto a inscripción (inscripción constitutiva) el computo de los plazos para la impugnación de los acuerdos de la asamblea será desde la fecha en que se haya inscrito, con lo que se produce una cierta atemperación del principio general de efectividad de los acuerdos (García Más, en Baena, 2013).

Acumulación de acciones

Por el principio de economía procesal y para evitar pronunciamientos judiciales contradictorios, la legislación procesal normalmente obliga a acumular de oficio todas las demandas de impugnación de acuerdos adoptados en una misma asamblea, o en una misma sesión del órgano colegiado de administración, y que se presenten dentro de un plazo determinado desde que se hubiera presentado la primera impugnación (Cabrera, 2013).

En caso que la causa de nulidad esté directamente relacionada con la comisión de un delito, ciertas legislaciones autorizan al juez a suspender el proceso civil hasta la resolución de la cuestión penal correspondiente, siempre que la decisión del tribunal penal se encuentre directamente supeditada al fallo penal (Damián, en Baena, 2013).

EFECTOS DE LA DECISIÓN

Revocatoria

El efecto esencial de la sentencia que estime la acción de impugnación es la declaración judicial de la nulidad del acuerdo, esto es la extinción del acuerdo adoptado, con lo que se reconstituye la situación jurídica del miembro en la empresa, así como la eliminación de los efectos que había producido el acto ahora declarado nulo.

Esa decisión judicial producirá efectos tanto frente a la empresa como respecto de todos los socios, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado, quienes mantienen incólumes sus derechos. Y si fuese el caso, el tribunal puede ordenar que la empresa le indemnice por los daños y perjuicios que el acuerdo declarado nulo le pudo haber ocasionado al miembro mientras estuvo vigente.

Ahora bien, el carácter revisor de las acciones de impugnación determina que el juez solo puede efectuar un control de legalidad del acuerdo, y le está vedado en cualquier caso valorar los aspectos internos (oportunidad o conveniencia) del mismo (Baena, ídem).

Otros efectos

Pero, además de ese efecto esencial, la declaratoria de nulidad puede producir otros efectos:

1. En el procedimiento

En caso de vicio de forma, la orden de reposición del procedimiento y la convocatoria de una nueva sesión de la asamblea. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito, la sentencia estimatoria determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella (Olavarría, 2011).

2. Elecciones.

Si se trata de la impugnación de una operación electoral, la Casación francesa sobre mutuales determinó que el juez de instancia competente para determinar sobre la validez de todas las operaciones electorales y, pronunciar, en su caso, la anulación, lo es en consecuencia para apreciar la regularidad del modo de escrutinio adoptada para la elección, incluso si para pronunciarse al respecto debe examinar las disposiciones del estatuto y determinar su alcance (05-12-1974, en Saint-Jours, 1999).

3. Exclusión de miembros

Señala Ayuso (2006) que la sentencia firme que anula un acuerdo de exclusión de socio no es meramente declarativa sino que exige la *restitutio in integrum*, es decir, la cooperativa ha de reintegrar al socio en la situación que tenía con anterioridad al acuerdo declarado nulo. Comprende, además, necesariamente la práctica de cuantas diligencias sean precisas para que el referido socio vuelva a ser admitido en su condición de tal y reintegrado al mismo cargo que ocupaba en la cooperativa.

4. Medida cautelar de suspensión de la ejecución del acuerdo.

El juez puede, a pedido de parte si hubiera motivos graves y no existieran perjuicios para terceros, suspender la decisión impugnada, previa garantía para responder por los daños que tal medida pudiera causar a la entidad. Esta solución se impone, si se pretende que la sentencia que recaiga en el juicio no sea ilusoria (Cuesta, 2000).

*Medidas alternativas*⁴¹

En el nuevo derecho italiano se proponen medidas alternativas a la sola eliminación de los efectos del acto declarado nulo, en tutela sustancial de los intereses perjudicados por la invalidez (de los socios y de los terceros) así como para mantener la estabilidad de la empresa, manteniendo la vigencia de acuerdos que no tardan en ser ejecutados, basado todo ello en el principio de que el acuerdo nulo tolera la producción de efectos estables en la esfera de los terceros.

Esto procede cuando la situación de hecho que se ha creado no pueda objetivamente volver atrás, o no lo pueda ser -técnicamente desde el punto de vista jurídico- por inexistencia de sustitutivos idóneos y eficaces para la reversión.

Las medidas alternativas a la sola revocatoria del acuerdo podrían ser:

1. Suspensión de la ejecución del acuerdo y designación de comisarios *ad acta*.

⁴¹ (Meo, 2009)

2. Nuevas convocatorias *iussu iudicis* e imposición de modificaciones.
3. Procedimientos sumarios idóneos que culminarían con la inscripción del acuerdo para, así, hacerlo inimpugnable, estableciendo remedios equivalentes.
4. Indemnizaciones a los portadores de intereses contrapuestos calculados de forma objetiva o presunta.
5. Resarcimiento de daños según las normales reglas de la responsabilidad civil.
6. Tratamiento de los acuerdos sucesivos o conexos.
7. Ordenes cautelares de reformulación de las cuentas anuales y simultáneo sometimiento al procedimiento de certificación por un auditor externo.
8. En el caso de la designación de los administradores al final del juicio de impugnación, habrá que proceder a un nuevo nombramiento, pero ello no quita que *medio tempore* la designación anterior haya producido efectos jurídicos sustanciales. Hoy es pacífico que la decisión no incide sobre los actos realizados por dichos administradores durante el juicio.

IMPUGNACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS

La impugnación de los estados financieros es un caso particular de impugnación de acuerdos de asamblea que tiene una especial connotación.

Procedencia

Puede aceptarse que es procedente la impugnación genérica de los estados financieros (de toda situación respecto de estos) o establecerse que sólo es procedente en casos especificados en la norma, como en el caso de la comisión de irregularidades en la formulación de los estados financieros, o por la comisión de vicios en la presentación de las cuentas. Pueden ser impugnados en un plazo previsto por la ley a contar desde su publicación.

En todo caso, como advierte Girón Tena (En Llobregat, 2010) la aprobación de un balance a través del cual se acredite la existencia de beneficios ficticios constituye un supuesto claro de nulidad ya que esta práctica quebrantaría la función de garantía del capital social que constituye uno de los postulados esenciales de la ley.

Legitimación

Sostiene Coronado (2010) que la legitimación para la impugnación del balance corresponde a los socios y a los acreedores cuyos créditos no estén asegurados. Y añade: lo cierto es que aunque se diga que se pueden impugnar el balance y el proyecto, lo cierto es que lo que se impugna es el acuerdo de la asamblea que decida sobre los mismos.

En contra, la jurisprudencia brasileña sostiene que no tiene cabida la impugnación individual de los estados financieros utilizándose la vía judicial ya que las cuentas de las cooperativas son presentadas en asamblea, a la que cabe deliberar sobre ellas y también sobre la forma cómo serían cubiertas las pérdidas, conforme reza el estatuto, pudiendo las mismas ser convocadas por uno o varios socios, de manera que es a ésta a quien corresponde ejercer la acción (Quarta Turma Civil, 1999, en Aspectos Jurídicos do Cooperativismo).

Adicionalmente, Paolucci (1999) estima que los ex-miembros cuando consideren el balance inexacto (sobre el que se les reintegra sus aportes) tienen derecho de impugnar su regularidad aunque haya sido aprobado por la asamblea, a objeto de obtener una exacta valoración de la cuota que debe serle reembolsada.

Mantenimiento del acuerdo nulo

Algunos consideran que el acuerdo de la asamblea que aprueba los estados financieros, aun cuando pueden ser impugnados judicialmente por estar viciados, su ejecución no puede ser suspendida, permitiendo de tal manera su libre circulación hasta tanto recaiga una sentencia definitiva que invalide los mismos.

Al efecto, como Señala Meo (2009) las cuentas anuales una vez aprobadas tienen que ser publicadas, sin que para ello importe el hecho que hayan sido impugnadas. La aprobación y publicidad de las cuentas anuales produce efectos sustanciales: el capital indicado se considera jurídicamente existente, como también la ganancia o la pérdida del ejercicio lo que legitima a la asamblea a decidir el destino de los excedentes.

La mera interposición de la acción impugnatoria no conlleva la interrupción de la ejecución del acuerdo impugnado. Este seguiría siendo considerado definitivo y, por tanto, la aplicación del resultado favorable del ejercicio sería legítima (Viguera, 2011).

Nissen (2000) sostiene todo lo contrario, basándose en que el acuerdo societario que aprueba los estados financieros no constituye una “simple” decisión del órgano de gobierno de la sociedad, pues a partir de ese momento los estados contables que no pasaban de ser hasta allí proyectos sobre la situación económica y financiera de la sociedad, elaboradas por sus órganos de administración, adquieren el carácter de balance, susceptible de producir innumerables efectos jurídicos.

En efecto, añade, sólo es a partir de ese momento –si los hubiese y fuese acordado- es que pueden distribuirse los excedentes del ejercicio, puede determinarse la responsabilidad de los directivos, se hacen los apartados para los fondos y reservas y se acuerda la forma de asumir las pérdidas habidas en el ejercicio.

De manera que la publicación de los estados financieros falsos o irregulares impugnados, debería suspenderse hasta tanto haya decisión judicial firme, máxime cuando dicha publicación puede configurar un delito (balance falso) además de ser causal de una intervención judicial o administrativa de la entidad.

Por su parte, la teoría del mantenimiento de los acuerdos nulos del derecho societario italiano sostiene que:

1. Los efectos de la declaratoria de invalidez de las cuentas de un año no se extienden a las cuentas intermedias que se hayan aprobado durante el período del juicio, aunque se hubiesen basado en informaciones o datos de las cuentas viciadas.
2. Se excluye la obligación de formular unas nuevas cuentas para el ejercicio al que se referían las cuentas viciadas. Las cuentas una vez aprobadas y publicadas, tienen efectos sustanciales ineliminables *ex post*.
3. Se excluye la impugnación de las cuentas anuales después de que se hayan aprobado las cuentas del ejercicio sucesivo. Ello se basa en la tempestividad de la impugnación y en cuanto que las cuentas anuales de ejercicio son un instrumento de la acción social durante su período de vigencia, sustituido por la aprobación de las cuentas subsiguientes.

Suspensión del acuerdo impugnado

En caso que junto a la impugnación del acuerdo de aprobación de los estados financieros se solicitara (y se obtuviese) la suspensión cautelar de su ejecución y posteriormente se declarase nulo, hasta tanto haya sentencia firme, no se podría aplicar el resultado del ejercicio. Además, mientras, no podrían aprobarse las cuentas de los ejercicios sucesivos por ausencia de tracto contable (Viguera, 2011).

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DEL ÓRGANO DIRECTIVO

Sobre este punto y en materia de sociedades comerciales hay criterios divergentes, lo que parece válido en relación con las empresas solidarias:

1. Para algunos (Galgano, en Nissen, 2000) la actividad deliberativa del consejo de administración se desenvuelve en un verdadero y propio vacío de derecho: la violación como obra de ello de las normas de la ley o del

acto constitutivo no da, en línea de principio, lugar a acciones de nulidad o de anulación de las deliberaciones del órgano de administración por parte de los directores ausentes o disidentes, ni de parte del síndico, y tanto menos de parte de los socios o de terceros interesados.

2. Por su parte, la legislación italiana sólo prevé expresamente la acción de nulidad cuando la deliberación ha sido llevada hacia la decisión con el voto determinante del administrador que se encontraba con un interés en conflicto con el de la sociedad, y fuera de esa hipótesis las decisiones son inimpugnables.
3. Para otros, basados en la doctrina de la identidad sustancial, no se considera necesario repetir una normativa para el directorio, cuando ya se había desarrollado todo el sistema de impugnaciones al tratar el régimen de las asambleas, por lo que ellas serían aplicables al caso.

En tal sentido, como todo acuerdo y al igual que con los acuerdos del órgano deliberante, las decisiones del órgano directivo pueden ser impugnadas por ser contrarias a la ley o al estatuto, o que vulneren los derechos de los miembros, o los que lesionen, en beneficio de uno o de varios asociados o de terceros, los intereses de la cooperativa (Tato, 1999).

Tan es así que Nissen (2000) señala que de negarse el derecho de impugnar esas decisiones, previo agotamiento de los mecanismos internos previstos por la ley (denuncia a la sindicatura, convocatoria de asamblea), podrían quedar sin sanción y ejecutado el acto lesivo a expensas normas legales y estatutarias.

Procedencia

De manera que la impugnación de los acuerdos del órgano directivo es procedente:

1. Por estar afectados de vicios de fondo como lo son los acuerdos violatorios de la ley o del orden público, y por vicios del contenido de la resolución, ya que se hayan adoptado acuerdos reservados a la asamblea –cuya

competencia es de orden público— por ser aquellos violatorios de la ley, el estatuto o el reglamento, o por contener resoluciones contrarias al interés social o en abuso de determinadas mayorías. El efecto buscado con la impugnación es la nulidad del acuerdo.

2. Cuando se trate de acuerdos adoptados contra las normas internas (estatuto y reglamento) y los acuerdos del órgano deliberante, el efecto perseguido es su anulación.
3. Un caso particular sería la impugnación de indebida valoración de las aportaciones en especie hecha por los expertos independientes, así como la existencia de un motivo para exigir responsabilidad al órgano de administración si su valoración se aparta sin justa causa del informe pericial. Todo ello sin perjuicio, claro está, del recurso a los órganos judiciales (Paniagua, 2005).
4. Si la ley no lo prohíbe expresamente y el estatuto lo permite, los miembros —en el porcentaje previsto en el mismo- pueden recurrir el acuerdo estimatorio de admisión de un asociado. Para Viguera (2011) este recurso no tutela el interés del aspirante a socio sino el interés de los ya socios de la cooperativa a que puedan acceder otras personas y a que tales personas reúnan los requisitos de aptitud e idoneidad necesarios.
5. En caso de desacuerdo del miembro con la calificación hecha por el órgano directivo de la causa de su renuncia y de sus efectos (debe tratarse de un perjuicio patrimonial grave) dentro del plazo legal de impugnación de acuerdos de la asamblea contados desde su no admisión o notificación, siendo necesario agotar la vía interna.

La jurisprudencia constitucional española ha admitido el recurso de amparo al entender afectado el derecho de asociación, si lo que está en juego con la pérdida de la condición de socio no son básicamente derechos económicos (STC, 96/1994, en Viguera, 2011).

6. Por vicios de forma, esto es, por violación de procedimiento. Así, un defecto en la convocatoria del órgano directivo, o de los requisitos que se exijan para su comunicación, por vicios de legitimación, de capacidad o de

consentimiento de los directores que afecten el régimen de quórum o mayorías. Su efecto es la anulación.

7. Se discute en doctrina si los acuerdos del órgano directivo pueden ser sometidos a arbitraje externo para evitar su impugnación judicial.

Legitimación

1. Activa

En principio, la legitimación corresponde al representante legal de la empresa, bien sea el presidente o el órgano en su conjunto. Cordones (2013) es del criterio que el órgano de control interno tendría poder de representación de la entidad en caso de impugnaciones judiciales contra el órgano de administración

Los miembros de la empresa, ya que se requiere tener la condición de miembro de la empresa, aunque algunos nieguen ese derecho, y los terceros –por vía de subrogatoria-, y en ciertos ordenamientos su ejercicio no es individual, sino requiere de cierto porcentaje de los miembros para poder hacerlo. El miembro debe tener un concreto y legítimo interés, y haber agotado las vías societarias, que la doctrina mayoritaria exige cumplir con carácter previo a la sede judicial.

2. Pasiva

La acción debe dirigirse contra la entidad pues el acuerdo atacado proviene de un acto llevado a cabo por un órgano natural de ella, y sobre la cual recaerán las consecuencias derivadas de tal decisión. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en materia societaria la decisión declarada nunca importa la retroacción de los efectos cumplidos por el acuerdo o resolución adoptada por el órgano directivo, luego del proceso deliberativo; la declaratoria –por su propia naturaleza- tiene efectos *ex nunc*.

Pero, además, sólo es posible la impugnación por razones de legalidad, y no en cuanto al mérito, conveniencia u oportunidad de su dictado, ya que las decisiones del directorio tienen carácter discrecional, hecho que –por

otra parte- podría generar la responsabilidad personal de los directivos (ídem).

Efecto

En este caso el proceso judicial pretende obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores. Declarada la nulidad, salvo los derechos de terceros que hayan obrado de buena fe, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con realización de la conducta sancionada.

Además, el juez puede sancionar a los administradores con multas y/o con la inhabilidad para ejercer el comercio, sin perjuicio de la responsabilidad penal que dicha conducta pudiese generar (Reyes, 2010).

Sin embargo, como lo observa Nissen (2000) el único sentido de la impugnación sería lograr que la asamblea ordene al directorio que revoque la decisión tomada, o que esta remueva *ad nutum* a sus miembros y, mediante la designación de nuevos, hacer cumplir sus decisiones.

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

Procedencia

Cabe interponer una demanda mediante la cual se ejecuta una acción impugnativa, ante el juez del lugar de domicilio legal, contra la decisión del órgano interno de solución alternativa de conflictos.

Legitimados

Además de los miembros del órgano directivo y de control interno, tienen legitimación activa aquellos miembros que habiendo recurrido a la instancia de conciliación o arbitraje, hayan visto desestimada su reclamación y consideran que la resolución es contraria a la ley (ejercitan la acción de nulidad) o resulta opuesta

al estatuto o lesiva, en beneficio de uno o varios asociados o terceros, para los intereses de la cooperativa (en cuyos supuestos procedería plantear la acción de anulabilidad (Paz, 1989).

También, cuando se resolvieron cuestiones que no son susceptibles de solución sino por vía judicial, o cuando se resolvió una cuestión que no había sido sometida a resolución (Argudo, 2009).

El *plazo* para actuar sería diferente de acuerdo a las diversas situaciones reguladas por la ley.

Referencias

- Althaus, A. (1974). *Tratado de Derecho Cooperativo*. Rosario. Zeus
- Baena, P. (2013). I. La asamblea general: (II) Constitución. Celebración. Impugnación de acuerdos. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*. Valencia. Tirant lo Blanch
- Botana, M. (2013). La disolución. *Tratado de Derecho de Cooperativas. Tomo II*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Buonocore, V. (1997). *Diritto de la Cooperazione*. Bologna. Il Mulino
- Cabrera, R. (2013). La cooperativa y el proceso. *Tratado de Derecho de Cooperativas. Tomos II*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Ceccherini, A. (1999). Le societa cooperative. *Tratado di Diritto Privado, volume XVIII*. Turín. Giappichelli
- Cordones, M. (2013). Los Interventores. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Coronado, F. (2010). Disolución, liquidación y extinción. *Derecho de sociedades cooperativas de la Región de Murcia*, Pamplona, Aranzadi
- Cuesta, E. (2000). *Manual de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires. Abaco
- Fajardo, G. (2011). La adjudicación y venta de parcelas como objeto social de las cooperativas de viviendas. Comentario a las SSTs de 27 y 28 de julio de 2010. *Revista Jurídica de Economía social y cooperativa 22*, Valencia, Ciriec

- Farrés, J. y Menéndez, A. (1987). *Cooperativas. Ley 20.337. Comentada, anotada y concordada*. Tomo I. Buenos Aires. Depalma
- 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
- 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
- García-Más, F. (2001). De los órganos de la sociedad cooperativa. *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*. Madrid. Colegios Notariales de España
- García-Sanz, D. (2001). *Concentración de empresas cooperativas. Aspectos económicos-contables y financieros*. Colección Documentación N° 6. Madrid, CES
- Handskopf, O. (2000). *Temas Societarios. Derecho Comercial. Tomo III*. Lima. Universidad de Lima
- Lázaro, E. (2010). Modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas. *Derecho de sociedades cooperativas de la Región de Murcia*, Pamplona, Aranzadi
- Llobregat, M. (2010). Régimen económico de la sociedad cooperativa. *Derecho de sociedades cooperativas de la Región de Murcia*, Pamplona, Aranzadi
- Meo, G. (2009). Acuerdos nulos de sociedades anónimas en Derecho italiano. *Revista de Derecho Mercantil*, 271. Madrid
- Nissen, R. (2000). *Panorama actual del Derecho Societario*. Buenos Aires. Ad-hoc
- Olavarría, J. (2011). Capítulo V. Órganos sociales. I. Asamblea general. *Cooperativas. Régimen jurídico y Fiscal*. Tirant. Monografías 738. Valencia. Universidad de Valencia
- 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
- Paolucci, L. (1999). *Le societa cooperativa*. Milano. Giuffrè

- Parras, A. (2013). IV. Órganos potestativos. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*. Valencia, Tirant lo Blanch
- 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
- Scordino, F. (1970). *La Societa Cooperativa*. Nápoles. Jovene
- Stordeur, E. (2002). *Manual de Derecho Societario*. Buenos Aires. Ad.Hoc
- Tato, A. (1999b). Os organos sociais. *Estudios sobre a lei de cooperativas de Galícia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galícia
- Uribe Garzón, C. y Romero Conti, G. (1990). *Administraciones públicas cooperativas*.
- Vargas, C., Gadea, E. y Sacristan, F. (2009). *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*. Madrid, Dykinson
- Vargas, C. et Al (2015). *Derecho de las sociedades cooperativas*. Madrid, La Ley
- Verón, V. (2009). *Tratado de las cooperativas. Tomos I, II y III*. Buenos Aires, La Ley
- Vicent-Chuliá, (1989). *Ley General de Cooperativas. Tomo XX. Vol. I. Art. 1 al 28 Madrid*. Revista de Derecho Privado
- Viguera, R. (2011). *El derecho de reembolso en las sociedades cooperativas*. Tesis doctoral. Sevilla, Universidad de Sevilla

118. MEDIDAS CAUTELARES

El instituto de medidas cautelares. Recaudos. Suspensión de acuerdos de la asamblea. La intervención judicial

Este tema analiza instituciones jurídicas del derecho general de sociedades que se considera son aplicables a las entidades solidarias, siempre que la legislación específica del sector no contemple medidas similares, y es una forma concreta de aplicación del derecho mercantil al derecho cooperativo, social y solidario.

253

EL INSTITUTO DE MEDIDAS CAUTELARES⁴²

Concepto

Las medidas cautelares son actuaciones judiciales que tienen por finalidad prevenir o precaver –temporalmente- un derecho subjetivo determinado, es decir, su naturaleza es accesoria, provisoria y subsidiaria de un proceso que se entiende principal, en el que se intentará que el órgano jurisdiccional declare la existencia de un derecho, que por el momento sólo puede evidenciarse como verosímil.

Lo que motivará el dictado de una medida cautelar es el peligro de que por el transcurso normal de los plazos procesales, el derecho que se pretende declare el juzgador en el juicio de conocimiento amplio, desaparezca, tornando ineficaz la sentencia que oportunamente pudiera dictarse en él.

Caracteres

1. El instituto no es de aplicación automática ni puramente reglada, sino que a efectos de graduar su calidad y monto, el tribunal que decidirá la aplicación de la medida tiene cierto marco de apreciación o discrecionalidad, el que deberá ser ejercido de acuerdo con el parámetro de la razonabilidad y en atención directa a la conexión con la gravedad de la medida y el interés a

⁴² Este tema se basa en el libro de González, A. (2008). *Medidas cautelares en el Derecho Societario. Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires, Ad-hoc

tutelar, lo que, indudablemente, remite a una justipreciada valoración de los hechos determinantes del proceso en el que se dictará la medida.

2. Como las medidas cautelares, por definición, son emitidas *in audita parte* (sin que se oiga a la contraparte) y debe ser emitidas sin cognición exhaustiva previa, su ejercicio ha de tener un límite preventivo porque pueden ser ejercidas abusivamente.
3. Las medidas cautelares son gravosas, y en ocasiones pueden producir muy serios perjuicios patrimoniales y morales en cuanto inmovilizan parte del patrimonio y desprestigian a la entidad.
4. La aplicación de determinadas medidas cautelares se debe a la existencia de una situación de crisis ya consumada, donde debe venir el derecho a recomponer la situación de hecho anterior a la ruptura producida por la actitud de uno de los agentes interviniente en determinada relación jurídica.
5. Otras medidas cautelares se solicitarán para evitar una situación de conflicto futura, es decir, permitiendo la realización de un derecho, como sería el permitir el acceso a la información cuando éste se encuentra limitado o restringido.

Casos

1. Cuando se utiliza la forma societaria para la consecución de fines extra-societarios o violatorios de derechos de los socios o de terceros, cuando se ponen en riesgo determinados derechos, y visto esto en determinadas y especiales situaciones, el legislador societario, unas veces, y la jurisprudencia comercial, otras, han previsto la aplicación de específicas medidas cautelares a favor de la protección de estos intereses que precisen de la tutela jurisdiccional con que cautelarlos hasta tanto una sentencia firme haga cosa juzgada material.
2. Cuando los directivos no actúan con la lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios ya que implica capacidad técnica, experiencia y conocimiento, según la dimensión de la sociedad, su objeto, las funciones que le incumban y las circunstancias en que debió actuar y cómo cumplió

con su deber de diligencia. Cuando ello ocurra, y muy por el contrario, actúe el administrador en detrimento de los socios, el patrimonio de la sociedad y el de éstos se verá perjudicado por tamaño temperamento, por lo que deberá ser separado de la dirección de los negocios sociales o, cuando menos, vigilado en la consecución de éstos, y el ordenamiento societario genérico así lo dispone.

3. Cuando un acuerdo de la asamblea o del órgano directivo resulte violatorio del interés social se impugna la nulidad de dicha decisión y, si existen los recaudos, se solicita la suspensión de la decisión hasta tanto se resuelva la nulidad de la decisión impugnada.
4. Cuesta (2005) considera que el juez puede, a pedido de parte si hubiera motivos graves y no existieran perjuicios para terceros, suspender la decisión impugnada, previa garantía para responder por los daños que tal medida pudiera causar a la entidad. Dice que la solución se impone, si pretendemos que la sentencia que recaiga en el juicio no sea ilusoria.

Norma aplicable

Salvo que la ley solidaria traiga normas expresas sobre la materia, lo que no se acostumbra por economía legislativa, y no parece procedente ya que la haría un cuerpo legal sobreabundante, lo lógico es que –si existen- se apliquen las normas especiales de la normativa sobre sociedades. Y, de no existir norma cautelar en este cuerpo legal, se apliquen las normas procesales ordinarias.

De manera que se aplican, en principio, las normas procesales existentes en la ley especial de fondo, que en el caso de la economía solidaria no suelen existir, sobre las normas contenidas en los códigos de procedimiento, los que, en todo caso, se aplicarán supletoriamente. Por respeto al principio de congruencia, las reglas procesales se subordinan a las normas de fondo, las que deben ser respetadas.

Como quiera que la legislación societaria tiene en cuenta la regulación y protección de un bien jurídico determinado, esto es, el funcionamiento normal de la sociedad y por ende de la empresa que a ella subyace, resulta ser un cuerpo

legislativo especial frente al general del código procesal ordinario que atiende al derecho procesal en general, sin beneficiar a ningún bien jurídico en especial. Por tanto, se puede entender que, al no existir norma expresa en la legislación solidaria, se aplique a situaciones que se presenten en las empresas solidarias semejantes a las previstas en la normativa societaria genérica, siempre que no sean incompatibles con la norma solidaria.

RECAUDOS

256

Para el dictado de la medida cautelar el peticionante de la cautela deberá acreditar los siguientes recaudos necesarios para su decreto:

Verosimilitud del derecho (fumus bonis iuris)

La verosimilitud del derecho supone la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el peticionante de la medida cautelar, requiriéndose solo un mero acreditamiento, generalmente realizado a través de un procedimiento informativo, no una completa, acabada y circunstanciada demostración de la existencia del derecho, que para el presente estadio no resulta necesaria.

La petición implica la existencia de un “humo” de buen derecho alegado por el interesado. El recaudo se refiere a la apariencia del derecho, no a una certeza plena. Por su propia naturaleza, las medidas cautelares no requieren la prueba terminante y plena del derecho invocado... porque mientras ello se produce podrían ocurrir justamente los hechos que se pretenden evitar. Basta entonces la acreditación *prima facie*, esto es, a primera vista, sin entrar al estudio último de las causas, tomando los hechos tal como se dan o aparecen.

Para decretar cualquier medida preventiva el juez no necesita tener la evidencia, o la certidumbre, de que lo que se pide o se dice es la verdad. Se exige algo menos en la escala cuantitativa y cualitativa de los valores lógicos: que lo que se dice sea verosímil; la demanda debe “aparecer” como destinada al éxito.

La verosimilitud del derecho no requiere de mayor debate o prueba para su acreditación, en tanto que de la mera confrontación de las distintas circunstancias fácticas pudiera llegar a existir, y esto es lo que debe ser requerido para su dictado.

Pesa sobre quien las solicita la carga de acreditar *prima facie* la existencia de verosimilitud en el derecho invocado; que el “humo” de buen derecho existe y que el peticionario de la cautela es acreedor de él.

Peligro en la demora (periculum in mora)

El interés jurídico que justifica toda medida cautelar es el peligro en la demora, esto es, disipar un temor de daño inminente por el transcurso del tiempo, o por el hecho que la sentencia que se dicte en su oportunidad procesal correspondiente resulte ineficaz a raíz del transcurso normal o anormal de los plazos procesales en un expediente determinado.

Debe existir una urgencia que no pueda tener como prevención otros medios procesales idóneos, vale decir, peligro de un daño irreparable, de modo tal que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes por llegar tarde a la solución que el peticionante dice, en este estadio, ser acreedor (verosimilitud en el derecho).

No basta el simple temor o aprensión del solicitante sino que debe tratarse de hechos apreciables en forma concreta que permitan generar una convicción suficiente en el juzgador, que de no decretar la medida peticionada, el peligro se convalidaría eliminando la posibilidad de acceder al derecho que se pretendía proteger.

La existencia del peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse *periculum in mora*, es decir que a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes. Esto es que

el fallo que se dicte resulte meramente declarativo de un derecho, pero ineficaz en su satisfacción efectiva y plena dado que el derecho ya no existe o cuando menos no puede ejecutarse.

Todo ello lleva a que si no se decretara la medida cautelar que se solicita, y en consecuencia el tiempo del proceso a iniciarse siguiera su curso normal, su posible resolución favorable carecerá en gran parte de sentido o directamente sea ilusoria por ineficaz.

No significa que se dicte una medida cautelar que anticipe una probable resolución en la cuestión de fondo, sino simplemente el mantenimiento del *status quo* imperante al tiempo de su decreto, puesto que de lo contrario las medidas cautelares perderían sentido, pero su no decreto podría afectar el derecho de defensa en juicio y el llamado principio de tutela judicial efectiva.

Inexistencia de otra medida que proporcione la cautela adecuada

Para el dictado de la medida cautelar no debe existir la posibilidad de obtener la cautela pretendida mediante la aplicación de cualquier otro mecanismo brindado por el derecho a utilizar por el peticionario de ésta.

Presentación de contracautela

El otorgamiento de la correspondiente contracautela viene a balancear la temporaria restricción del principio de bilateralidad, toda vez que la medida cautelar será concedida *in audita parte*; se fundamenta en el principio de igualdad jugando como sustituto del de bilateralidad que por principio o necesidad sufre un perentorio aplazamiento temporario ante su dictado.

Una vez decretada la medida, deberá ser notificada a la contraparte, quien en su caso podrá recurrirla solicitando su levantamiento o sustitución en la medida que ello sea posible dadas las circunstancias de hecho imperantes y el interés del peticionante.

En suma, quien solicita una medida cautelar debe garantizar los daños que originará si el requirente abusó, se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla. La contracautela no se presta a las resultas del juicio, sino de la medida cautelar, por lo cual tiene que limitarse a cubrir la responsabilidad por los daños y perjuicios que de ellas se sigan.

Sirve como indemnización por los daños y perjuicios que ésta llegara a causar a la contraparte, cuando quien solicitó la cautela no tenía derecho a ello o abusó en el ejercicio de su derecho (que su petición sea infundada o abusiva); y ante tal temperamento se causó un perjuicio a la contraparte.

Además de asegurar los eventuales daños, la caución tiene por objetivo su rápida y expeditiva percepción, de allí que se prefiera, en ciertos casos de contenido económico, a la caución real.

La graduación de la contracautela dependerá de la apreciación de la verosimilitud del derecho alegado, puesto que al apreciarse la existencia de una muy fuerte verosimilitud en el derecho, permitirá que la contracautela a otorgarse no sea tanto o, en su caso, si ésta no es tan claramente apreciada por el juzgador, se deberá otorgar una mayor contracautela. Rige acá, el principio de que a mayor certeza del derecho alegado, menor es la contracautela exigida al peticionario de la medida y viceversa.

SUSPENSIÓN DE ACUERDOS DE LA ASAMBLEA

Concepto

En caso de la comisión de irregularidades graves en la asamblea que pongan en peligro grave e inminente los intereses sociales, los miembros tienen derecho de impugnar los acuerdos adoptados, solicitando ante el juez la nulidad de los mismos. Sin embargo, mientras se produce la decisión judicial de nulidad, es posible que los acuerdos adoptados causen un perjuicio a la entidad.

Es por ello que se reconoce a los miembros el derecho de solicitar al Juez que, de manera inmediata, acuerde una medida cautelar de suspensión de la ejecución de dichos acuerdos, hasta tanto se decida la cuestión de fondo siempre que se demuestre un derecho verosímil, que luego será o no concretado a través de la acción de fondo y que acredite un peligro en la demora que inspire la cautela solicitada.

Caracteres

1. Se trata de derecho adjetivo o accesorio de una acción judicial principal de nulidad del acuerdo de asamblea. Tiene carácter temporal y requiere de una acción sustantiva que haga de ese derecho un accesorio unido en conexión lógica con su principal.
2. Se trata de un derecho inderogable que poseen los miembros, tendiente a controlar el funcionamiento legal de la sociedad que integran, es decir, en ningún caso podrá ser restringido ni limitado. Constituye la medida cautelar específica de la acción de nulidad de una decisión de asamblea como único medio de evitar la inocuidad de los procedimientos o la frustración del derecho que se ejerce.
3. La decisión del juez sobre si en el caso concreto existe o no motivo para acordar la suspensión debe ser interpretada en forma restrictiva y con extrema prudencia, tomando en consideración el interés público, la seguridad jurídica, la conservación de la empresa y el interés social que se antepone al mero interés individual de los miembros (en ese orden de prelación).

Y en tanto, implica una restricción del accionar ordinario del órgano de suprema conducción de la empresa y las consecuencias que pudiere tener para la entidad y los terceros que pudieron contratar en virtud de estos actos que ahora se reputan como nulos.

Procedencia

La solicitud de suspensión puede estar fundamentada entre otros, en los siguientes casos:

1. Vicios de forma

- Vicios en la convocatoria (órgano no competente para convocar, incumplimiento de plazos, no inclusión del punto en el orden del día, etc.).
- Defectos en la información mínima e indispensable debida a los miembros para concurrir a la asamblea con suficiente conocimiento de la materia a deliberar y votar en ella; no disposición de los libros; ausencia de antecedentes contables, existencia de doble juego de balances para el mismo período.
- Ausencia de quórum o decisiones adoptadas por una mayoría tal que, tal vez, no fue tal.

2. Vicios de fondo

- Acuerdos adoptados contrarios a la ley y, el estatuto o los reglamentos.
- Decisiones afectadas de extrema arbitrariedad o irracionalidad dañosas.
- Decisión tomada en claro ejercicio abusivo por parte de la mayoría en detrimento de los derechos de las minorías.

Requisitos

Para que proceda la decisión de suspensión de un acuerdo de la asamblea generalmente se exige que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que sea solicitada por un miembro de la entidad y que se trate de derechos subjetivos medulares.
2. Existencia de motivos graves (no basta un temor de perjuicio):
 - Acreditación de un derecho sustancial presentado como verosímil.

- Invocación de la existencia de un perjuicio inminente e intensidad de un peligro tal que de no suspenderse la decisión, el derecho sería violado y no habría forma de reparación posterior.
 - Urgencia manifiesta y extrema, relacionada con la proximidad del peligro de verse violado un derecho subjetivo de un miembro y que sea irreparable.
3. Que no medie perjuicio para terceros (no miembros).
 4. Presentación de contracautela: garantía suficiente para responder por los daños que la medida pudiere causar a la empresa, y
 5. Verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

Concepto

Consiste en la separación momentánea del órgano de administración (directivos y gerente) y en la designación de uno nuevo, o en la designación judicial de un funcionario para coadministrar la sociedad con el designado por los socios, o simplemente la designación de un funcionario que tendrá como función informar al órgano jurisdiccional sobre determinados asuntos societarios.

Es una medida accesoria a la acción de remoción o de establecimiento de responsabilidad de los directivos, en tanto se dilucida como cuestión de fondo la veracidad y consecuencias de los hechos u omisiones del administrador que se consideren lesivos para el interés social.

Se debe apreciar en su vinculación a la acción de fondo, por lo que dicho ámbito de accesoriadad será merituada.

Aplicación a las empresas solidarias

La mayor parte de las legislaciones de cooperativas de América Latina que constituyen una Autoridad administrativa de control de las cooperativas y demás

formas de economía solidaria, contemplan la figura de la intervención administrativa, razón por la cual la intervención judicial –en tal caso- no procedería.

Caso contrario, al no existir Autoridad pública de control especializado de las empresas solidarias, o si la ley no le otorga tal facultad, parecería procedente la aplicación del instituto de intervención judicial.

Fundamento

La existencia de un peligro grave para la entidad por actos u omisiones de los administradores, o la afectación de los derechos de los miembros, que pueden serlo a través de innumerables medios y vías, sin menoscabarse el patrimonio social. La intervención se maneja y se debe interpretar con criterio restrictivo (como un recurso excepcional) puesto que su aplicación también puede generar perjuicios a la sociedad (descrédito).

Puede ser:

1. La total vacancia en la administración y, o en fiscalización de la entidad por fallecimiento o ausencia de sus integrantes.
2. La no convocatoria de asamblea.
3. Maniobras fraudulentas o comisión de delitos en perjuicio de la empresa.
4. Menoscabo de los derechos de los miembros.
5. No presentación de estados contables.
6. Inadecuado funcionamiento de los órganos administradores que afecten el interés de la empresa y, o de los socios, pudiendo ser una actuación indebida de los administradores o,
7. En el caso del administrador que sustrae ilegítimamente el dinero de la sociedad, si los socios tuvieran que esperar la sentencia definitiva que asegure la posibilidad de sacarlo del cargo, cuando llegare la sentencia sus efectos serían ilusorios.

8. Cuando los daños ya han acaecido se impone también la medida con el fin de evitar que éstos se sigan acrecentando y se propugne su reparación a través de la responsabilidad de los administradores.
9. Se admite, también, cuando los actos que se imputan a los administradores pongan en peligro los derechos esenciales de los socios.

Naturaleza

1. No se trata de considerar aquí intenciones o motivaciones personales o particulares, sino hechos concretos que hubiesen provocado o puedan provocar perjuicios a los intereses sociales, y que como tales, deben ser acreditados, determinando si la conducta que se endilga a los administradores de la sociedad fue o es susceptible de causar al ente un peligro que ponga en riesgo su existencia o, cuando menos, la afecta en grave medida.
2. Es una medida a la cual puede recurrirse una vez que se hayan agotado todas las posibles instancias para conjugar el peligro potencial que provendría de acciones u omisiones. Se requiere el agotamiento de los recursos o medios establecidos en el estatuto.
3. Debe acreditarse la condición de socio del peticionario y haber promovido la acción de fondo.
4. Si en algún momento desaparecieran las situaciones que ameritaron su dictado desaparecerá también la necesidad de su decreto, por lo que ésta debería ser revocada, a fin de permitir el regreso al normal funcionamiento del órgano de administración, no obstante la acción de remoción siga su curso, puesto que no es ella la que indica la necesidad de dictar la medida cautelar.
5. *A contrario sensu*, al no advertirse la extrema e inminente gravedad en el peligro que sufriría la sociedad, constituiría una medida excesiva separar derechamente a los administradores sociales de su labor cuando la actividad de la empresa requiere de un conocimiento de la clientela y del mercado específico, que difícilmente pueda alcanzar cualquier funcionario

que designe en un tiempo brevemente razonable (Juzgado Nac. Com. 1ª Instancia, N° 5, 18-5-2004).

6. Implica una limitación al derecho de propiedad de la sociedad y de los socios a quienes se les quita o al menos disminuye (aunque fuera ello temporalmente) los atributos del dominio.
7. Implica, además, una alteración de las reglas que contrataron los socios y que indicaron al momento de planificar la estructura societaria en determinado sentido. La intervención solo procederá en situaciones que realmente requieran un remedio extraordinario que exceda del marco normativo establecido por los socios en el estatuto.

Promoción

Como la acción de remoción no es autónoma sino cautelar de las del tipo de no innovar, no puede interponerse sola; ella debe ser previa, coetánea o conjunta con la acción de remoción. Siempre deberá existir una acción de fondo, sin la cual la medida cautelar carecerá de sentido, toda vez que el derecho alegado lo fue solo en su carácter de verosímil.

Legitimación activa

Están habilitado o legitimado para solicitar la intervención judicial los siguientes:

1. Los miembros de la entidad asociativa.

Dice Nissen (2000) que para solicitar la medida judicial serían habilitados los miembros de la empresa, ya que es evidente que tienen un interés legítimo en su funcionamiento correcto.

En el escrito de demanda el peticionario deberá acreditar su calidad de socio que resultará del contrato social. Si se trata de una sociedad irregular o de hecho, el socio puede acreditar su calidad mediante cualquier medio de prueba.

2. El órgano interno de control

Si éste goza del control de legalidad del funcionamiento societario, no sería lógico que quedaran inermes cuando los administradores incurran en actos graves contra la empresa. El incumplimiento de sus funciones acarrearía responsabilidad de su parte, ya que su obligación de controlar el funcionamiento de los órganos sociales incluye velar por la satisfacción del interés social.
3. La Autoridad pública de control en función de resguardo del interés general.

Para Nissen (ídem) esta acción sería procedente en tres situaciones: Si la ley no prevé la participación de la Autoridad de aplicación en los casos que la justifican; si la autoridad no interviene habiéndose producido y denunciado los actos que motivan su participación, y si la intervención administrativa, por culpa de esta misma, no obtiene los resultados esperados.
4. En cuanto a los acreedores sociales, hay dos posiciones:
 - No procede la intervención solicitada a una sociedad por el acreedor social para tutelar sus derechos en el juicio que promueve contra sus deudores (socios de aquella) por no ser la sociedad en cuestión parte del mencionado proceso.
 - Los acreedores, a los fines de facilitar la percepción de un crédito o la ejecución de una sentencia, en supuestos en los cuales la designación de un interventor es el único medio apto para el cobro de esa acreencia, por ejemplo cuando no existan bienes, pero sí el producido de aquellos (Nissen, ídem).

Por otra parte, si la sociedad es ajena a una relación jurídica determinada no existe legitimación activa en el peticionante, ni se observa el requisito de la acción principal de remoción. En esta situación se aplica el principio *res inter alios acta aliis preiudicare non potest*.

Presupuestos

1. Haberse agotado la vía estatutaria

Demostrarse el resultado negativo o ineficaz de los actos que la componen como son: intimación al órgano de administración; reclamo al órgano de control interno sobre las presuntas violaciones e incumplimiento de los directores; haber recurrido al órgano de fiscalización externo de la sociedad; haber solicitado la convocatoria de la asamblea ordinaria para tratar el asunto; haber fracasado en las gestiones antes enumeradas y demostrar que el asunto que origina la acción de remoción no es susceptible de revisarse por la asamblea, o que, de convocarla, su resultado sería adversa (Couso, 1983).

2. Existencia de peligro grave

Demostrable por cualquier medio de prueba admitido por el ordenamiento, el juez debe encontrar en ellos la plena convicción de que el interés de la sociedad se encuentra afectado por la permanencia en el cargo del directivo cuestionado, y la realización de futuros actos perjudiciales que él pueda efectuar, o el agravamiento de éstos si es que ya hubieran ocurrido. Debe demostrarse que los directivos han realizado actos que coloquen a la sociedad en peligro grave, por lo que meras desavenencias entre los socios no ameritan el dictado de una medida cautelar.

El peligro grave es aquel que pueda afectar la estructura misma de la sociedad, y puede ser el desquiciamiento del órgano de administración, como su irregular funcionamiento. De manera que si no existen situaciones graves que impidan el regular funcionamiento de los órganos de dirección y fiscalización ante los cuales los socios puedan hacer valer eficazmente sus derechos, no procede la intervención judicial.

3. Contracautela

Deberá responder a las características de la medida perdida y ordenada (simple caución juratoria en una veeduría y eventual caución real efectiva en caso de una administración judicial) y la mayor o menor certeza de los derechos invocados, pero siempre sujeta al prudente criterio judicial.

Medidas a adoptar

1. Designación de un veedor

Es la medida de grado más leve de intervención, cuya función es inspeccionar, vigilar y controlar las tareas del órgano directivo para informar al juez sobre toda irregularidad que constate, sin desplazar ni acompañar al órgano de administración societario.

Protege los derechos de la parte que solicita su designación, evitando que éstos puedan ser menoscabados durante la tramitación del juicio de remoción del administrador.

El veedor presenta informe al juez sobre las operaciones que ejerzan sobre la administración de la empresa, del que podrá apreciarse más concretamente la necesidad de profundizar la intervención o, alternativamente, hacer cesar la intervención cautelar en el desarrollo societario.

2. Designación de un coadministrador

Es un funcionario que administra la sociedad conjuntamente con el órgano societario de administración que -en su caso es de intervención obligatoria- con la función de regularizar el funcionamiento del órgano de administración, por medio del control de los actos que éste realice.

Deberá actuar conjuntamente con los directivos y tendrá intervención necesaria en todos los actos de la gestión social, pero no tendrá mayores facultades que el administrador originario ni podrá en ningún caso reemplazarlos.

El coadministrador está facultado para realizar aquellos actos que el estatuto autoriza a los gerentes conjuntamente con cualquiera de ellos.

Cuida el cumplimiento estricto de las normas legales y cargas fiscales referidas a la explotación del establecimiento, siendo solidariamente responsable con los cogerentes por cualquier omisión.

Preserva los fondos sociales sobre una única cuenta abierta a orden de dos gerentes y de él mismo, abonando la totalidad de las expensas y gastos por

esa vía. Cuida que la contabilidad sea debidamente y oportunamente llevada. Evitará disponer de bienes y fondos sociales sino para erogaciones del giro ordinario, quedando el eventual remanente a disposición de la asamblea.

3. Desplazamiento total de los directivos por un interventor

Es la medida más grave, la última *ratio* y siempre en casos extraordinario (cuando el patrimonio social se encuentra en inminente peligro y esto es producto del obrar fraudulento de los administradores) de excepción, cuando ya no sea posible articular un medio menos gravoso para alcanzar el mismo cometido.

El interventor

Debe desempeñar personalmente el cargo, no pudiendo delegar sus funciones y cumplir su cometido de conformidad con las pautas señaladas en su designación. Sus funciones no pueden ser superiores a las concedidas a los administradores naturales; debe evitar la adopción de medidas que no sean estrictamente necesarias para el cumplimiento de su función.

En cuanto a sus poderes, no habiéndose especificado ninguna restricción en su nombramiento, tiene los poderes de quienes ha sustituido, sin perjuicio de la autorización judicial que deberá solicitar para los actos que por su naturaleza lo requieran (Nissen, 2000)

Revocatoria

Si en algún momento desaparecieran las situaciones que ameritaron su dictado porque desaparecen los peligros graves para el funcionamiento normal de la sociedad, la medida deberá revocarse (levantarse) a fin de permitir el regreso al normal funcionamiento del órgano de administración, no obstante la acción de remoción siga su curso, puesto que no es ella la que indica la necesidad de dictar la medida cautelar.

Referencias

- Cuesta, E. (2005). La asamblea en la cooperativa y los derechos de los asociados. *Aportes para el desarrollo de las cooperativas de electricidad*. Buenos Aires, Intercoop
- González, A. (2008). *Medidas cautelares en el Derecho Societario. Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires, Ad-hoc
- Nissen, R. (2000). *Panorama actual del Derecho Societario*. Buenos Aires. Ad-hoc.

119. RÉGIMEN PENAL

Los delitos contra las empresas solidarias. Indicios de la comisión de delitos. Procedimiento ¿Quién es responsable de los delitos económicos en las empresas solidarias? Penas

LOS DELITOS CONTRA LAS EMPRESAS ASOCIATIVAS

El delito

Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín *delictum*, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa. El delito es un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena; las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley.

Los miembros, pero en especial los directivos (de hecho o de derecho) y quienes tienen a su cargo los bienes y dinero de la empresa solidaria (gerente y empleados), en forma personal e individual (o concertada entre varios) pueden cometer delitos contra la empresa solidaria. También, pueden hacerlo cuando actúan en forma colectiva en el seno del órgano al que pertenecen.

Fuentes

Los delitos contra las empresas del sector pueden estar contemplados:

1. En el derecho penal común sin distinciones respecto del sujeto pasivo. Es decir, no están contemplados delitos específicos cooperativos o solidarios.
2. En las leyes especiales o en el llamado derecho penal complementario, esto es, en la legislación tributaria, laboral, ambiental, de lavado de dinero o de actividad financiera. Estas normas se aplican a las empresas solidarias si en ellas se perpetran estos tipos de delitos, como pudiese ser en cualquier otro sitio o lugar.
3. En los delitos societarios genéricos o como parte del derecho penal económico.

4. En la ley del sector, pudiendo ser en la ley cooperativa (como es el caso de la ley de cooperativas de ahorro y crédito de Puerto Rico) o solidaria general, o una legislación penal especial para el sector.

Para Henry (2000) la ley debería establecer una lista de los actos que podrán ser objeto de sanciones penales, indicando cuando procedan los artículos correspondientes del Código Penal. Así podría evitarse que la cooperativa tuviere que erigirse en juez, función que no le incumbe.

Delitos específicos

Se ha observado que son necesarias sanciones penales específicas para el sector solidario ya que las sanciones no penales, civiles o administrativas son insuficientes porque su poder de disuasión es mucho más débil. El hecho es que las sanciones penales de derecho común pueden ser inaplicables, en ciertos casos, puesto que el juez penal está limitado por el principio de interpretación estricta de los textos (Renucci, 1995).

Tal es el caso de la Ley de Cooperativas de Ahorro y Crédito de Puerto Rico de 1990 que dedica un artículo a establecer delitos específicos que pueden cometer los directivos de las cooperativas de ese tipo.

Carácter

Las conductas tipificadas pueden ser consideradas como delitos, o como trasgresiones menores o faltas, o como unas u otras, pero que al ser cometidos contra las empresas cooperativas o solidarias, podrían producir un agravamiento de los delitos genéricos, en los casos en que se reconoce a estas un carácter de beneficio colectivo.

Ahora bien, uno de los problemas de dar el carácter de delitos a ciertas conductas irregulares dentro del sector solidario es que puede tener por efecto la descalificación, desvalorización o banalización delictual. Pareciera mejor dar a este tipo de conductas el carácter de faltas o de trasgresiones menores que puedan ser sancionadas administrativa o policialmente. Y solo después de la

apertura de las actuaciones judiciales, si se encuentra que tales conductas constituyen delitos de acuerdo a la norma penal genérica, tratarlas como tales.

En efecto, como señala Yancarelli (2013) la intervención punitiva no tendrá razón de ser cuando la protección encuentre su cauce adecuado en el Derecho Privado, en función de los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y última *ratio*. Vale decir, si la solución puede surgir de otra área ajena a la penal, el estado, a través del *ius puniendi*, nada tendrá que hacer. De lo contrario se convertirá en un interventor a ultranza y a contramano de las mandas de máxima jerarquía.

De manera que –primero- la conducta reprochada a la cooperativa debe ser analizada desde el ámbito administrativo, y recién cuando la gravedad de ésta sobrepase los contornos de los meros incumplimientos, para ingresar al ámbito de lo ilícito, recién ahí el derecho penal tendrá motivos para intervenir.

Así, debe quedar claro, que se debe recurrir al *ius puniendi*, siempre y cuando sea de extrema necesidad o *extrema ratio*, evitándose discusiones estériles que no llevan a nada, más que a terminar por inflar el contenido de lo delictivo en forma de placebo (ídem).

Aprobación de cuentas posterior a la falta

Es importante tomar en consideración que la aprobación por la asamblea -aun por unanimidad- de las cuentas del ejercicio no puede cubrir los abusos conscientemente realizados.

De acuerdo a una sentencia de la Corte de Casación francesa (30/09/1991) esa aprobación no podría ser eficaz puesto que interviene después de la realización de las operaciones, por lo que dicha aprobación no puede deshacer el delito. Y ello, porque como se sabe, en efecto, el consentimiento de la víctima es eficaz en materia de daño patrimonial sólo si es anterior a la infracción.

Naturaleza de la acción penal

En las entidades privadas, normalmente la acción penal es de carácter privado (sólo por iniciativa de la parte agraviada) dado que los intereses tutelados, salvo en empresas públicas revestidas de forma mercantil son privados, de la propia sociedad, socios, acreedores y terceros. Estos serán por tanto los bienes jurídicamente protegidos, además dada la importancia de las sociedades, se protege la economía de mercado (Gómez-Arbós, 1999).

Sin embargo, puede estar expresamente caracterizada como de acción pública (perseguable de oficio por la autoridad pública). De no estarlo, pareciera que por el carácter de interés social que tiene el sector, los delitos contra las cooperativas y demás empresas solidarias deberían ser de acción pública.

Además, la jurisdicción es la penal ordinaria, aunque se plantea, de acuerdo al grado de desarrollo del sector, la creación de una jurisdicción penal especial. Es el caso de una normativa del Ecuador (ya derogada) que concedía acción popular para denunciar las infracciones o irregularidades contra las cooperativas.

Competencia

De acuerdo con los principios generales, corresponde al Juez del domicilio de la empresa la materia y la cuantía de la reclamación en el caso que fuere procedente. También, puede ser un juez especializado o, incluso, un único y exclusivo juez nacional especializado.

INDICIOS DE LA COMISIÓN DE DELITOS EN LAS EMPRESAS SOLIDARIAS

Concepto

Se puede sospechar la comisión de delitos cuando se tenga fundados indicios de ello. Por indicios se entiende toda acción, señal, sospecha, conjetura, rastro, huella o vestigio que permita conocer algo oculto, o que hace presumir la comisión

de un delito. Los indicios se basan sobre hechos o circunstancias que deben ser probados y que deben relacionarse con el hecho en cuestión. Los indicios (o presunciones) deben ser varios, reales y no equívocos.

*Principales indicios*⁴³

Los indicios que más frecuentemente permiten sospechar la comisión de delitos contra las empresas solidarias, son:

1. Inexistencia o inaplicación de la normativa interna (prevista en el estatuto, reglamentos, acuerdos, resoluciones, manuales, memorándum, providencias, instructivos) que establezca los sistemas, procedimientos y secuencias de los procesos administrativos, o incumplimiento serio y, o reiterado de los mismos. Igualmente, las violaciones a los códigos de conducta o de buenas prácticas pueden ser considerados indicios de irregularidades.
2. Ausencia de asignación y distribución de competencias, así como de responsabilidades entre el personal que administra la empresa, o incumplimiento de ellos. En particular, en relación con los manuales descriptivos de cargos donde se fijen las obligaciones, funciones y responsabilidades de cada una de las personas que prestan servicios en la empresa, en especial, de quienes tienen a su cargo la custodia y manejo de recursos económicos de la empresa.
3. Ausencia de la práctica de controles internos (arqueos de caja, conciliaciones bancarias, inventarios, inspecciones) de parte del órgano interno de control; su aplicación preavisada o inconsistencias serias encontradas; no formulación de observaciones o recomendaciones, o incumplimiento de las que hubiesen sido formuladas.
4. Carencia de soportes y de facturas, de comprobantes de caja diarios, de estados de cuenta y demás documentación comprobatoria de las operaciones efectuadas.

⁴³ Ver, también Baigún y Bergel (1991)

5. Préstamos en condiciones anormales (plazos, tasas de interés, moneda).
6. Disparidad entre los montos de los préstamos otorgados, de los depósitos hechos, de los cheques emitidos y otros efectos, con lo anotado en los libros o registros contables.
7. Falsificación de firmas en las solicitudes de préstamos, en las fianzas otorgadas, recibos, pagarés, letras de cambio, etc., aunque de por sí, estos hechos podrían ser consideradas como delitos independientes.
8. Movilización de dinero hecha en efectivo (cancelación de préstamos, retiro de ahorros, pagos a proveedores, cancelación de salarios o anticipos laborales, gastos generales o misceláneos) y, o sin justificación suficiente en los comprobantes.
9. Supuestos depósitos bancarios sin número de cuenta ni soportados en las planillas respectivas, sin la validación bancaria, o con sellos alterados.
10. Préstamos concedidos sin la autorización del órgano, departamento o sección a quien le corresponda aprobar los préstamos; préstamos sin respaldo alguno de garantías o garantías insuficientes, inexistentes o incausadas (sin justificación adecuada y justificable), o concedidos a terceros (no asociados) si no está expresamente permitido; préstamos otorgados a empresas "fantasmas", o renuncia a las garantías existentes a favor de la empresa.
11. Retiro de fondos cuyo destino se ignora y, o su depósito, colocación o inversión en personas, empresas o instituciones distintas a las escogidas o autorizadas expresamente por el órgano de administración o por el responsable de las finanzas o tesorería, si fuese el caso.
12. Movilización de cuentas corrientes, de ahorro o especiales sin justificación comprobada; depósitos o inversiones a tasas de interés significativamente inferiores a las ordinarias en el mercado para el tipo de colocación.
13. Compra-venta de bienes que no es posible localizar; en cantidad o calidad inferiores o diferentes a lo solicitado y, o lo cancelado; defectuosas, sin la debida garantía del fabricante o proveedor, o por

precios notablemente superiores a los del mercado para el tipo de producto.

14. Adquisición de inmuebles con evidente sobreprecio, con cabidas desproporcionadamente dispares con las registradas en la documentación correspondiente; defectos serios en los documentos comprobatorios (falta de registro público, ininteligibles, sellos y firmas no correspondientes a la entidad presuntamente certificatoria, números de serie, lugares y fechas no concordantes con los hechos), hipotecas no registradas, etc.
15. Constitución de prendas, hipotecas u otros derechos reales para fines extraños a la empresa, por ejemplo, para favorecer a terceros.
16. Suscripción de contratos abusivos, cuyo cumplimiento por parte de la sociedad importa perjuicio, para beneficiar al administrador o un tercero
17. Arrendamiento o locación de locales por plazos y condiciones especialmente diferentes a las ordinarias para su tipo y condiciones; sobreprecio notable en los cánones de arrendamiento pagados o de infra precio en los percibidos; aceptación de condiciones leoninas en detrimento de los intereses sociales; adquisición de muebles y decoraciones suntuarias; remodelaciones innecesarias; desincorporación de equipos en buenas condiciones o no obsoletos tecnológicamente.
18. Inversiones ajenas al objeto social; adquisición o enajenación de bienes en condiciones decididamente desventajosas.
19. Asignación de retribuciones excesivas o remuneraciones diferentes en calidad de director y de gerente, sin justificar esta última función; o pago a acreedores personales con fondos de la entidad.
20. Compra de objetos destinados a uso personal con fondos de la empresa o haciéndolos pagar directamente por la sociedad, o muebles de la sociedad que trasladan a su domicilio o fuera de la sede social, o que se conserva para sí los fondos provenientes de la venta de una máquina perteneciente a la sociedad;

21. Pago de facturas excesivas por gastos de representación, agasajos, viáticos, pasajes y hoteles, vehículos, regalos, floristería, joyas, ropa, etc., sin relación con los requerimientos económico-financieros de la empresa solidaria y las condiciones sociales y culturales de esa empresa en particular.
22. Abstención deliberada de reclamar a un tercero o a otra sociedad en la cual se tiene intereses el pago de las obligaciones contraídas con la entidad que administra, o dejar de prescribir las acciones judiciales que hubieran facilitado el cobro.
23. Directivos que conociendo el manejo irregular de los fondos sociales por parte del comité ejecutivo o de funcionarios con capacidad de administración, no realizan los actos dirigidos a impedir el resultado defraudatorio.
24. Retrasos en la contabilidad superiores a lo normal, asientos imputados a partidas que no corresponden por su naturaleza o tipo; tachaduras o enmendaduras violatorias de las normas contables; disparidad entre lo asentado y lo ejecutado; no correspondencia entre los asientos y los comprobantes, etc.
25. Personal administrativo que “nunca” toma vacaciones, que jamás se ausenta de su puesto de trabajo (sobre todo si maneja efectivo), o que es considerado como “indispensable” en la empresa.
26. Negativa injustificada o reticencia de la o las personas responsables de la actividad a dar las informaciones que le soliciten las instancias competentes; separación intempestiva de su cargo, ausencias no razonables.
27. En caso de sospechas sobre la actuación de determinadas directivos o trabajadores, interposición de recomendaciones o de consejos suspicaces de parte de personas de cierta influencia. Incluso, acusaciones veladas sobre presuntas conspiraciones contra los intereses o el buen nombre de la empresa o del grupo que la controla de derecho o de hecho.

28. En fin, cualquier actuación “sospechosa” o no concordante con la realidad de la empresa, de parte de quienes manejen fondos, disponen de los bienes de la empresa solidaria o se benefician de ella.

Fuente: elaboración propia

PROCEDIMIENTO

279

Cuando producto de la investigación preliminar realizada por el órgano de control interno o por el auditor de la empresa, quienes luego de la revisión de los hechos y la recopilación de prueba determinan que existen indicios de una supuesta falta, se plantea una hipótesis sobre la presunta comisión de una acción antijurídica que se remite como insumo al ente competente de determinar la veracidad de los hechos y verificar la existencia de eventuales responsabilidades. Se basa en evidencia de auditoría que se tornará prueba en el procedimiento subsiguiente (Arroyo, 2014).

El procedimiento de actuación frente a la comisión de un presunto delito contra la empresa solidaria consta de dos momentos, uno interno y otro externo.

Interno

Al tenerse fundados indicios de la comisión de un delito en el seno de la empresa solidaria debe actuarse –de inmediato- tratando de determinar quién o quiénes fueron los responsables, y adoptar medidas para poner cese a la situación. De ser posible, trasladar la persona presuntamente responsable a otra dependencia donde no tenga acceso las pruebas y, o a bienes o recursos de la empresa, o suspenderlo –con o sin goce de remuneración- de sus funciones en la empresa.

Debe observarse que, al menos en América Latina –lamentablemente- la mayor parte de los delitos que se cometen contra el patrimonio de las empresas solidarias quedan impunes:

1. Por la generalizada inexistencia de una cultura de control interno.
2. Por no disponerse de los recursos económicos suficientes para sostener el procedimiento judicial.
3. Por falsas solidaridades con los responsables, sobre todo si son familiares, amigos o compañeros de toda política.
4. Por el desinterés que generalmente las autoridades públicas ponen en la cuestión.

Por lo anterior, si el daño no fuese grave y es posible que el responsable repare el daño causado, debe decidirse si se arreglan las cosas al interior de la empresa, lo que –normalmente- es facultad del órgano de administración, en este caso con la necesaria participación del órgano de control interno, y siempre que haya reparación del daño causado.

Externo

Al decidirse optar por la vía formal se hace necesario seguir el procedimiento judicial respectivo. Lo normal es que no exista un procedimiento especial por lo que se aplicaría el procedimiento penal ordinario. Sin embargo, se estima conveniente que la ley permitiese aplicar el procedimiento penal resumido o breve, sin que pareciere útil la determinación de un procedimiento específico.

El procedimiento penal normalmente consta de las siguientes etapas:

1. Denuncia penal

Es el acto de poner en conocimiento de la autoridad judicial competente la posible comisión de un delito. Cuando producto de una auditoría o investigación el auditor determina que está frente a un delito penal, elabora un informe donde indica los hechos encontrados, los presuntos responsables, la eventual normativa violentada, y los documentos que respaldan dicha denuncia, o bien, el lugar donde podrán ser ubicados. Debe serse altamente riguroso en la selección y recopilación de la

evidencia de auditoría dado que ésta será la prueba en el proceso jurisdiccional correspondiente (Arroyo, 2014).

La denuncia la interpone quien esté legitimado para hacerlo, o por medio del ejercicio de acción popular, si fuere el caso. Entonces, lo primero es que el representante legal de la empresa formule de inmediato la correspondiente denuncia penal ante las autoridades competentes.

Es importante observar que su omisión genera responsabilidades civiles y muy posiblemente su vinculación a la investigación penal por la negligencia injustificada en cumplir con el deber de denuncia oportuna. Igualmente, el tesorero y los miembros del órgano de control interno podrían correr igual suerte por las responsabilidades que les corresponda en la omisión de denuncia oportuna ante el gerente, presidente o las autoridades (Caicedo, 2013).

2. Investigaciones

A cargo de la Autoridad de aplicación, la de fomento, la de la actividad o del Ministerio público o la autoridad policial ordinaria. Sería un gran avance si la ley permitiese que las investigaciones practicadas por los organismos de integración del sector tuviesen igual valor jurídico que las efectuadas por las autoridades públicas.

Sujetos

Sujeto activo

1. Los directivos formales (electos para el ejercicio de cargos en los órganos internos, incluidos los miembros de los comités y secciones) y que, en tal virtud, cometan las conductas tipificadas como delitos por la ley; el gerente o administrador; los trabajadores y los terceros.
2. El llamado administrador de hecho o de derecho, es decir, la persona que lleve efectivamente y personalmente la gestión social; que haya sido designado o que en la práctica, asuma la dirección.

3. Incluye, también, si la ley lo establece, además del infractor, los cómplices y encubridores.
4. Los miembros de la empresa en forma individual.
5. La empresa solidaria, si se admite la responsabilidad penal de la misma. Esta responsabilidad es autónoma, complementaria e independiente de la de los administradores, pudiéndose añadir a ésta, por lo que podría declararse la responsabilidad penal de la persona jurídica con independencia de la responsabilidad penal que se pueda o no individualizar en la persona física (Villarroya, 2013). Así, pueden ser concomitantes la responsabilidad de la empresa y de las personas que cometieron las conductas consideradas como delitos.

Sujeto pasivo

1. La empresa solidaria
2. Los miembros en forma individual o determinados porcentajes de ellos.
3. Los trabajadores asalariados de la empresa
4. Los acreedores de la empresa.

Legitimación.

Están habilitados para actuar judicialmente en caso de ser objeto de un delito:

1. Los órganos directivos y de control interno de la empresa, actuando en su condición de tales.
2. Los directivos individualmente considerados.
3. Los miembros, incluidos los aportantes externos, si los hubiese.
4. Los gerentes, coordinadores o secretarios ejecutivos y los trabajadores de las empresas sociales o solidarias.
5. Los organismos de integración y demás organismos del sector deberían tener poder para denunciar y hacerse parte en forma individual o colectiva en el proceso, con la sola demostración de su condición de tales.

6. Igualmente, los terceros perjudicados y, lógicamente, el Fisco.
7. La Autoridad de Aplicación.

De acuerdo a la ley penal ordinaria toda autoridad pública que en ejercicio de sus funciones tenga conocimiento de la comisión de algún delito, debe hacer la denuncia correspondiente ante los organismos de administración de la justicia penal. La ley de cooperativas de Argentina obliga a la Autoridad de aplicación a denunciar ante las autoridades policiales o judiciales en los casos en que pudiera darse la acción pública.

8. Sería importante que se prevea que la policía judicial, el Ministerio o la Fiscalía pública designase funcionarios especializados en materia de delitos contra el sector solidario, especialmente cuando se trate de delitos de acción pública.

¿QUIÉN ES RESPONSABLE DE LOS DELITOS ECONÓMICOS EN LAS EMPRESAS SOLIDARIAS?⁴⁴

Es procedente la aplicación a las empresas solidarias de los mecanismos de imputación de responsabilidad penal por los delitos cometidos en las empresas, si –como es lo lógico- no hay normas expresas sobre la materia en la legislación social y solidaria.

En la materia hay diversos estadios normativos:

Inexistencia de responsabilidad penal de la empresa

En la mayoría de los sistemas normativos no es aceptada la responsabilidad penal de las personas colectivas porque se considera que las mismas no tienen capacidad para realizar “acciones” penalmente relevantes, sino que se sigue el antiguo principio *societas delinquere non potest* (esto es, una sociedad no puede delinquir). En este caso, se estima que hay delitos societarios o delitos

⁴⁴ Gallego, 2006

perpetrados por los directivos o administradores en ejercicio de sus funciones y no delitos de la empresa (Mármol, 1984).

De manera que, si en el seno de una persona jurídica se cometen, por parte de las personas físicas que desempeñen la voluntad social, acciones que pueden ser consideradas delictivas, aunque las circunstancias formalmente concurren en las personas jurídicas, en este caso las personas físicas responsables de la toma de decisiones serán consideradas autoras del delito y, en consecuencia, se someterán plenamente al derecho penal (Chacón, 2000).

Ahora bien, en algunos ordenamientos (muy pocos, por cierto) se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aceptándose en una forma atenuada de responsabilidad más bien administrativa de la persona colectiva (sancionable con multas, con suspensión de actividades o con la cancelación de su personalidad) cuando una persona física haya actuado como órgano o como persona competente de la empresa, esto es, que se trate de acciones antijurídicas que las personas competentes llevan a cabo en interés de la persona jurídica y no en interés propio.

*Responsabilidad penal de la empresa*⁴⁵

Frente a la tesis clásica negadora de la responsabilidad penal de los entes jurídicos, se desprenden voces que ven, como algo necesario, responsabilizar penalmente a las personas de existencia ideal cuando sean utilizadas para la comisión de ilícitos tipificados penalmente. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas supone la ruptura del principio <<*societas delinquere non potest*>> que tradicionalmente negaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁴⁵ Yancarelli, 2013

La responsabilidad penal de la empresa será exigible siempre que se cometa un delito, aun cuando la persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

La responsabilidad penal de la empresa se produce en dos situaciones:⁴⁶

Delito cometido por los administradores o representantes de la persona jurídicas

1. Sujeto activo

- Los administradores de derecho (los directivos y gerentes) esto es, las personas que dirigen la actividad de la empresa y a la que puede representar, y que tenga origen legal (elección, designación) no importa si actúa o no dentro de sus atribuciones o mandato.
- Los administradores de hecho: aquellos que adoptan una situación equiparable a los administradores de derecho sin serlo, con una actuación fáctica, sin tener facultades formales para actuar en nombre de la empresa y, a pesar de ello, toman decisiones por la misma; aquellos que de hecho manda o gobierna en la sombra mediante testaferros o “sociedades de pantalla”.
- Los representantes, entendiendo por tales a quienes ejerzan la representación de la empresa en todos los actos del objeto social delimitado en su estatuto, excluyéndose los apoderados.

2. Conductas:

La conducta delictual debe tener lugar en el marco de sus funciones empresariales; el delito cometido no es una función empresarial. Se exige que el sujeto activo se desvíe del correcto ejercicio de sus funciones. Además, que se actúe en provecho de la empresa, que se puede manifestar como un beneficio empresarial, pero también como ahorro en un coste, no importa si es directo o inmediato, ni tampoco tiene que ser concreto, puede ser probable (puede suceder que el beneficio no se haya

⁴⁶ Rubio, 2013

obtenido efectivamente) y que haya relación de causalidad entre el hecho y el beneficio.

Delito cometido por un empleado al que no se ha controlado

Para que la empresa sea responsable penalmente por delitos cometidos por sus trabajadores es necesario:

1. Que los sujetos activos han de ser subordinados a la autoridad de los administradores o representantes; que se encuentren bajo su capacidad de dirección.
2. Que el delito haya sido posible debido a un defecto de organización en la empresa; por no haber ejercido sobre el trabajador subordinado el debido control, atendiendo a las circunstancias concretas del caso; cuando haya habido falta de diligencia para adoptar medidas de precaución y de control que debiera haber hecho, al ser necesarias y obligatorias para desarrollar actividades legales la empresa, según las mejores prácticas exigibles en el mercado. La falta de control debe ser equivalente a una imprudencia grave.

Por el contrario, la persona colectiva no responde y la responsabilidad penal recae en las personas que realmente cometieron el delito, en los siguientes casos:

1. Si las personas indicadas han actuado en exclusivo interés propio o de tercero.
2. Si la empresa adoptó antes de la comisión del hecho, modelos de organización y de gestión idóneos para la prevención de los delitos que se hayan verificado.
3. Si el delito se cometió eludiendo fraudulentamente las medidas preventivas.
4. Si no se ha omitido la vigilancia por parte de un organismo a quien se haya otorgado poderes autónomos para garantizar el cumplimiento de las medidas.

Responsabilidad personal del autor

De cualquier forma lo que se busca encontrar a las personas físicas que realmente hayan intervenido personalmente en el hecho delictivo cometido al interior de una estructura burocrática compleja como es la empresa, conforme al principio de culpabilidad por el propio hecho.

De manera que:

La orientación es ir hacia todas las personas que estén en relación directa con los hechos, teniendo en cuenta que la verdadera responsabilidad no está siempre en la base de la organización, esto es, en el operario subordinado, sino que normalmente se encuentra en el vértice; en los que están situados jerárquicamente por encima y que tienen capacidad de decisión; en quienes detentan el control efectivo de la empresa.

En todo caso, lo que hay que hacer es examinar la actividad o las omisiones de cada uno, por lo tanto y en función de este análisis se le podrá imputar o no el hecho delictivo. Eso sí, no basta probar su condición de representante legal o voluntario, hay que acreditar que el imputado ha intervenido causalmente y de manera culpable, sin que sea admisible la presunción de culpabilidad (Tribunal Constitucional de España, 62/1994, en Gómez-Arbóz, 1999).

Como señala Villaroya (2011) hay que matizar que en el caso de que existiese una decisión social colegiada de carácter delictivo, no podrá atribuirse responsabilidad a todos los miembros del órgano, sino que será preciso delimitar la aportación material de cada miembro a la conducta constitutiva del injusto penal, para poder ponderar así el grado de responsabilidad de forma individualizada.

De exigirse responsabilidad a todos los administradores de la sociedad, con independencia de quiénes hayan participado efectivamente en la comisión del delito, se estaría violentando gravemente el principio de personalidad de la pena o sanción.

Es más, en la actualidad se busca combatir la delincuencia económica y empresarial desde arriba, “presumiendo” que el epicentro de la criminalidad de empresa se sitúa en los planos directivos (*crime in the suites*), y no –como se acostumbra en los hechos- imputar hacia los miembros que se encuentran en los escalones más bajos de la organización.

No obstante, no se puede presumir que si en la empresa se ha cometido un delito, luego, el responsable es el administrador. Ello crearía una inaceptable responsabilidad por el cargo, por la simple circunstancia de ser administrador, y no una responsabilidad por el hecho o la conducta, que es la única aceptable.

En definitiva, la condición de administrador –de hecho o de derecho- puede ser un indicio por los amplios poderes de que goza y de las diversas funciones que lleva a cabo en la empresa (función directiva, funciones técnicas, ejercicio de mando, gobierno interno y relaciones con los terceros).

Lo que se pretende es sancionar a quien realmente haya cometido un delito, a quien tenga competencias y dominio funcional para realizar o evitar el resultado lesivo, teniendo especiales deberes de actuación, tomando en cuenta que en muchos casos los comportamientos delictivos en las organizaciones se sitúan en decisiones de *management* de nivel medio, compuesto por múltiples personas.

Es la denominada tesis de la gestión efectiva, en virtud de la cual la responsabilidad penal recae en todos aquellos que de una u otra manera tienen capacidad decisoria. Así, pues –señala Villarroya (2013)- lo importante es que se ejerza efectivamente la administración de la sociedad, incluso aunque formalmente no se esté al frente de la gestión empresarial. Ello implicará, a *sensu contrario*, que no responda del delito quien aparezca formalmente como administrador pero no lleve a cabo ningún comportamiento delictivo.

De lo anterior se sigue que los delitos empresariales rara vez aparecen “como obra de una persona”, sino que suelen ser el conjunto de actuaciones de

distintos sujetos que intervienen en el delito. Por manera que no siempre es el “último” sujeto que interviene quien sea el responsable directo; que no se pueda determinar quién es realmente el autor; o que lo sea el representante legal o el administrador, o que no lo sea.

Tampoco se puede derivar la responsabilidad hacia los llamados “cabezas de turco” que son aquellas personas que asumen formalmente la responsabilidad en las empresas y que se colocan como testaferros en la cúspide empresarial, a pesar de que a priori sería difícil pensar en ellos como presuntos responsables penales.

Se trata generalmente de trabajadores no especialmente cualificados, o de cargos administrativos sin reales competencias formales para realizar operaciones con trascendencia para el funcionamiento de la empresa, o que con posterioridad a los hechos perciben remuneraciones o gratificaciones desproporcionadas con relación a las funciones aparentemente asignadas.

Es posible que la dirección de la empresa tenga responsabilidad penal directa, aunque aparentemente no realice ninguna conducta que parezca delictiva. Se trata no solo de quien está en la cúspide empresarial, sino a cualquiera que en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando o de dirección de la parte de la organización que le está subordinada (mandos intermedios).

Esta situación puede darse en los casos siguientes:

1. Cuando el autor mediato (la persona de atrás) coloca frente al delito a una persona que no puede tener ninguna pena, que no se puede castigar. El caso más frecuente es cuando le imparte una orden al empleado (orden que no sea clara y manifiestamente ilícita) bajo la amenaza de perder el puesto de trabajo (u otro tipo de consecuencia perjudicial) creando en el mismo un miedo que debe ser grave, inminente e insuperable.
2. Cuando la empresa no haya establecido y, o aplicados los controles necesarios para evitar que el comportamiento de los subordinados

(producto de la omisión de los controles) pueda constituirse en la comisión de un delito. La omisión se concreta en la infracción de la norma que obliga a realizar una determinada operación. Y ello, porque el titular de una empresa tiene que asegurar la legalidad de la actuación de la misma, de manera que tiene que impedir que se conculque la ley penal por los sujetos que cooperan con él. Está obligado a evitar resultados lesivos producto de la actividad; a establecer controles y a ejercerlos, acción que no puede delegar.

3. De tal forma que se deben entender como delitos de la empresa aquellos que se ven favorecidos o facilitados por la omisión de adopción de medidas de precaución necesarias para evitar los hechos delictivos individuales; por la inexistencia de medidas de control, organización y vigilancia (Klaus, en Berruezo, 2007).

PENAS

Es preciso diferenciar las penas aplicables a los delitos cometidos por las empresas (si fuese el caso) de las aplicables a los delitos personales en las empresas.

Delitos de la empresa

En el caso que sea admitida, como la responsabilidad penal recae en la empresa (persona jurídica de existencia ideal) no puede hacer penas corporales; la condena se dirige contra la empresa pudiendo consistir en multas por cuotas o proporcional; disolución de la empresa lo que conlleva la pérdida de su personalidad jurídica y, por ende, de su capacidad de obrar; suspensión de las actividades y, o clausura de sus locales y establecimientos por plazos determinados; prohibición de realizar determinadas actividades; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, y de gozar de beneficios tributarios e, incluso, intervención judicial por el tiempo que se considere necesario (Rubio, 2013).

Delitos personales

Es importante definir que las penas se imponen a las personas infractoras y no a las empresas, y que hay que tomar previsiones legales o estatutarias para que, en caso de sanciones pecuniarias las empresas no terminen pagando su monto, en lugar de hacerlo los responsables. Ello es de particular importancia en las empresas solidarias.

Las sanciones pueden consistir en:

1. Multas de cuantía fija o variable.

En este caso, es importante establecer con precisión el criterio para su aplicación, de manera de reducir la discrecionalidad de la Administración o del Juez (en su caso).

2. Sanciones administrativas

Pueden ser: la remoción del infractor del cargo que ejercía en la empresa; la inhabilitación para el ejercicio de la actividad profesional por un lapso determinado como pena accesoria; de inhabilitación para el ejercicio de cargo directivo por un período determinado; de sometimiento a la vigilancia de la autoridad.

3. Penas corporales de privación de la libertad, de prestación de servicios comunitarios o sustitutivos.

Lapso de prescripción

Puede ser el lapso genérico penal para el tipo similar de delito, o establecerse un lapso específico de prescripción, pudiendo –por ejemplo- ser de hasta tres años.

Referencias

Arroyo, J. (2014). Similitudes y diferencias entre la evidencia de auditoría y la prueba en el procedimiento judicial o administrativo. *Revista Nacional de Administración*, Vol. 5 (2). San José, Universidad Estatal a Distancia.

- Baigún, D. y Bergel, S. (1991). *El fraude en la administración societaria*. Buenos Aires. Depalma
- Berruezo, R. (2007). *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa*. Montevideo-Buenos Aires, LB de F.
- Caicedo, M. (2013). *Derecho Cooperativo y Solidario*. Bogotá, Leyer
- Chacón, C. (2000). La responsabilidad legal del directivo. *Máster en Economía Social*. Barcelona. Universidad de Barcelona. Ciriec-España
- Gallego, J. (2006). Criterios de determinación de la responsabilidad penal individual en estructuras empresariales. *Empresa y derecho penal*. Caracas, UCAB
- Gómez-Arbóz, J. (1999). *Responsabilidad civil derivada del delito de administración fraudulenta*. Madrid, Noticias jurídicas
- Henry, H. (2000). *Cuadernos de legislación cooperativa*. Ginebra. OIT
- Mármol, H. Y Romero, A. (1984). *Delitos societarios en la reforma del Código de Comercio*. Barquisimeto. Colegio de Abogados del Estado Lara
- Renucci, J. (1995). *Droit pénal économique*. Paris. Masson
- Rubio, P. (2013). Responsabilidad penal de las empresas de economía social. *Economía Social y Derecho. Problemas Jurídicos Actuales de las Empresas de Economía Social*. Mercatura 48. Granada, Comares
- Rusenas, R. (1991). *Balances falsos o incompletos*. Buenos Aires, Macchi
- Villarroya, M. (2011). La responsabilidad de las cooperativas derivada del incumplimiento de las obligaciones contables. *III Congreso Internacional de Investigación en Economía Social*. Valladolid, Ciriec, 2011
- Villarroya, M. (2013). La delincuencia fiscal y su sanción penal ¿provocan las particularidades de las cooperativas alguna diferencia? *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 24, Valencia, Ciriec-España
- Yancarelli, L. (2013). *La responsabilidad penal de las cooperativas en el marco del delito de lavado de dinero*. Buenos Aires, Diplomatura en Derecho Penal

120. DELITOS CONTRA LAS EMPRESAS SOLIDARIAS

Delitos durante la formación y la liquidación. Administración desleal o fraudulenta. Prevalcimiento de la condición de directivo. Uso indebido de bienes sociales. Delitos contra las cooperativas de ahorro y crédito. Delitos contables. El balance falso. Simulación de empresa solidaria. Delitos complementarios

DELITOS DURANTE LA FORMACIÓN Y LA LIQUIDACIÓN

De acuerdo a las distintas legislaciones, durante la etapa de constitución y de liquidación de la empresa solidaria se pueden cometer algunas de las siguientes conductas irregulares que pueden constituir delitos:

1. El suministro de datos falsos a la autoridad correspondiente para obtener la autorización de efectuar la promoción pública de la empresa, cuando fuere procedente.
2. La promoción pública de la empresa sin tener autorización administrativa cuando ello fuere requerido, por ejemplo, en el caso de las cooperativas aseguradoras.
3. La constitución de empresas con intención dolosa de obtención de recursos para fines distintos a los propiamente empresariales.
4. La constitución ficticia de entidad para desviar aportaciones de los interesados en beneficio de los promotores.
5. La violación de las normas y del orden de la liquidación.
6. El proyecto de Ley de Economía Popular y Solidaria del Ecuador (2010) preveía como estafadores a los directivos o administradores de cooperativas de vivienda responsables de admitir mayor número de socios que el de la capacidad del terreno o el número de viviendas, oficinas o locales comerciales previstos.

Supuestos

Bajo esta denominación se comprenden diversas conductas delictivas de acuerdo con las diferentes legislaciones, como son, entre otras:

1. Fraude en la administración.

Consiste en disponer fraudulentamente de los bienes de la empresa o contraer obligaciones a cargo de ésta, causando directamente un perjuicio económicamente evaluable (de naturaleza material o pecuniaria, moral o profesional) a sus miembros en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo.

Baigún y Bergel (1991) sostienen la necesidad de una valoración pecuniaria en los bienes, de modo tal que la lesión delictiva aparece cuando se produce una disminución o mengua en el derecho de pertenencia.

Señala Gómez-Arbós (1999) que esta disposición ha de entenderse como todo acto que produce la modificación o la extinción de un derecho o la relación jurídica afectando al activo patrimonial; se trata de negocios jurídicos de efectiva enajenación o constitución de gravámenes reales, incluidos los actos de renuncia.

Esta administración se considerará fraudulenta cuando la administración no va orientada hacia el beneficio de la sociedad, sino que se produce en beneficio de los administradores o de terceros. Se excluyen los negocios de riesgo.

2. Abuso de bienes sociales.

Reside en la percepción de remuneraciones excesivas o participaciones en beneficios no amparadas por el estatuto o por el órgano de administración o de cargas importantes. Incluye la utilización de fondos de la empresa para atender gastos personales o el pago de alquileres, por encima de la situación o de las posibilidades financieras de la empresa.

3. Uso no autorizado de bienes sociales.

Consiste en el empleo no autorizado de títulos de la empresa, o la disposición en beneficio propio -o de terceros- de los bienes de la entidad. Igualmente, la apropiación, préstamo, especulación, depósito u otras operaciones no autorizadas con bienes de la empresa y en beneficio propio o de un tercero.

4. La concesión de créditos a sociedades en las que los administradores tienen una importante participación y que carecen de solvencia, o trato de privilegio o preferente con los créditos vencidos y no pagados.

5. Adquisición por la sociedad de bienes a precios revalorizados para beneficiar al vendedor, o el pago por supuestos servicios profesionales que no han sido prestados.

6. Retiro anticipado de excedentes.

La ley de cooperativas de Chile considera como estafa el retiro anticipado de excedentes, superior a las sumas de los devengados en el curso del ejercicio más los saldos no distribuidos en ejercicios anteriores.

7. Uso desviado de poderes.

Uso contrario al interés social y a fines personales o para favorecer a otra entidad en las que estén interesados de cualquier manera (Francia, Estatuto de la cooperación).

8. Quebrantamiento de la fidelidad.

Se define como “perjudicar” –causar un daño a los intereses confiados- , y significa provocar un deterioro patrimonial, potencial o efectivo, en los bienes o intereses pecuniarios manejados, administrados o cuidados por el sujeto activo. Casos: entre otros, abandono, deterioro, destrucción, inutilización o mal uso de los bienes o intereses. Puede producirse mediante la omisión, alcanzando la categoría del delito de comisión por omisión o impropio de omisión. (Baigún y Bergel (1991).

9. Alzamiento de bienes.

Se trata de insolvencias punibles que disminuyen el patrimonio de la entidad o lo hacen desaparecer en perjuicio de los acreedores, tales como: alzar (ocultar, enajenar o sustraer) los bienes de la empresa en perjuicio de los acreedores. Impedir la eficacia de un embargo judicial.

10. Realizar actos de disposición o contraer obligaciones que disminuyan el patrimonio hasta conseguir la insolvencia total o parcial de la entidad (Irákulis, 1999). Puede consistir en la donación o cesión de bienes u otra maniobra en perjuicio del patrimonio social con la intención de defraudar a los acreedores (Tamayo, 1984).

11. Aprobación dolosa de créditos ilegales.

Consistente en la "aprobación" de créditos a los directivos y personal de la institución (y, o sus cónyuges y personas interpuestas, en forma intencional (no equívoca, por accidente o culposa) por parte de la institución (no se requiere que se haga efectivo la entrega o cancelación del crédito (abono en cuenta, etc.).

Se exceptúan los préstamos para vivienda principal según planes establecidos para el personal. Son sujetos activos los directivos o empleados que puedan aprobar créditos y que lo hagan en sabiendas de que ello está prohibido por la ley. Los medios de comisión del delito son el cumplimiento de los trámites y la definitiva aprobación del crédito. Igualmente, la coautoría o instigación en el caso de funcionarios de alto rango que ordenen la aprobación del crédito (Aguilar, 1994).

Sujetos

1. Activo: los administradores naturales de la empresa, esto es, los que nacen de la ley o el estatuto, tanto los originarios como los designados posteriormente.
2. Pasivo: la empresa. Los miembros de la empresa aunque se ven afectados sus intereses económicos a al afectarse el patrimonio social, no tienen

carácter de sujeto pasivo sino de damnificados, pues el titular de los intereses es la empresa (Baigún y Bergel, 1991).

Este delito tiene un carácter exclusivamente doloso, por lo que las acciones de carácter culposo no podrán ser objeto de pena alguna, aunque se produzcan daños. Debe existir una actitud consciente y deliberada por parte del administrador, excluyendo que pueda cumplirse el tipo en el supuesto de una simple falta de diligencia.

PREVALECIMIENTO DE CONDICIÓN DE DIRECTIVO⁴⁷

Denominados también “abuso de poder societario”, dentro de este apartado se contempla un conjunto de conductas efectuadas por quienes teniendo la condición de directivos (de derecho o de hecho) o aprovechándose de su posición mayoritaria en el órgano directivo incurran en conductas como las siguientes:

1. Ocultación de naturaleza

Ocultar la naturaleza mercantil (no cooperativa o lucrativa de la empresa) con la intención de obtener beneficios de tal hecho.

2. Publicación fraudulenta

Publicar datos falsos de la empresa con la intención de obtener un beneficio para sí o para un tercero, o que sea capaz de causar un daño a la empresa. La Ley de Cooperativas de Brasil establece que los directivos son considerados como directores de las compañías para los fines de responsabilidad penal.

Así, los directivos están sujetos a la disciplina del código penal si transmiten información falsa sobre las condiciones financieras de la cooperativa, si actúan en conjunto en la aprobación de las cuentas y parecer, así como la distribución de beneficios o dividendos ficticios.

⁴⁷ Olavarría, 1992

3. **Descrédito público de la empresa**
Consistente en publicar datos falsos relativos a la situación de la empresa con el ánimo de causar un perjuicio a la sociedad, a sus miembros o a terceros.
4. **Pánico financiero**
Cometido por los directivos, assembleístas, asociados, trabajadores de las cooperativas y centrales de servicios financieros, que en ejercicio de su cargo o no, y cualquier persona que produzca alarma entre los asociados y la comunidad, mediante la propagación de noticias falsas, ocasionando o no, retiros masivos de depósitos de la cooperativa, de la mutual o de la caja o fondo.
5. **Adopción de acuerdo lesivo**
Cuando maliciosamente el o los directivos logren un acuerdo contrario al interés u objetivo social que cause un perjuicio grave a la empresa.
6. **La adopción del acuerdo hecha con una mayoría ficticia**
Obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución o restricción indebida del derecho de voto a quienes legalmente carecieren del mismo, que sea capaz de comportar un perjuicio para la entidad o que con ello se obtenga alguna ventaja.
7. **Restricción del ejercicio de derechos o deberes sociales**
Se produce cuando los directivos, de hecho o de derecho, maliciosa y reiteradamente, nieguen o impidan el ejercicio de los derechos de información o de participación y control de los miembros.
8. **Abuso de información privilegiada**
Prevalecerse de la información de que disponen como directivos para obtener beneficios indebidos y en perjuicio de la empresa.
9. **Conversión interesada**
Incentivación por parte de los directivos para la conversión interesada de forma jurídica (Salazar, 1992).

10. Impedimento de ejercicio de derechos de participación y control

Incurren en esto los administradores de hecho o de derecho de cualquier entidad constituida o en formación que sin causa legal negaren o impidieren a un asociado el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social (Sánchez, en Pastor, 2002).

DELITOS CONTRA LAS EMPRESAS DE AHORRO Y CRÉDITO

De acuerdo a la ley de cooperativas de ahorro y crédito de Puerto Rico de 1990, incurrirá en delito grave y convicta que fuere será castigado con una pena de reclusión por un término fijo de seis años, todo miembro de la Junta de Directores de los Comités de Crédito y de Supervisión y todo funcionario, empleado o agente de una cooperativa o de la Federación que:

1. Sustraiga o haga indebida aplicación de dinero, fondos o créditos de una cooperativa o de valores existentes en la misma.

En el Ecuador se consideraba como defraudación al Fisco la disposición arbitraria de los recursos confiados por los cooperativistas a sus administradores y directivos, lo que fue reformado para someterla a la ambigüedad de la responsabilidad civil y penal, con lo cual se abría las puertas para el cometimiento de ilícitos y, en el caso particular del Sector de Ahorro y Crédito, se discriminaba a las Cooperativas bajo control de la Dirección Nacional de Cooperativas, frente a las controladas por la Superintendencia de Bancos y frente a los mismos Bancos (Naranjo, 2002).

2. Sin estar debidamente autorizada a emitir o expedir algún certificado de depósito, libre alguna orden o letra de cambio, traspase algún pagaré, bono, giro, letra de cambio, haga alguna aceptación o haga algún asiento falso en cualquier libro, informe, estado de situación de la cooperativa, con la intención de defraudar a cualquier otra persona natural o jurídica o a cualquier otra entidad cooperativa, o con la intención de engañar al Inspector, a la Corporación, a cualquier entidad que asegure sus depósitos

- o a cualquier otro funcionario ejecutivo o persona nombrada para auditar, examinar o investigar los asuntos de la cooperativa de ahorro y crédito.
3. Reciba cualquier honorario, comisión, regalo o cosa de valor de cualquier firma o corporación por conseguir o tratar de conseguir cualquier préstamo o la compra o descuento de cualquier documento, pagaré, giro, cheque o letra de cambio de cualquier cooperativa.
 4. Reciba cualquier beneficio por la prestación de cualquier servicio que de ordinario prestaría la cooperativa a la persona si cumple con los requisitos estipulados por ésta.

Asimismo, incurrirá en delito grave y convicto que fuere será sancionado con la penalidad antes fijada, toda persona que:

1. Con la intención de defraudar o de engañar, ayude o permita que cualquier miembro de la Junta o de los Comités de Crédito y de Supervisión, funcionario ejecutivo de una cooperativa o de la Federación incurra en cualquiera de los actos descritos anteriormente.
2. Brinde información falsa en cualquier solicitud o documento mediante el cual se creare, transfiriera, terminare o afectare cualquier derecho, obligación o interés, o sea, dar información falsa en solicitudes de crédito, pagarés o cualquier otro documento con la intención de defraudar a la cooperativa.

DELITOS CONTABLES

En relación con las obligaciones contables de las empresas solidarias se configuran una serie de delitos, entre los que se pueden mencionar:

El incumplimiento de obligaciones contables⁴⁸

El que estando obligado por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales:

1. Incumpla absolutamente dicha obligación
2. No llevar los sistemas contables obligatorios durante un plazo determinado.
3. Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.
4. No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.
5. Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contable ficticias.
6. En Italia se configura el delito por que los sistemas contables fueren llevados de tal manera que a causa de irregularidades graves numerosas y repetidas veces resulten incomprensibles en su complejidad.

Otras infracciones

Woccu (2011) considera como infracción penal el haber cometido intencionalmente contra la cooperativa de ahorro y crédito cualquiera de los siguientes actos:

1. Falsificar cualesquier libros de cuentas, informes, estados de cuenta, registros u otro documento de la cooperativa de ahorro y crédito con la intención de engañar.
2. Firmar, emitir, publicar o transmitir a un funcionario del estado, cualquier libro de cuentas, informes, estado de cuentas, registro u otro documento, a sabiendas de que es falso.
3. Obtener a sabiendas una firma falsificada en un documento con la intención de engañar:

⁴⁸ Buonomo, 1993.

4. Destruir libros de cuentas, informes, estados de cuentas, registros u otros documentos con la intención de engañar.

EL BALANCE FALSO⁴⁹

Concepto

Llamado también balance incompleto, fraude en la elaboración de balances o estados contables, da falsedades en la información social o informes falsos o incompletos. Este delito se consuma mediante una figura denominada “falsedad documental”, con un evidente daño a la fe pública que el balance debe brindar que afecta, además, al fisco, a los asociados, a los acreedores o terceros interesados y a la actividad económica en general.

El delito consiste en falsear las Cuentas Anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de una sociedad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero.

El balance falso es aquel que conscientemente no se ajusta a la realidad del tráfico de una empresa, ya sea por exagerar los créditos, por supervalorar los bienes, por ocultar o adulterar cualquier otra partida (Bonati, 2011).

Los documentos susceptibles de ser alterados y modificados son aquellos destinados a mostrar la imagen fiel y veraz de la actividad económica y patrimonio de la sociedad. Se hace mención expresa a las cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria), pero cabe cualquier documento que por Ley tenga atribuida esa función: libros de contabilidad, informe de gestión, el programa de fundación o los proyectos de fusión

Configura la llamada “falsedad documental o ideológica”, ya que en él los estados contables son verdaderos en cuanto a sus formas externas (es extrínsecamente verdadero) y falsos en cuanto al contenido material que expresan o representan;

⁴⁹ Ruseñas, 1991

siendo auténtica la forma del documento, es falso su contenido, es decir, que en este “hay algo o todo falso”, falsedad que debe recaer sobre el objeto principal que el documento está destinado a mostrar o probar.

Para que se consuma el delito deben cumplirse los siguientes extremos:

Dolo

Es necesario que el responsable del delito tenga pleno conocimiento de la falsedad o incompletud de los estados contables o de los informes. Se trata de un delito esencialmente doloso (que es un elemento evidente y necesario) y no culposo. El dolo debe ser directo y no meramente eventual. No hay improvisación sino una premeditada acción, una estudiada connivencia de especialistas que preparan con cuidado el hecho delictivo. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Buenos Aires, 25/4/1972 en Rusenas (1991).

En cualquier caso, se trata de conductas destinadas a alterar o distorsionar, de manera decisiva y no accidental, la Imagen Fiel de la empresa. El falseamiento exige un ánimo defraudatorio, de engaño, en la confección de la contabilidad y por ello sólo cabe hablar de falsedad cuando los datos presentados no puedan ser fruto de ninguno de los métodos contables normalmente admitidos (Bonati, 2011).

No es delictiva la deficiencia, el error o la confusión en las diversas partidas. No concurre el delito cuando el conjunto de los documentos aportados permite reflejar la situación jurídica o económica con fidelidad, incluso, a pesar de la presencia de datos aislados falsos.

De manera que se excluyen conductas imprudentes o negligentes, por ejemplo, si hay inadecuada contabilización en el balance, originada en una errónea apreciación de orden técnico, sin alteración alguna de su resultado, ya que el dolo y la consiguiente maniobra engañosa no han existido, al no producirse el falseamiento deliberado de los rubros del balance y su difusión con tales vicios. Lo

mismo, si las variaciones que presenta el balance se encuentran dentro de los márgenes de “razonabilidad” toleradas por la doctrina contable.

Se hace necesaria una auditoría, un estudio de pericia contable que verifique el apartamiento de la realidad económica.

Publicidad

Como el balance falso atenta contra la confianza del público en general (que es el bien jurídico protegido) es preciso que se haga público (su efectiva introducción en el tráfico jurídico) de forma tal que el delito se comete con la mera acción de autorizarlo o publicarlo, de presentarlo para su tratamiento por el órgano directivo o por su elevación a la asamblea, a la Autoridad Fiscal o a la Autoridad de aplicación, debiéndose demostrar simplemente la intención de engañar por parte del autor.

La consumación del delito tiene lugar al tomar publicidad oficial mediante su sometimiento a la consideración y aprobación de la asamblea.

Es preciso que el balance sea requerido por la ley, por lo que el balance confeccionado por propia iniciativa o para el uso personal de un determinado individuo no configura el delito por su falta de aptitud para lesionar la fe pública.

Idoneidad para perjudicar

Para su consumación no es necesaria la existencia de un perjuicio real o potencial para perfeccionarse. Sin embargo, es preciso que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio económico el que puede entenderse como disminución del patrimonio pero también como frustración de las legítimas expectativas de ganancias.

Por otra parte, la ratificación por la asamblea del balance falso o la conformidad del síndico no excluyen el delito, ya que está previsto en miras a la fe pública y ampara a los terceros.

Sujetos activos

1. Integrantes del órgano directivo

Los autores del delito son los administradores (de hecho o de derecho) de la sociedad constituida o en formación. El delito sólo puede ser cometido por quien tenga la calidad actual de fundador, directivo, administrador, liquidador o síndico en la oportunidad de la suscripción o publicación del balance o informe. Por esto, no cometería el delito quien suscribiera un balance después de haber dejado de ser directivo, administrador o síndico.

2. Integrantes del órgano de control interno

En cuanto a los miembros del órgano interno de control, lo lógico es que sean también responsables por el balance falso, por el incumplimiento de sus deberes de fiscalización de las actividades del órgano ejecutivo y, sobre todo, por su conformidad (en caso de no objeción) con los estados financieros falsos presentados por los administradores.

Incluso, se ha considerado que aun no habiendo firmado los balances titulados de falsos, el síndico de la sociedad cooperativa puede estar incurso en el delito en función de sus deberes de contralor.

Sin embargo, en la mayoría de las legislaciones penales no se les menciona en la enumeración de los responsables, y ya se sabe que tal enumeración no puede ser ampliada por analogía.

3. El auditor externo

La comisión del delito puede ser extendido al auditor externo si este se adhiere plenamente al balance falso presentado sin que haya dejado a salvo aspectos concretos de este mediante una aclaración previa a la opinión que emite. De forma tal que en la certificación del auditor hay falsedad por cuanto una “certificación” supone una aseveración de verdad o una afirmación de la concordancia de un hecho o suceso económico que se expresa mediante la emisión de un documento o informe, con la firma de un profesional.

En tal sentido, son importantes las atestaciones o aclaraciones puestas en el dictamen o informe del Auditor, ya que no puede haber delito de balance

falso o incompleto en datos que hayan sido dejados a salvo mediante una aclaración previa a la opinión que emita.

Por tanto, sería sujeto el auditor externo que suscribe, certifique adultere, falsifique o suministre un dictamen que no refleje la verdadera solvencia, liquidez económica de la empresa que haya auditado.

Sin embargo, si las personas que desean realizar un engaño mediante un alejamiento de la realidad buscan la colaboración de un auditor para que emita un informe favorable sobre los estados contables que son falsos, el agente directo del delito son los informantes y el auditor puede ser considerado un cómplice, ya que si se expide con un dictamen favorable sobre algo que no lo es comete una falsedad en la opinión que emite mediante un dictamen profesional.

Contenido

La figura del balance falso comprende:

1. La inexactitud del balance

Puede consistir en incorporar un dato falso, la justificación cuantitativa de las cuentas, de las amortizaciones o provisiones, en el quebrantamiento de principios y de las reglas para la elaboración del balance y en el cambio de determinados valores de una a otra cuenta; que las cifras que contiene el balance no representen los valores auténticos y reales de los bienes que integran el patrimonio y el resultado de las operaciones la sociedad.

2. El falseamiento de cuentas o de documentos

Consiste en la elaboración, suscripción, autorización, certificación o publicación dolosa de balances o de estados financieros inexactos; que en cualquiera de los documentos que componen las cuentas se refleje una información que no se corresponda con la realidad (Torres, 1987). Cuando se incurre en tergiversaciones de las partidas contables que representan transacciones u operaciones realizadas por la sociedad.

3. El balance incompleto o falso con activos o pasivos abultados o disminuidos declarando utilidades no obtenidas (ídem).

Comprende el ocultamiento de pasivos y la reserva oculta que es la forma más burda de reducir la utilidad o el patrimonio.

La reserva oculta es aquella que no se ve ni se registra; aquellas reservas no expresadas en el balance, y pueden ser que provengan de la subvaloración de partidas del activo y corresponden a la diferencia entre el valor real de los bienes y el dado en el balance. En tal caso se habla mejor de reservas potenciales.

Otras veces la reserva está constituida mediante una sobre valoración de partidas del pasivo, en particular de las deudas de la sociedad (reserva interna). Incluso, la reserva crece ocultando partidas del activo y, por tanto, ocultando correspondientemente las pérdidas, o también, creando cuentas ficticias del pasivo a las que se hace afluir una parte de las utilidades del ejercicio (hay falsificación) (Scordino, 1970).

No obstante esto, afirma Torres (1987) que el tema es debatible porque muchas veces una reserva oculta puede provenir de la actitud prudente que pretende evitar una sobrevaluación excesiva. Aquí el problema se reduce a la “razonabilidad” de la valoración y al interés y beneficio que pueda observarse de parte de quien estructura u ordene estructurar el balance.

4. El ocultamiento de información debida.

El balance falso es aquel que contiene datos y cifras que no concuerdan con la realidad o en el que se omiten datos o hechos importantes que deben ser conocidos por los socios para ser analizados.

5. Falsedad contable en los procedimientos concursales.

Consiste en la presentación de datos falsos en el procedimiento concursal que sean relevantes para la declaración del concurso, particularmente, La manipulación de la contabilidad que haga imposible conocer la situación patrimonial, financiera y los resultados obtenidos en una empresa, particularmente la situación de insolvencia (Villarroya, 2011).

Simulación

Esta figura delictiva consiste en el intento de enmascarar el ejercicio de una actividad individual, o aun, el intento práctico de disfrutar de ventajas y beneficios a los que los efectivos interesados o el efectivo titular de la empresa no tendrían derecho.

308

El delito de simulación de empresa solidaria puede consistir en:

1. Simular constituirse en cooperativas con el fin de gozar de ventajas y de franquicias acordadas a las cooperativas por el Estado o terceras personas; el ejercicio o goce indebido de derechos, beneficios y preferencias o la obtención indebida de financiamiento (Bassi, 1988).
2. Comprende, también, el uso indebido de la denominación reservada para la explotación, o el engaño de ciudadanos.

La ley de cooperativas de Honduras comprende en ello el uso de emblemas, distintivos, membretes o vocablos de cooperativa, cuando tal uso puede inducir o suponer que los usuarios de los mismos están constituidos conforme a la ley, sin estarlo.

La ley de República Dominicana considera reos del delito de abuso de confianza y castigados como tales con las penas establecidas en el Código Penal las personas que simulen constituirse en sociedades cooperativas con ánimo de aprovechar para sí las ventajas y franquicias concedidas para aquellos por el Estado o por terceras personas.

3. **Ánimo de lucro**

Cuando el ánimo de lucro viene perseguido solo por algunos asociados o por personas que no forman parte de la entidad, a través del uso aparentemente correcto de la disciplina mutualista. Se da, entre otros, en los siguientes casos:

- Por reducción del número mínimo de asociados, que puede darse por simulación de cooperativa: cuando esta tiene al momento de su

constitución, sólo la apariencia de tal. El registro referente al número mínimo de asociados no se cumple con asociados reales, sino que se recurre al servicio de "prestanombres". Si pese a la existencia de asociados aparentes, el mínimo fuese abierto con asociados reales, la constitución del ente sería eficaz.

- Por apariencia de miembro. Se produce cuando el ente nace realmente pero luego, durante su vida, desaparece el número mínimo de asociados, manteniéndose este sólo en apariencia, mediante el uso de "prestanombres".

4. La infracapitalización

Cuando hay una evidente desproporción entre la cifra del capital social y las actividades que integran el objeto social o por préstamos indebidos. Se considera que si el juez aprecia la infracapitalización material en casos muy evidentes debe reconocer un "supuesto indicado" de levantamiento del velo de la personalidad jurídica, con la declaración de la responsabilidad personal de los miembros (Boquera, 1999).

DELITOS COMPLEMENTARIOS

*Delitos bancarios*⁵⁰

En las empresas solidarias que desarrollan su actividad en el área financiera se pueden cometer delitos relacionados específicamente con dicha actividad, los que generalmente están contemplados en la legislación de la especialidad (bancaria).

Los más importantes son los siguientes:

1. Intermediación financiera ilícita.

Consistente en la captación habitual de recursos del público y la realización de actividades financieras activas y pasivas sin estar autorizado conforme a la ley.

⁵⁰ Quintero, 2010

2. Apropiación dolosa de sumas ilegales, o la distracción de los recursos de una institución financiera.
3. El forjamiento o la emisión de documentos o de datos falsos para ocultar o cometer fraudes o desfalcos.

Comprende:

- La presentación de documentos o de datos falsos.
 - La certificación falsa de la existencia de inmuebles y de sus avalúos que garanticen títulos hipotecarios.
 - La oferta engañosa de instrumentos de captación.
 - El falso testimonio ante la autoridad bancaria o de la Autoridad de aplicación.
 - La capitalización simulada en instituciones financieras.
4. Algunos consideran que, además de estos delitos, debiera ser considerado como delito la concentración en valores públicos de la cartera crediticia, así como la colocación de recursos ociosos en los bancos para la percepción de comisiones ilícitas, y, o a tasas más bajas que las del mercado.

*Delito de legitimación o transferencia de capitales*⁵¹

Concepto

El delito de lavado de dinero puede conceptualizarse como la actividad por medio de la cual, el agente del ilícito, quien cuenta con bienes originados en un delito precedente (como por ejemplo tráfico de drogas, trata de personas, tráfico de órganos, tráfico de armas, etc.), vale decir entonces, bienes de origen ilícito del que puede haber o no tenido algún tipo de participación en su obtención, y con la finalidad de introducirlos al movimiento económico diario y al sistema legal, le da la apariencia de haber sido obtenidos lícitamente, mediante la realización de las más variadas maniobras que encubran el verdadero génesis del producto con el objetivo de no ser descubierto por las autoridades.

⁵¹ Yancarelli, 2013

El lavado de dinero es el proceso mediante el cual se cambia el dinero producido por un negocio ilegal para que aparente provenir de un negocio legal. Para que se materialice el delito se requiere que el dinero sea efectivamente transferido, especialmente, aunque no exclusivamente, mediante instituciones bancarias y financieras (Caribas, 1998).

Modalidades en la empresa solidaria

1. “Facturar servicios a determinado o determinados asociados (individuales o empresa) los que son abonados a la cooperativa con dineros mal habidos, para que luego, el sujeto ideal, contrate los servicios de los mismos individuos y/o de las mismas empresas, de modo tal, que los dineros originariamente obtenidos ilícitamente, retornen al patrimonio del cual salieron, pero ahora con la apariencia de haber sido obtenidos lícitamente.
2. En cualquiera de los actos con relevancia típica, como los antes señalados, pueden ser inflados los montos de los servicios prestados, facilitando mucho más la faena emprendida, pudiéndose incluso, de un modo extremadamente apócrifo, asentar servicios jamás prestados o realizados, ya sea hacia o por empresas fantasmas.
3. Otra alternativa plausible, aunque un poco más engorrosa, pero de todas maneras plausible, es utilizar a los asociados como testaferros (prestanombres), repartiéndoles dinero de génesis delictiva, con el designio de ser utilizado para la constitución de una cooperativa, para satisfacer las necesidades de los “asociados”. Ese dinero, puede retornar luego al mandante, si se las ingenia (eso es seguro), para la construcción material de la nueva entidad ideal. Ese dinero ahora es lícito.

Responsables

Pueden ser responsabilizadas las personas jurídicas cuando sean empleadas como medio para la consecución de conductas enmarcadas en la figura delictiva

del lavado de activos, sumándose así a otras hipótesis legales en que ya podían ser sancionadas las personas ideales.

Delitos laborales

1. Delito laboral propiamente dicho,

Consistente en la muerte o la incapacidad de un trabajador por faltas de seguridad industrial.

Se sanciona al empleador con penas corporales, sanciones pecuniarias y de cierre de la empresa, cuando a sabiendas de que los trabajadores corren peligro en el desempeño de sus labores, por incumplimiento de su parte de las disposiciones consagradas en la ley de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo, se ocasionare la muerte y, o incapacidad de un trabajador. Cuando el empleador sea una persona jurídica, el enjuiciado será la persona natural que resulte responsable y que haya actuado como representante legal, administrador, apoderado, mandante o gerente del empleador (Caribas, 1998).

El Código Penal italiano prevé la detención de un mes a un año y multa, además de lo que corresponda por la violencia, el frustrar, mediante fraude o violencia, derechos asegurados por la legislación del trabajo.

En la legislación argentina cometen el delito contra los derechos de los trabajadores quienes mediante engaño o abuso de una situación de necesidad, imponen a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que les son reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. También constituirá delito mantener tales condiciones en los supuestos de transmisiones de empresas.

2. Defraudación de la seguridad social

Acción realizada con ánimo fraudulento, por acción u omisión, para eludir el pago de las cuotas y recaudaciones; obtener indebidamente devoluciones o disfrutar de deducciones en forma indebida.

3. Tráfico ilegal de mano de obra⁵²:

Consistente en la colocación el trabajador al margen de los mecanismos legales o ceder un trabajador para que trabaje en otra empresa que no lo haya contratado; la promoción de la inmigración clandestina; producir graves discriminaciones en el empleo; impedir o limitar la libertad sindical o el derecho de huelga mediante engaño o abuso de situación de necesidad.

*Delito contable-tributario*⁵³

Es el delito cometido por quien estando obligado por Ley Tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales:

1. Incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.

Existe incumplimiento absoluto si hay ausencia total de libros o éstos están en blanco, pero no cuando existe una contabilidad interna o privada que permita conocer la verdadera situación económica del sujeto pasivo y por tanto la base imponible correspondiente

2. Doble contabilidad:

Llevar contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.

3. No hubiere anotado en los libros negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas o las hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.

En sentido estricto, además de los asientos contables propiamente dichos, deben falsearse también las facturas y demás justificantes contables, presentar movimientos de caja falsos, etc., provocando conductas claramente peligrosas para la gestión de los tributos.

⁵² Chacón, 2000

⁵³ Villaroya, 2011

4. Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

Es de observar que si con el falseamiento de la contabilidad, la presentación de doble contabilidad,..., no se vulnera ninguna ley tributaria aun cuando se lesionen intereses particulares, no se comete este delito. Para su perfeccionamiento se requiere no sólo un resultado de perjuicio económico para la Administración Tributaria, sino que además deberá obtenerse mediante una actitud defraudadora y desleal por parte del sujeto activo (Villarroya, 2011).

*La defraudación tributaria*⁵⁴

Consiste en la acción de defraudar, entendida como una acción capaz de causar un perjuicio patrimonial mediante engaño, que constituye el elemento imprescindible de este delito.

La defraudación implica:

1. La actitud defraudadora mediante actos u omisiones tendentes a eludir la cuantificación de los elementos que configuran la deuda tributaria y, por tanto, su pago; la ocultación de bases o datos esenciales que sea idónea para dificultar la liquidación del tributo.
2. No enterar tributos retenidos o percibidos dentro del lapso legal. En los casos de responsabilidad de las personas jurídicas por delitos tributarios, corresponde la sanción corporal a los directores, gerentes, administradores o representantes que hayan personalmente participado en la ejecución del hecho punible.

⁵⁴ Villarroya, 2013

Otros delitos

1. Delito de fraude de subvenciones de entidades estatales.

Se sanciona el falseamiento de las condiciones requeridas para su concesión u ocultación de las que la hubiesen impedido.

2. Delito de uso desviado de subvenciones estatales.
3. Delito de falso testimonio ante la autoridad de aplicación.

Lo constituye la presentación de un "falso testimonio", afirmando lo falso o negando lo cierto o callando, el total o lo que sepa en relación a los hechos objeto del procedimiento del cual se trate (Aguilar, 1994).

Referencias

- Aguilar, R. (1994). *El régimen de delitos bancarios en Venezuela*. Valencia. Vadell
- Baigún, D. y Bergel. S. (1991). *El fraude en la administración societaria*. Buenos Aires. Depalma
- Bassi, A. (1988). Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici. *Il Codice civile. Comentario: art. 2511-2548*. Milano. Giuffrè
- Bonati. F. (2011). *Delito de falsedad contable*
- Boquera, J. (1999). La Responsabilidad de los Fundadores de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. *Revista de Derecho Mercantil, N. 233*. Madrid,
- Buonomo, A. y Mezzetti, C. (1993). Obblighi contabili delle società cooperative. *Rivista della cooperazione*. Istituto italiano di studi cooperative "Luigi Luzzatti". Roma
- Caribas, A. (1998). Delitos societarios contemporáneos. *Visión contemporánea del Derecho Mercantil venezolano*. Vadell hermanos. Valencia
- Chacón, C. (2000). La responsabilidad legal del directivo. *Máster en Economía Social*. Barcelona. Universidad de Barcelona
- 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

- Gómez-Arbós, J. (1999). *Responsabilidad civil derivada del delito de administración fraudulenta*. Madrid, Noticias jurídicas
- Naranjo, C. (2002). La naturaleza jurídica de la cooperativa y el acto cooperativo. *Apuntes de Derecho Cooperativo*. Quito
- Olavarría, J. (1992). Los delitos societarios en el anteproyecto de Código Penal. Especial referencia al falseamiento de cuentas anuales. *Legislación y Jurisprudencia* 3. Ciriec
- Pastor, C. (2002). Consejo Rector (administrador) y dirección. *Revista de Estudios Cooperativos*, 77. Madrid, Aecoop
- Quintero, J. (2010). *Los delitos en el ámbito financiero*. Caracas-Venezuela. UCAB
- Rusenar, R. (1991). *Balances falsos o incompletos*. Buenos Aires, Macchi
- Salazar, J. (1992). Sobre el Código Cooperativo e da necessidade da sua revisão. *Anuario de Estudios Cooperativos 1991*. Bilbao. Universidad de Deusto.
- Scordino, F. (1970). *La Societa Cooperativa*. Nápoles. Jovene
- Tamayo, J. (1984). *Los delitos societarios en el Derecho Comparado*. Barquisimeto, Colegio de Abogados del Estado Lara
- Torres, C. (1987). *El balance falso en las cooperativas*. Lima. Asesorandina
- Villarroya, M. (2011). La responsabilidad de las cooperativas derivada del incumplimiento de las obligaciones contables. *III Congreso Internacional de Investigación en Economía Social*. Valladolid, Ciriec, 2011
- Villarroya, M. (2013). La delincuencia fiscal y su sanción penal ¿provocan las particularidades de las cooperativas alguna diferencia? *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 24, Valencia, Ciriec-España
- Yancarelli, L. (2013). *La responsabilidad penal de las cooperativas en el marco del delito de lavado de dinero*. Buenos Aires, Diplomatura en Derecho Penal