



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

1

DERECHO COOPERATIVO Y DE LA ECONOMIA SOCIAL Y SOLIDARIA

MODULO 2 LA EMPRESA SOLIDARIA

ALBERTO GARCÍA MÜLLER

MÉRIDA, 2016

UNIDAD III. LA EMPRESA SOLIDARIA

9. FORMAS JURÍDICAS
10. LA EMPRESA SOLIDARIA
11. EMPRESAS SIMPLIFICADAS
12. PERSONERIA JURIDICA
13. LOCALIZACION DE LA EMPRESA
14. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

UNIDAD IV. ESTRUCTURA ORGANICA

15. LA ASAMBLEA
16. FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD
17. ORGANO DIRECTIVO
18. OTROS ORGANOS DE DIRECCION
19. ORGANOS DE CONTROL INTERNO

| | |
|---|-----------|
| UNIDAD III. LA EMPRESA SOLIDARIA | 6 |
| 9. FORMAS JURIDICAS | 6 |
| LAS PERSONAS COLECTIVAS..... | 6 |
| FORMAS JURIDICAS DE LAS EMPRESAS SOLIDARIAS..... | 9 |
| ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LAS ASOCIACIONES Y LAS FUNDACIONES . | 12 |
| LA COOPERATIVA MIXTA | 23 |
| COOPERATIVAS DE GRUPOS PARTICULARES | 27 |
| LAS EMPRESAS SOCIALES..... | 28 |
| NUEVOS ESQUEMAS EMPRESARIALES HÍBRIDOS..... | 32 |
| 10. LA EMPRESA SOLIDARIA..... | 42 |
| CONCEPTO DE EMPRESA SOLIDARIA | 42 |
| NATURALEZA..... | 43 |
| LA CAUSA: EL PROBLEMA DEL NO ÁNIMO DE LUCRO | 47 |
| EL OBJETO SOCIAL..... | 50 |
| DURACIÓN..... | 56 |
| CAPITAL | 57 |
| UBICACIÓN JURÍDICA | 59 |
| ¿QUÉ IDENTIFICA UNA ENTIDAD DE ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA? (ESS) | |
| | 62 |
| CLASES DE EMPRESAS SOLIDARIAS..... | 67 |
| 11. EMPRESAS SIMPLIFICADAS..... | 78 |
| CONCEPTO..... | 78 |
| LEGISLACIÓN ESPECÍFICA..... | 81 |
| ALGUNAS EXPRESIONES..... | 83 |
| LA MICROEMPRESA SOLIDARIA EN AMÉRICA LATINA..... | 83 |
| COOPERATIVAS DE TRABAJO EN EL PLAN ARGENTINA TRABAJA (“2009)..... | 85 |
| LAS MICROCOOPERATIVAS EN EUROPA | 87 |
| LINEAMIENTOS DE LEY ESPECIAL DE ORGANIZACIONES SOLIDARIAS EN | |
| TERRITORIOS DE ALTA VULNERABILIDAD CÍVICA EN COLOMBIA (2016)..... | 88 |

| | |
|---|------------|
| 12. PERSONERIA JURÍDICA..... | 100 |
| NATURALEZA..... | 100 |
| OTORGAMIENTO DE LA PERSONERÍA | 105 |
| RESPONSABILIDAD..... | 107 |
| DENOMINACIÓN..... | 110 |
| CERTIFICACIÓN NEGATIVA DE DENOMINACIÓN | 113 |
| PATRIMONIO | 115 |
| CAPACIDAD | 117 |
| REPRESENTACIÓN LEGAL | 118 |
| EJERCICIO DE LA REPRESENTACIÓN..... | 120 |
| OPONIBILIDAD DE IRREGULARIDADES FRENTE A TERCEROS..... | 123 |
| 12. LOCALIZACION DE LA EMPRESA | 127 |
| DOMICILIO..... | 127 |
| SUCURSALES, AGENCIAS (FILIALES, SECCIONALES) | 129 |
| NACIONALIDAD..... | 132 |
| LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA..... | 135 |
| LA COOPERATIVA DEL MERCOSUR | 138 |
| 14. DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS EN LA EMPRESA SOLIDARIA | 143 |
| | |
| LA COMPLEJIDAD DE LA EMPRESA SOLIDARIA..... | 143 |
| LOS ÓRGANOS DE LA EMPRESA SOLIDARIA..... | 146 |
| MODELO SOCIETARIO ORGÁNICO | 150 |
| LA COMPETENCIA..... | 151 |
| LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS | 153 |
| CONFLICTOS DE COMPETENCIA | 158 |
| Unidad iv. Estructura organizativa | 162 |
| 14. LA ASAMBLEA..... | 162 |
| CONCEPTO..... | 162 |
| CLASES DE SESIONES | 164 |
| REUNIÓN EN PRIMERO Y SEGUNDO GRADO | 167 |
| LOS DELEGADOS..... | 170 |
| LA ASAMBLEA VIRTUAL..... | 173 |
| COMPETENCIA DE LA ASAMBLEA..... | 177 |
| LOS ACUERDOS..... | 184 |

| | |
|---|------------|
| 15. FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD SOCIAL..... | 188 |
| EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD | 188 |
| CONVOCATORIA | 189 |
| REUNIÓN (SESIÓN) | 195 |
| QUÓRUM | 196 |
| DEBATE | 200 |
| VOTACIÓN | 203 |
| VOTO PLURAL | 204 |
| MAYORÍAS | 211 |
| REPRESENTACIÓN | 214 |
| ACTA | 217 |
| 17. ORGANO DIRECTIVO (DE ADMINISTRACIÓN)..... | 221 |
| SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN | 221 |
| ÓRGANO DIRECTIVO..... | 222 |
| NÚMERO DE MIEMBROS..... | 228 |
| ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL PRESIDENTE | 229 |
| COMPETENCIA DEL ÓRGANO DIRECTIVO | 231 |
| LOS DIRECTIVOS INDEPENDIENTES..... | 235 |
| 18. OTROS ORGANOS DIRECTIVOS | 240 |
| DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DIRECTIVO | 240 |
| COMITÉ O COMISIÓN EJECUTIVA (MESA DIRECTIVA) | 243 |
| LA COMISIÓN DE MIEMBROS..... | 245 |
| ÓRGANO EDUCATIVO Y DE PROMOCIÓN | 245 |
| ÓRGANO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE..... | 246 |
| LAS SECCIONES | 249 |
| SECCIONES AUTÓNOMAS | 251 |
| COMITÉS | 256 |
| 19. ORGANOS DE CONTROL INTERNO..... | 261 |
| ASPECTOS GENERALES..... | 261 |
| OBJETIVOS..... | 262 |
| NECESIDAD | 264 |
| INTEGRANTES | 267 |
| ATRIBUCIONES..... | 269 |
| EL REVISOR FISCAL | 276 |

UNIDAD III. LA EMPRESA SOLIDARIA

9. FORMAS JURÍDICAS
10. LA EMPRESA SOLIDARIA
11. EMPRESAS SIMPLIFICADAS
12. PERSONERIA JURIDICA
13. LOCALIZACION DE LA EMPRESA
14. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

9. FORMAS JURIDICAS

Las personas colectivas. Formas jurídicas. Estudio comparativo entre las Asociaciones y las Fundaciones. La cooperativa mixta. Cooperativas de grupos particulares. Empresas sociales. Nuevos esquemas empresariales híbridos.

LAS PERSONAS COLECTIVAS

De acuerdo al fin principal que persiguen, se pueden distinguir tres tipos de personas colectivas¹: personas con fines de lucro, personas con fines no lucrativos y personas con fines de mutualidad

Personas con fines de lucro

Se trata de entidades que se dedican a la realización de una actividad de empresa con el fin de generar ganancias para después distribuirlas entre los accionistas/propietarios de la entidad jurídica. Por lo tanto, las entidades con ánimo de lucro tienen un objetivo que, en términos jurídicos, tiene al mismo tiempo naturaleza “económica” e “interna”, puesto que ellas están orientadas hacia el incremento o la maximización de las riquezas de sus socios.

En éstas, la actividad económica no es más que un instrumento para la consecución de los objetivos finales de la entidad (remuneración y acumulación del capital), y es irrelevante si esta actividad se lleva a cabo con los socios. En

¹ Basado en Fici (2015)

muchos ordenamientos jurídicos es el objetivo explícitamente asignado a las sociedades mercantiles.

Personas con fines no lucrativos

Son entidades dedicadas a la realización de una actividad sin el propósito de generar ganancias para ser distribuidas entre los miembros de la entidad jurídica (y/o fundadores, directores, trabajadores, etc.). En muchos ordenamientos jurídicos es el objetivo expresamente asignado a las asociaciones y las fundaciones.

Este fin es por consiguiente identificado en términos negativos y simplemente en contra del fin de lucro. Sin embargo, es más amplio que el fin de lucro. En efecto, a diferencia de este último, el fin no lucrativo es en principio compatible con la conducción por parte de una entidad jurídica tanto de una actividad económica como de una actividad no económica, lo que quiere decir que la naturaleza de la actividad, ya sea empresarial o no, no es relevante para la conceptualización de las entidades sin ánimo de lucro.

Lo que es esencial para la configuración del fin no lucrativo es solamente que las ganancias derivadas de la actividad económica, si las hay, no son (y no podrán ser) distribuidas entre los miembros de la entidad (y/o fundadores, directores, trabajadores, etc.).

Personas con fines de mutualidad

Son aquellas entidades que llevan a cabo una actividad empresarial en el interés de sus miembros en calidad de consumidores, proveedores o trabajadores de esta empresa, que de hecho, son los directos destinatarios de los servicios proporcionados por la propia entidad.

Estas personas son medios para satisfacer necesidades socioeconómicas de sus miembros, y no para la obtención de rentabilidad del capital. Este objetivo organizativo puede denominarse “fin de mutualidad”. Este fin, de satisfacer

necesidades de sus miembros el que caracteriza a las entidades de economía social y solidaria, y que las diferencia tanto de las entidades con fines de lucro como de las entidades sin fines de lucro.

El objetivo de las cooperativas (y en general, de las empresas solidarias) consta de dos elementos: el fin último de beneficiar a los socios y la realización de una actividad concreta para cumplir con este propósito, es decir, una empresa con los socios en calidad de consumidores de los bienes o servicios proporcionados por la empresa cooperativa, de proveedores de los bienes o servicios utilizados por la cooperativa para el funcionamiento de la empresa o de trabajadores de la empresa cooperativa.

En consecuencia, una empresa solidaria que se componga únicamente de socios que proporcionen el capital y cuya actividad característica consista (principalmente o exclusivamente) en el empleo de éste capital para el funcionamiento de una empresa rentable que permita su remuneración no sería concebible. El Derecho cooperativo es claro al excluir esta posibilidad, lo que parece obvio, ya que corresponde a lo que las sociedades mercantiles hacen en la consecución de su fin lucrativo.

La mutualidad

La mutualidad es concebida normalmente como reciprocidad de prestaciones entre el miembro y la empresa (Bassi, 1993). También, comprendida como ayuda mutua o recíproca, mutualidad tiene que ver con las relaciones entre la entidad y sus miembros. Es decir, hace referencia al modo en que se articuló el recíproco intercambio de prestaciones entre ambos (Paniagua, 1997).

Señala Viguera (2011) que lo característico de la relación de mutualidad, propia de la gestión de servicio realizada a través de una actividad cooperativizada (del acto cooperativo, añadimos) radica en que la reciprocidad de prestaciones no tiene lugar de forma directa e inmediata entre los miembros del grupo, sino a través del ente mismo, gracias a la actividad desarrollada en beneficio exclusivo de los

socios por las aportaciones que éstos realizan. Es pues la empresa solidaria la que hace posible, desde una posición mediadora e instrumental, la reciprocidad de las prestaciones

Ahora bien, como observa Vargas et Al (2015) en estas entidades no hay mutualidad en el sentido estricto que en rigor significa recíproco, ya que ellas no hay obligaciones recíprocas entre los socios, no entre los socios y la sociedad, en el sentido de identidad de las prestaciones de las partes y que el interés de cada una de ellas consiste en recibir lo mismo que él se obliga a dar; sino en el sentido de que la cooperativa y los socios desarrollan una actividad económica con el objeto determinadas necesidades de éstos. Es decir, la actividad social de la cooperativa se orienta necesariamente hacia sus socios, que son los destinatarios principales de las actividades que ésta lleve a cabo.

De manera que por mutualidad se entiende la obtención de beneficios para los miembros: su finalidad esencial es aumentar la rentabilidad de las actividades de sus miembros individuales, permitirles un trabajo estable y bien remunerado o en general, satisfacer necesidades económicas y sociales de sus miembros (OIT, 2002).

FORMAS JURIDICAS DE LAS EMPRESAS SOLIDARIAS

En las legislaciones iberoamericanas normalmente existe la figura jurídica “cooperativa” y en algunas, pocas por cierto, la “mutual”. Además, en casi todos los países existen leyes que regulan diversas formas organizativas de economía social y solidaria (Fondos de Empleados en Colombia, Asociaciones Solidaristas en Costa Rica, Cajas de Ahorro en Venezuela, Cajas Agrarias en América Central, Sociedades Laborales en España y Costa Rica, etc.)

En ciertos casos no existe una forma jurídica determinada o especial denominada “cooperativa” o empresa solidaria, sino que las mismas deben adoptar -de hecho- una de las formas jurídicas ya existentes, según su conveniencia (sociedad civil, asociación, fundación).

En Francia, la sociedad anónima, de responsabilidad limitada u otra. En cambio, en Alemania, Latinoamérica y muchos países asiáticos y africanos, se les ha instituido como una forma jurídica especial diferente de las sociedades civiles y mercantiles, de persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro (Guarín y Sarmiento, sf).

La empresa solidaria puede tener una sola y única forma jurídica obligatoria, aunque en ciertos casos se da la posibilidad de hacer selección de forma, por ejemplo, de pequeña cooperativa y cooperativa ordinaria (Italia), o de sociedad civil o mercantil (Francia).

En El Salvador, se distinguen las sociedades cooperativas (también llamadas Cajas de Crédito) de las asociaciones cooperativas. Las sociedades cooperativas se constituyen y rigen por las normas del Código de Comercio para las sociedades mercantiles y distribuyen sus utilidades según el capital aportado por cada socio. En cambio, las asociaciones cooperativas, se constituyen y rigen por la Ley de Asociaciones Cooperativas y distribuyen sus utilidades por partes iguales (Elizondo, 2009).

Libertad de selección

Se plantea que una cooperativa puede asumir cualquier forma jurídica que se adapte a su definición y características. Dabormida (1999) constata que todas las veces que ha sido acordada, a consecuencia de particulares condiciones jurídico-normativas, la libertad de selección de la mejor estructura asociativa adaptable a la situación operativa concreta, las empresas cooperativas nunca han encontrado obstáculos estructurales para su crecimiento, sea a nivel de entidades de primer grado, sea de articulaciones de segundo o ulterior grado.

Por el contrario, en los países que tienen estructuras legales discriminatorias, la mayoría de las organizaciones que podrían ser cooperativas se ven forzadas a registrarse como asociación, sociedad civil o de alguna otra forma, sin protección legal (Maheshhvaranadana, 2013).

De hecho, la Alianza Cooperativa Internacional no exige ninguna forma determinada, solo requiere que la empresa adopte y cumpla los principios del cooperativismo.

Como señalan (Paniagua y Jiménez, 2013) fuera de los valores y los principios cooperativos no hay cooperación ni cooperativas, habrá tipos sociales híbridos o directamente capitalistas, Y sin cooperación ni cooperativas, no tienen sentido ni las legislaciones cooperativas, ni el fomento de la cooperación, las empresas y los empresarios cooperativos, con mayores o menores ayudas públicas.

La viabilidad de las cooperativas en la economía global ha quedado demostrada por ciertas modalidades novedosas y exitosas, desarrolladas bajo las condiciones de una economía global. Algunas aún se basan en la solidaridad como componente central, pero pasan del enfoque de un único propósito al enfoque multipropósito, y desde asociados homogéneos a modelos organizativos con múltiples actores involucrados, que sirven a los asociados y/o a los no asociados (Fici, 2012).

Este puede ser el caso de las cooperativas sociales (escuelas, cooperativas de asistencia social y cooperativas de salud) y de las cooperativas de servicios comunitarios (incluyendo las de servicios públicos, como las de energía eléctrica y las cooperativas de vivienda de interés general).

Otras, ya se basan más en la conectividad: las cooperativas agropecuarias en las aglomeraciones urbanas, las de profesionales liberales, los grupos de reflexión, las instituciones de investigación, los sistemas para compartir programas de código abierto, etcétera (Henry, 2013).

Ahora bien, la forma jurídica a adoptar debería depender de ciertos criterios como pueden serlo, la dimensión de la empresa, el objeto social al que se dedica, su grado de desarrollo empresarial o económico, de acuerdo con las exigencias y características de sectores particulares de miembros o de las dimensiones de las mismas, incluso de las diversas finalidades mutualistas que se modelan en el contenido de la gestión de servicio que cumplen (Bonfante, 1999).

Las formas jurídicas más utilizadas por el sector de la economía social y solidaria son, además de las cooperativas y las mutuales en sus diversas variables, las asociaciones o corporaciones, las sociedades civiles, las fundaciones e, incluso, formas híbridas como las sociedades mercantiles de carácter social y las sociedades laborales.

ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LAS ASOCIACIONES Y LAS FUNDACIONES

12

Aunque las formas jurídicas más conocidas en la economía social son las mutuales y las cooperativas, en muchísimas ocasiones se utilizan las formas jurídicas de asociaciones (corporaciones o sociedades civiles) y de fundaciones.

Para apreciar las mismas, a continuación se hace un estudio comparativo de ambas formas jurídicas, de manera de poder contrastar los caracteres de unas y otras²:

Concepto:

1. Asociación:

Una asociación es una entidad formada por un conjunto de asociados para la persecución de un fin (social, cultural, gremial, religioso o deportivo) de forma estable, sin ánimo de lucro y con una gestión democrática.

La asociación está normalmente dotada de personalidad jurídica, por lo que desde el momento de su fundación es una persona distinta de los propios socios y es titular del patrimonio dotado originariamente por estos, del que puede disponer para perseguir los fines que se recogen en sus estatutos.

Las asociaciones pueden realizar, además de las actividades propias de sus fines, actividades que podrían ser consideradas como empresariales, siempre y cuando el beneficio de tales actividades sea aplicado al fin principal de la entidad o, eventualmente, a otras obras sociales.

² García-Müller y Sandoval, 2013

2. Fundación:

Una fundación es un tipo de persona jurídica que se caracteriza por ser una organización sin ánimo o fines de lucro. Dotada con un patrimonio propio otorgado por sus fundadores, la fundación debe perseguir los fines que se contemplaron en su objeto social, si bien debe también cuidar de su patrimonio como medio para la consecución de los fines. Por ello, si bien la finalidad de la fundación debe ser sin ánimo de lucro, ello no impide que la persona jurídica se dedique al comercio y a actividades lucrativas que enriquezcan su patrimonio para un mejor cumplimiento del fin último. Mientras que la asociación es una reunión de personas para un mismo fin, la fundación es la constitución de un patrimonio para un fin determinado.

Objeto:

1. Asociación: desarrollar cualquier actividad lícita, sea cultural, económica, social, política, religiosa, económica, etc.
2. Fundación: atender servicios de interés o de bienestar social (asistencia en salud, educación, benéficas, artísticas o literarias, científicas). Propenden por ayudar a terceras personas en desarrollo de la solidaridad.

Valores y principios

1. Asociación.
Existe libertad para cada entidad para determinar los valores y principios sobre los cuales desea fundar sus fines y el desarrollo de sus actividades.
2. Fundación. Existe libertad para el fundador o fundadores determinar los valores y principios sobre los cuales desea fundar sus fines y el desarrollo de sus actividades.

Características

1. Asociación. Duración indeterminada o determinada. Hay asociación de personas que tienen fines comunes. Pueden o no tener capital. Existe total libertad para determinar su objeto y fines. La entidad no tiene fines de lucro

2. Fundación. Es un patrimonio económico. No hay asociación de personas. Tiene fines de interés social o común. Puede desarrollar actividades económicas para financiar sus operaciones.

Representación legal

1. Asociación.
Existe libertad para determinar en el estatuto la forma de designación. Puede ser una persona distinta a la que dirige la entidad como ejecutor de las decisiones del máximo órgano de administración.
2. Fundación.
Existe libertad para los fundadores para determinarlo. Puede ser una persona distinta a la que dirige la entidad como ejecutor de las decisiones del fundador o del máximo órgano de administración.

Responsabilidad

1. Asociación.
La Asociación debe responder –en principio con su patrimonio- por los perjuicios que cause a terceros. Los asociados no responden por las obligaciones de la entidad, salvo que en el estatuto se obliguen “en particular” al mismo tiempo que la Asociación se obliga colectivamente, caso en el cual la responsabilidad será solidaria.
2. Fundación.
Al no haber asociado solo se mira la responsabilidad de la entidad y de sus directivos. La entidad responde ante terceros hasta con el monto de su patrimonio y los directivos responden ilimitadamente hasta con su patrimonio por los perjuicios que causen.

Proceso de constitución

1. Asociación.
Se constituye por escritura pública o por documento privado (acta de constitución), con la participación de mínimo dos personas. En el acto constitutivo se aprueba el estatuto y se designa por lo menos al

representante legal conforme lo establecido en el estatuto. La personería jurídica se obtiene con la inscripción del acta de constitución en el Registro del domicilio de la Asociación.

2. Fundación.

Se constituye por escritura pública o documento privado (acta de constitución), por el o los fundadores. La personería jurídica se obtiene con la inscripción del acta de constitución en el Registro correspondiente

Clases de miembros

1. Asociación.

Existe libertad para determinar en el estatuto diferentes clases de asociados (principales, adherentes, honorarios, benefactores, etc.). Es posible dar tratamientos diferenciales a partir de criterios como la antigüedad, la participación económica, la capacidad, las características personales, etc., siempre que haya objetividad y razonabilidad (no arbitrariedad)

2. Fundación.

No existen miembros o asociados en una Fundación, pues esta es un patrimonio y no una asociación de personas. Existen el o los fundadores y se puede hablar de beneficiarios y benefactores. También se podría hablar de afiliados, sea como beneficiarios de las actividades de la Fundación o como benefactores y de fundadores adherentes.

Admisión de miembros

1. Asociación.

Los requisitos de ingreso se establecen autónomamente en el estatuto. Se admite fines políticos y religiosos y en los asociados pueden ser personas naturales y/o jurídicas, según establezca el estatuto.

2. Fundación.

No hay asociados en una Fundación. Se pueden establecer condiciones o requisitos para acceder a los servicios de la entidad como beneficiario o benefactor.

Deberes y derechos de los miembros

1. Asociación.

Los deberes y derechos de los miembros o asociados se establecen libremente en el estatuto. No es posible otorgar todos los derechos a algunos asociados y privar de todos los derechos a otros

2. Fundación.

Por no haber asociados solo se podría, a voluntad de los fundadores, establecer un régimen de derechos y obligaciones de los fundadores y de los beneficiarios de servicios y actividades.

Reintegros

1. Asociación.

En principio se habla más de cuotas de sostenimiento que de aportes sociales como en la forma cooperativa. Si la Asociación tiene ánimo de lucro, puede distribuirse la utilidad generada en el ejercicio económico aunque esto hace que pierda el beneficio tributario de exención del impuesto sobre la renta.

2. Fundación.

No procede el reintegro de suma alguna toda vez que el capital integrado por el o los fundadores se tiene como una donación irrevocable. Los excedentes del ejercicio económico se deben reinvertir en el objeto social de la Fundación en su totalidad.

Asamblea

1. Asociación.

No es obligatoria la existencia de asamblea. Existe libertad para determinar en el estatuto la forma de organización interna.

2. Fundación.

La forma de organización y dirección la fija el o los fundadores en el estatuto. En principio no es preciso hablar de asamblea toda vez que en la Fundación no existen miembros o asociados que la puedan integrar.

Cuando la dirección de la Fundación descansa en un órgano colegiado éste usualmente se denomina consejo directivo o similar.

Consejo directivo

1. Asociación.

La existencia de un consejo de administración, junta directiva u órgano similar depende de lo que autónomamente se establezca en el estatuto.

2. Fundación.

La existencia de un consejo de administración, junta directiva u órgano similar depende de lo que autónomamente se establezca en el estatuto.

Control interno

1. Asociación.

No se exige crear un órgano de control social, comisario, contralor o interventor pero se puede(n) establecer autónomamente en el estatuto, señalando sus funciones, funcionamiento y demás aspectos inherentes al mismo.

2. Fundación.

No se exige crear un órgano de control social, pero el o los fundadores pueden establecerlo autónomamente en el estatuto, señalando sus funciones, funcionamiento y demás aspectos.

Otros órganos

1. Asociación.

La entidad tiene libertad para crear los comités, comisiones y órganos que estime necesarios para el cumplimiento de sus fines.

2. Fundación.

La entidad tiene libertad para crear los comités y órganos que estime necesarios para el cumplimiento de sus fines.

Los directivos

1. Asociación.

Requisitos: los que se establezcan en el estatuto.

Derechos: los que se determinen en el estatuto.

Deberes. Los directivos tienen el deber de obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la entidad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

- Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
- Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
- Cuidar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal cuando esta exista.
- Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.

Remuneración: se admite en los términos que se establezca en el estatuto.

Remoción: procede por las causales establecidas en el estatuto.

Responsabilidad: responden personal, solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que causen a los asociados, a terceros o a la entidad misma.

También responden penalmente por la comisión de delitos o contravenciones y administrativamente ante la entidad de supervisión por la violación de la ley.

2. Fundación.

Requisitos, deberes, derechos, remuneración y responsabilidad: los que se establezcan en el estatuto.

Gerencia

1. Asociación.

Depende de que lo establezca el estatuto, ya que no es obligatorio.

Materialmente si es necesario encargar a una o varias personas de las actividades administrativas. Es obligatorio designar a un representante legal.

2. Fundación. Igual a la Asociación

Trabajo

1. Asociación.

Las relaciones de trabajo son exclusivamente asalariadas. La Asociación contrata a sus trabajadores bajo un régimen laboral ordinario en donde el trabajo es remunerado con un salario y unas prestaciones mínimas como horas extras, cesantías, primas e indemnización por despido injustificado, relación regulada por el código sustantivo del trabajo. Se debe efectuar los aportes al sistema de seguridad social integral (pensiones, salud y riesgos laborales).

La Asociación puede contratar prestadores de servicios, caso en el cual el prestador del servicio actúa como trabajador independiente y el servicio prestado se remunera generalmente con honorarios. En estos casos, los prestadores de servicios asumen directamente el pago de aportes al sistema de seguridad social integral.

2. Fundación. Igual que en la Asociación.

Ahorro y crédito (préstamo)

1. Asociación.

La Asociación civil no puede prestar servicios de ahorro pero si servicios de crédito. Las condiciones de los créditos en cuanto a montos, plazos, tasas de interés, fines, garantías y demás, se establecen autónomamente en el estatuto de la entidad.

2. Fundación. Igual que en la Asociación

Consumo

1. Asociación.

Puede suministrar bienes de consumo personal, familiar o profesional a sus asociados o a terceros, con las únicas limitaciones establecidas en su estatuto.

2. Fundación. Igual que en la Asociación.

Protección social

1. Asociación.

Puede establecer beneficios o servicios de carácter social para sus asociados, familiares y terceros, en las condiciones que autónomamente se establezcan en el estatuto.

2. Fundación. El objeto de la Fundación es beneficiar a la comunidad en general con servicios de cualquier naturaleza (salvo el ahorro). En el estatuto se deben establecer las condiciones para que la comunidad o público acceda a los beneficios de la Fundación.

20

Operaciones (autorizadas y prohibidas)

1. Asociación.

Puede realizar cualquier actividad lícita cuyo ejercicio no esté limitado o prohibido por la ley (como la captación de ahorros, licores, loterías, etc.).

Admite actividades políticas, religiosas, de género, etc.

2. Fundación. Igual que la Asociación.

Documentación

1. Asociación.

No debe reportar información, salvo que sea requerida por la entidad de supervisión u otra facultada legalmente.

2. Fundación. Igual a la Asociación

Estados financieros y sociales

1. Asociación.

Debe contar con estados financieros preparados por los administradores y aprobados por el órgano establecido en el estatuto, principalmente para efectos tributarios. Legalmente no es obligatorio preparar informes de resultados sociales aunque si es pertinente su realización.

2. Fundación. Igual que la Asociación

Integración

1. Asociación.

Puede integrarse voluntariamente a otras entidades que cumplan o no fines similares. Existe total libertad al respecto. La integración se recomienda para facilitar el logro de objetivos comunes institucionales.

2. Fundación. Igual que la Asociación.

Capital

1. Asociación.

El capital de la entidad se forma con los aportes iniciales o contribuciones de los asociados, que pertenece a la misma, y no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen. Los asociados, según su tipo y lo establecido en su estatuto, contribuyen con recursos para el sostenimiento de la entidad. Estas contribuciones no son retornables y darán los derechos que se establezcan en el estatuto. El capital se puede incrementar ilimitadamente con los ingresos por prestación de servicios o venta de bienes.

2. Fundación.

Se forma con el o los bienes donados por el fundador o fundadores. El capital se puede incrementar ilimitadamente con los ingresos por donaciones, comisiones, venta de servicios o bienes.

Resultados del ejercicio

1. Asociación.

El resultado positivo del ejercicio se denomina excedente. Para determinarlo se toma la totalidad de los ingresos, y se resta el valor de los egresos de cualquier naturaleza o con el cumplimiento del objeto social, incluyendo en los egresos las inversiones que se hicieron .el primer destino del excedente es cubrir pérdidas de ejercicios anteriores. Si no las hubiese, se destina a los fondos y reservas conforme lo dispone la legislación. Si no hubiese pérdidas el excedente se puede

destinar en la forma establecida en el estatuto; no obstante, para acceder a la exención del impuesto sobre la renta, es condición reinvertirlo en su totalidad en el objeto social de la entidad. En caso contrario, la entidad pagaría impuesto de renta a la tarifa general.

2. Fundación. Igual a la Asociación

Fondos y reservas

1. Asociación.

Se pueden constituir con los excedentes económicos los fondos y reservas que se consideren necesarios según lo establecido en el estatuto

2. Fundación. Igual a la Asociación.

Pérdidas

1. Asociación.

Las pérdidas se cubren generalmente con excedentes de ejercicios posteriores. También se pueden cubrir con aportaciones extraordinarias de sus asociados o con donaciones.

2. Fundación.

Es importante resaltar que el hecho de tener pérdidas permanentes o consecutivas no es causal de disolución, pues la existencia jurídica de la Fundación solo se dará hasta el agotamiento total del patrimonio.

Retornos

1. Asociación.

El excedente debería ser destinado al cumplimiento de sus fines sociales. Se distribuye en la forma establecida en el estatuto, no siendo necesario constituir fondos y reservas. Si es distribuido entre los asociados, la entidad perderá la exención del impuesto sobre la renta.

2. Fundación.

El excedente no puede distribuirse ni retornarse toda vez que no existen asociados en la Fundación que pudieran recibirlo. Solo puede ser usado

en el objeto social de la Fundación, y si no se reinvierte en el objeto social, la entidad pierde la exención del impuesto sobre la renta.

Conversión

1. Asociación.

Parte de la doctrina considera que no es admisible la transformación cuando esta conlleve a eliminar la condición de entidad sin ánimo de lucro.

2. Fundación.

Se considera que no procede toda vez que la Fundación cobra autonomía a partir del mismo momento de su creación y su objeto o fin no puede ser cambiado salvo por causas excepcionales. Igualmente, al señalar que las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención, se deduce que no es admisible la figura de la transformación.

LA COOPERATIVA MIXTA

La cooperativa mixta española

La presencia de miembros aportantes externos ha llevado a la creación de la cooperativa mixta. Es una nueva figura societaria en cuyo régimen participan elementos propios de la cooperativa y de la sociedad mercantil, específicamente, de la sociedad anónima, cuya legislación es fuente supletoria respecto del estatuto.

Señala Vásquez-Ruano (2013) que la forma mixta es una importante aportación a los modos de organización cooperativa que permite la fácil incorporación de capital a dicho tipo societario a través de la participación de personas jurídicas como las sociedades de capital. Con dicha participación se trata de proporcionar a la cooperativa rentabilidad en interés únicamente de la propia inversión.

“La cooperativa mixta no es una clase de cooperativa en atención a su objeto social, sino un nuevo tipo societario regulado por la legislación cooperativa que, salvo impedimento en la legislación sectorial o en las normas básicas estatales sobre cooperativas de crédito y seguros, puede ser utilizado por cualquier clase de cooperativa de primero, segundo o ulterior grado” (Paniagua, 2005).

Dice Díaz de la Rosa (2013) que este tipo de cooperativa la desplaza hacia el modelo de las sociedades de capital y de tipo capitalista, ya que hay una “despersonalización” o reducción del “*intuitus personae*” y una quiebra en el principio democrático, en aras del principio “plutocrático”. Y añade, que no estamos ante una sociedad anónima sino una sociedad “dual”, como si de dos sociedades de naturaleza distinta, mezcladas, se tratase.

Se caracteriza por la existencia de dos tipos de socios: los socios cooperadores o usuarios (con como mínimo el 51% de los votos) y los socios colaboradores, titulares de “partes sociales con voto” o capitalistas que pueden ser personas físicas o jurídicas. Los socios colaboradores no son simples aportantes de capital, ya que pueden llevar a cabo actividades que, sin ser “actividad cooperativizada” contribuyan a la consecución del objeto social (Vásquez-Ruano, 2013).

La votación en asamblea que se efectúa en razón del capital aportado, supone la ruptura de la regla general del voto paritario. Todos los socios votan, pero según su particular condición. Así, unos por ser socios cooperativos comunes y otros, por ser titulares de <<partes sociales con voto>>.

Los resultados del ejercicio (positivos o negativos) se imputan a los socios en proporción a los votos sociales que ostenten unos y otros. Y se reparten, para los usuarios conforme a la ley cooperativa; para los capitalistas, en función del capital desembolsado (Romero, 2001).

En el reconocimiento de una cooperativa de carácter mixto, a modo de comanditarias cooperativas, convergen dos sistemas jurídicos concretos: el encargado de regular las cooperativas y el particular de las sociedades capitalistas, ya que en cuanto a los derechos y obligaciones y las participaciones,

además de aplicarse lo dispuesto en el estatuto, se aplican, de manera supletoria, las disposiciones de las sociedades anónimas para las acciones (Vásquez-Ruano, 2013b).

En ellas debe haber paridad de trato entre los diversos servicios para evitar que los resultados derivados de la gestión de una determinada categoría sean imputados a otra categoría hegemónica o privilegiada; la exigencia de gestión separada para cada categoría; equilibrio numérico entre las prestaciones ofrecidas a las diversas categorías; asambleas separadas y una general de toda la entidad y contabilidad separada de las distintas actividades (Bonfante, 1995).

A Bleger (2001) le parece apropiada la caracterización de “híbridas” de estas cooperativas, ya que participan de elementos de *distinta naturaleza*, y que fueran debidamente estudiadas por Ake Book en su libro *Valores cooperativos para un mundo en cambio* que sirvió de base para el Congreso de Tokio (1992) antecedente del de 1995. Dijo Ake Book que al adoptar ese criterio se pierden las ventajas del sistema cooperativo, que le son propias, y las de las de las empresas lucrativas que tienen su racionalidad.

*Las cooperativas mixtas de Uruguay*³

En las cooperativas mixtas de Uruguay, basadas en las españolas, existe un grupo de socios minoritarios (hasta un 49% como máximo) cuyo derecho a voto en la asamblea general y su participación en las utilidades dependerá del capital aportado. Esas acciones con voto son libremente negociables en el mercado y los derechos y obligaciones de sus titulares se regularán por el estatuto y por las normas que reglamentan a las sociedades anónimas.

En la cooperativa mixta coexisten asociados ordinarios de cooperativas y socios aportantes de capital, aunque los primeros pueden ostentar adicionalmente esta cualidad. En la formación de la voluntad de la asamblea todos votan, sólo que unos lo hacen por razón de su persona y otros por la titularidad que ostentan de

³ Moreno, 2013

partes sociales. Los socios cooperadores o usuarios (con como mínimo el 51% de los votos) y los socios titulares de partes sociales con voto o capitalistas.

Quien tenga varias partes sociales reunirá tantos votos como corresponda, según los estatutos, pero, en todo caso, el número total de estos votos no puede exceder el 49% del total de los votos posibles.

Cooperativas e inversores de capital⁴

Algunas cooperativas grandes y consolidadas han obtenido capital adicional mediante la emisión de partes sociales para inversores externos no miembros, que cotizan y se negocian en mercados de valores. Las cooperativas financieras obligadas por las autoridades reguladoras a incrementar su coeficiente de solvencia al total de activos ponderados en función del riesgo, podrían tener que recurrir a la inversión de capital como parte de los planes de resolución y cumplir así con las exigencias reguladoras.

Estos métodos crean lo que, en efecto, son cooperativas híbridas que fusionan dos modelos organizativos: una propiedad cooperativa y de inversores. Crear estos híbridos entre cooperativa y sociedad de inversión de capital plantea el reto para las cooperativas de conservar las características genéricas principales de unas cooperativas especificadas en la Declaración sobre la Identidad Cooperativa y detalladas en los principios cooperativos 1o, 2o, 3o y 4o.

También es necesario considerar cuáles son, de haberlos, los derechos de voto de los accionistas no miembros y qué límites y demás controles se instaurarán para garantizar que los inversores de capital no usurpan el control democrático por parte de los miembros de la cooperativa. Se trata de temas muy complicados.

⁴ (ACI, 2015)

*Cooperativas de mujeres*⁵

En algunos países y culturas en que las mujeres todavía se consideran subordinadas a los hombres, las mujeres pueden crear cooperativas de mujeres para superar la discriminación, adquirir voz propia y ganar un espacio que les está vedado debido a discriminaciones de género de índole religiosa o cultural. Están al frente de servicios de banca y crédito, tiendas para consumidores, actividades agrícolas, artesanas y pequeñas empresas.

Estas cooperativas, en las que la afiliación sólo está abierta a mujeres, no infringen el primer principio, ya que se establecen precisamente para superar la discriminación y las desventajas por motivo de género. Pueden brindar oportunidades a las mujeres para formarlas en creación y gestión de empresas cooperativas, creación de capital, además de ayudar a vencer la falta de igualdad de género en culturas en las que la mujer está tradicionalmente excluida de posiciones y actividades empresariales o de liderazgo.

En estas circunstancias, las cooperativas integradas únicamente por mujeres permiten que éstas adquieran las competencias y la experiencia necesarias para participar en cooperativas de mayor envergadura. Así pues, no se considera que se esté incumpliendo el 1er principio si la afiliación se restringe como respuesta directa a desventajas y discriminaciones de género más amplias impuestas a las mujeres por la sociedad.

*Cooperativas religiosas*⁶

Las cooperativas religiosas y los líderes religiosos, en particular, pueden estar orgullosos de su larga tradición de promoción del desarrollo de cooperativas para

⁵ ACI, 2016

⁶ ACI, 2016

atajar la pobreza y fomentar la inclusión económica, estando muchas de ellas abiertas a personas de otras religiones.

Las cooperativas religiosas tienen todo el derecho a existir cuando se establecen con el fin de superar la exclusión y la situación de desventaja que sufren ciertas minorías, siempre y cuando no discriminen a otras personas, no impidan la organización de cooperativas similares en otros grupos culturales, no exploten a las personas no afiliadas presentes en sus comunidades, y siempre y cuando acepten la responsabilidad de participar y fomentar el desarrollo del movimiento cooperativo a mayor escala.

LAS EMPRESAS SOCIALES

*Concepto*⁷

Consideradas como nuevos modelos empresariales híbridos, aun cuando no exista una definición única, podríamos definir las como toda actividad privada, de interés general, organizada a partir de una gestión empresarial que no tiene como razón principal la maximización de las ganancias sino la satisfacción de ciertos objetivos económicos y sociales.

Situadas en la intersección entre los negocios tradicionales y las ONG's, las empresas sociales (o *Social Business*, como prefiere denominarlo Yunus) son definidas como un negocio auto-sostenible sin pérdidas ni dividendos que aborda un objetivo social dentro de las normas del mercado actual. La empresa social es un negocio al generar ingresos suficientes como para garantizar su funcionamiento y es un negocio social al despojarse de los dividendos reinvertiendo las ganancias obtenidas en su objetivo social, ampliando su impacto positivo en la sociedad.

La Red EMES define las empresas sociales en los siguientes términos: “Una organización creada con la meta explícita de beneficiar a la comunidad, iniciada

⁷ Alfonso, 2014, Guerra, 2014, Pérez de Mendiguren, J. et Al, 2008 y Namorado (sf)

por un colectivo de ciudadanas y ciudadanos, y en la que el interés material de los inversores de capital está sujeto a límites. Las empresas sociales, además, ponen especial valor en su autonomía y en el riesgo económico derivado de su continua actividad socioeconómica”

Finalidad

El predominio de la “creación de valor social” es la característica más importante de la empresa social, entendiéndose aquél como la búsqueda del progreso social, mediante la remoción de barreras que dificultan la inclusión, la ayuda a aquellos temporalmente debilitados o que carecen de voz propia y la mitigación de los efectos secundarios indeseables de la actividad económica. En síntesis, la mejora de las condiciones de vida al remover barreras a la inclusión social, apoyar a poblaciones debilitadas o sin voz, o disminuir las externalidades negativas (como la degradación medioambiental).

Principios

1. El objetivo de superar la pobreza, o uno o más problemas (como educación, salud, acceso a tecnología, medio ambiente, etc.) que amenazan a las personas y a la sociedad; no la maximización del beneficio.
2. Sostenibilidad financiera y económica. Los inversores recuperan únicamente la cantidad de su inversión. No se reparten dividendos más allá del dinero invertido. Se reinvierten en la actividad o se destinan a patrimonializar la empresa.
3. Cuando la cantidad de la inversión ha sido retornada, los beneficios de la compañía permanecen en la compañía para expansión y mejora.
4. Medioambientalmente consciente.
5. La fuerza de trabajo recibe salarios de mercado con mejores condiciones a diferencia de las definiciones más consensuadas de economía social y solidaria, aquí no se establece como principio el de la gestión democrática. Otra de las diferencias tiene que ver con el factor organizador de la empresa. Mientras que las empresas de la economía social y solidaria se

constituyen a partir de un colectivo humano que se asocia originando un capital social, en la empresa social se busca una inyección original de capital que podría venir, por ejemplo, de una empresa capitalista.

6. De alguna manera, la empresa social no solo convive con empresas capitalistas, sino que a veces depende de ellas para su existencia y sobrevivencia, lo que podría generar mecanismos de presión (coste de dependencia) o exportación de modelos gerenciales contrarios al espíritu que guía a muchas empresas de la economía solidaria a la distribución de las ganancias: no redistribuyen entre los socios (Guerra, 2014).

Características

De orden económico

1. Espíritu empresarial: la empresa asume un significativo riesgo de su actuación y ejerce actividad continuada en la producción de bienes y/o servicios
2. Un alto grado de autonomía: la empresa es independiente de los poderes públicos
3. Ausencia de distribución de las ganancias entre los socios: se reinvierten en la actividad o se destinan a patrimonializar la empresa. También, puede ser que haya distribución de beneficios entre los socios, pero limitada.

Namorado (sf) propone que el 75% del resultado del ejercicio es movilizad para el desenvolvimiento de esa finalidad social, destinado a reservas o reinvertido en la comunidad. El 25% restante podría revertir a los socios.

Tipos

Para Fourny y Nyssens (en Namorado, sf) existen 4 tipos de empresa social: las que son un medio de autosuficiencia; las empresas de Economía social; las empresas de innovación social; las empresas de fines lucrativos que practican la responsabilidad social en parcería con la sociedad civil. Las dos primeras están ligadas e la Economía social; los dos últimos, se insertan en el medio empresarial.

Demoustier opta por 4 tipos de empresa social: la de inserción por el trabajo; las que prestan servicios a las personas; las que prestan servicios a las colectividades y las que son incubadoras de otras empresas por incentivos a la creación de actividad económica. En este último grupo se refiere expresamente a la banca solidaria.

Regulación

Nada impide a cualquier forma social servir de investidura jurídica para una empresa social. Tal sería el caso de las sociedades de capital, formas de organización neutras que podrían cumplir las exigencias de las empresas sociales gracias a los pactos estatutarios derivados de la autonomía de la voluntad, en especial la institución de las prestaciones accesorias.

De manera que no sería necesario regular la empresa social, sino que provocaría tan sólo la inclusión de reglas, normas o requisitos específicos, que debería cumplir la forma social elegida para poder ser considerada “empresa social” y, por ende, la necesidad de combinar las especialidades de ésta con la regulación de la forma jurídica que la reviste.

En Gran Bretaña, en 2006 se les incluyó en el tercer sector, considerándolas como todas las organizaciones no gubernamentales que reinvierten los excedentes en la comunidad o en la propia organización y procuran proveer beneficios sociales o ambientales. Pueden ser de variados modelos o formas legales: cooperativas, mutuas, asociaciones de voluntariado, fundaciones, empresas con o sin fines lucrativos. Muchas veces combinan formas o se transforman en función de sus necesidades (Namorado, sf).

La Unión Europea dictó en 2013 un Reglamento Comunitario sobre empleo e innovación social que entiende por empresa social una entidad, cualquiera sea su forma jurídica (cooperativas, mutuales, asociaciones de voluntariado, fundaciones, empresas con o sin fines lucrativos, que muchas veces combina formas o se transforman en función de sus necesidades) que:

1. Tenga por objeto principal producir impactos sociales medibles y positivos, y no generar lucro para sus propietarios, socios o accionistas.
2. Que preste servicios o provea bienes con un alto rendimiento social.
3. Utilice sus beneficios para –encima de todo- atender a su objetivo principal, y que la distribución de beneficios a sus propietarios no perjudiquen su objetivo principal.
4. Sea gestionada de forma empresarial, responsable y transparente, a través de la participación de los trabajadores, clientes y otros afectados por sus actividades.

La ley francesa relativa a la Economía Social y Solidaria de 2014, incorpora al sector social las empresas mercantiles que persiguen también un objeto de utilidad social, estableciendo un gobierno democrático y reinvertiendo la mayor parte de los beneficios de la empresa.

NUEVOS ESQUEMAS EMPRESARIALES HÍBRIDOS

En los últimos años han surgido dentro del esquema de sociedades de capital, formas empresariales que pueden ser consideradas como “híbridos” entre las empresas mercantiles y las de economía solidaria.

Las sociedades cooperativas de interés colectivo de Francia (Scic)⁸

Las *Sociétés Coopérative d'intérêt collectif*, Scic) fueron creadas ley de 17 de julio de 2001. Son sociedades de personas que adoptan forma comercial (sociedad anónima, simplificada o de responsabilidad limitada).

Constituyen una nueva forma de cooperativa sin fines de lucro inspirada en la perspectiva de la economía solidaria situada entre las sociedades comerciales y las asociaciones debido a su propósito filantrópico.

Son de interés colectivo o de utilidad social, localizadas en un territorio determinado o en el seno de una comunidad profesional o, aún, dedicadas a un público

⁸ Ley 2001-624 de 17 juillet 2001

específico, la Scic puede desarrollar todo tipo de actividad que preste servicios a las organizaciones o a los individuos, sin restricciones establecidas a priori.

Sus características son:

1. Permite asociar a toda personas física o moral de derecho privado o de derecho público en torno a un proyecto común. incluye una participación obligatoria de los trabajadores (o de productos agrícolas, artesanos) y de los beneficiarios de su operación (clientes, proveedores, voluntarios, colectivos de otra naturaleza, así como de otras personas físicas o jurídicas privadas o derecho público.
2. Su capital (variable) es aportado por múltiples miembros Las entidades públicas pueden asociarse y aportar hasta el 50% del capital.
3. Cada miembro tiene un voto en la asamblea
4. Funciona como toda sociedad sujeta a los imperativos de buena gestión e innovación.
5. Su propósito no capitalista se formaliza por una asignación obligatoria de no menos del 57.50% de sus beneficios a sus reservas indivisibles, las que no están sujetas al impuesto de sociedades
6. Tienen acceso a ciertos acuerdos, autorizaciones y convenios, que normalmente están reservados a las asociaciones;
7. Se prevé una auditoria obligatoria cada cinco años para analizar la evolución del proyecto cooperativo sobre la base, entre otros, de sus informas anuales de gestión.

*Las sociedades de finalidad social de Bélgica (SFS)*⁹

Se encuentran reguladas también en el Code des sociétés, (Libro X arts. 661 a 669). Estas sociedades nacen en 1995 con el fin de permitir la subsistencia de asociaciones no lucrativas que realizaban a título principal actividades comerciales (que aunque no repartan los beneficios a los socios están prohibidas), y de

⁹ Monzón et al, 2009. Bosmans y Polléns, 2013

sociedades comerciales que ejercían actividades comerciales pero sin buscar el enriquecimiento de sus socios (lo que era contrario a la definición de sociedad).

La sociedad de finalidad social no es un tipo social, es una calificación que pueden adoptar las sociedades comerciales (sociedad cooperativa, sociedad privada de responsabilidad limitada, sociedad anónima, etc.). Son por tanto sociedades que desarrollan principalmente actividades comerciales pero sin fines lucrativos.

Para ser calificada una sociedad como SFS debe incorporar en su estatuto las siguientes menciones:

1. Los socios no buscan más que un beneficio patrimonial limitado o ningún beneficio Patrimonial
2. Cuando la sociedad procure un beneficio patrimonial directo, este estará limitado por Decreto, que en 1996 se fijó en un 6% como máximo.
3. La determinación del fin social perseguido
4. La determinación de la política de aplicación de beneficios conforme a los fines de la sociedad.
5. El voto en la asamblea general está limitado, ningún socio puede tener más de la décima parte de los votos,
6. Los administradores deben redactar cada año un informe especial sobre la realización de los objetivos sociales perseguidos.
7. Las modalidades que permitan al personal adquirir la condición de socios. El trabajador no puede ser obligado a ser socio, rige el principio de adhesión voluntaria.
8. Las modalidades relativas a la pérdida (fin del contrato de trabajo) de la cualidad de socio.
9. El destino del haber social en caso de liquidación al fin social que tenga la sociedad.

*La community Interest Company*¹⁰

Concepto

En el Reino Unido, la legislación sobre la *Community Interest Company* de 2005, la define como “una empresa, con objetivos fundamentalmente sociales, cuyos excedentes se reinvierten principalmente con este fin en la empresa o en la comunidad, en vez de guiarse por la necesidad de maximizar el beneficio de los accionistas y propietarios”.

Nada impide a cualquier forma social servir de investidura jurídica para una empresa social. Tal sería el caso de las sociedades de capital, formas de organización neutras que podrían cumplir las exigencias de las empresas sociales gracias a los pactos estatutarios derivados de la autonomía de la voluntad, en especial la institución de las prestaciones accesorias.

No sería necesario regular la empresa social, sino que provocaría tan sólo la inclusión de reglas, normas o requisitos específicos, que debería cumplir la forma social elegida para poder ser considerada “empresa social” y, por ende, la necesidad de combinar las especialidades de ésta con la regulación de la forma jurídica que la reviste.

Finalidad

El predominio de la “creación de valor social” es la característica más importante de la empresa social, entendiéndose aquél como la búsqueda del progreso social, mediante la remoción de barreras que dificultan la inclusión, la ayuda a aquellos temporalmente debilitados o que carecen de voz propia y la mitigación de los efectos secundarios indeseables de la actividad económica. En síntesis, la mejora de las condiciones de vida al remover barreras a la inclusión social, apoyar a poblaciones debilitadas o sin voz, o disminuir las externalidades negativas (como la degradación medioambiental).

¹⁰ Alfonso, 2104

Características

1. Espíritu empresarial: la empresa es independiente de los poderes públicos, asume el riesgo de su actuación y se orienta a la producción de bienes y/o servicios.
2. Fin o impacto social, en el sentido tanto de que ha de generar beneficios sociales al grupo al que se dirige la actividad, sino que tal grupo ha de implicarse o comprometerse en/on el proyecto.
3. Ausencia de distribución de las ganancias entre los socios: se reinvierten en la actividad o se destinan a patrimonializar la empresa.

*La benefict corporation (BenCom)*¹¹

En los EUA el concepto tiene una segunda variante incluyendo empresas capitalistas con fines sociales. Allí se denominan *benefit corporation*, con la que designa a una clase de sociedades permitidas en algunas legislaciones estatales, donde la transparencia, la participación de los trabajadores y la consideración de la sociedad civil y del medioambiente se añaden al propio objeto lucrativo que desarrollan por vía de una reforma estatutaria.

Su nombre es una traducción de la expresión inglesa *benefict corporation* (BenCom) con la que designa a una clase de sociedades permitidas en algunas legislaciones estatales, donde la transparencia, la participación de los trabajadores y la consideración de la sociedad civil y del medioambiente se añaden al propio objeto lucrativo que desarrollan por vía de una reforma estatutaria.

La BenCom no es una cooperativa en el sentido estricto, debido a que la ley no requiere que tenga una estructura cooperativa y, además, la concibe como una alternativa a la cooperativa de buena fe (una sociedad puede registrarse o como cooperativa de buena fe o como BenCom). De hecho, se trata de un tema controvertido si la BenCom debe operar bajo el principio “un socio, un voto”.

¹¹ Alcalde, 2014

Instituciones particulares de solidaridad social de Portugal (IPPS)¹²

Regidas por el Decreto Ley Nº 119/83, de 25 de febrero, son entidades constituidas por la iniciativa privada, sin fin lucrativo, con el propósito de dar expresión organizada al deber moral de solidaridad y justicia entre los individuos, no administrado por el estado o por un organismo de gobierno local, para perseguir, entre otros, los siguientes objetivos a través de la provisión de bienes y servicios:

Ayuda para niños y jóvenes; apoyo familia; apoyo para la integración social y comunitaria; protección de los ciudadanos en edad avanzada y discapacidad y en todas las situaciones de falta o disminución de medios de subsistencia o de capacidad para el trabajo; promoción y protección de la salud, en particular mediante la prestación de medicina preventiva, atención curativa y de rehabilitación; educación y formación profesional de los ciudadanos; resolver los problemas de vivienda de las poblaciones.

Cuadro: formas jurídicas de las IPSS de Portugal

| Natureza | Tipos |
|--------------------|---|
| <i>Asociativa</i> | Asociaciones de solidaridad social Asociaciones de voluntarios de acción social Asociaciones de urgencias mutuas y acciones mutualistas Hermandades de la Misericordia o Santas Casas de la Misericordia |
| <i>Fundacional</i> | Fundaciones de solidaridad social Centros parroquiales Instituciones creadas con fines religiosos |

Fuente: Carneiro, 2006

Las sociedades de solidaridad social de México¹³

Este tipo de organizaciones, comúnmente conocidas como “triples s”, se constituyen por un mínimo de quince socios, mediante Asamblea General, que es

¹² Carneiro, 2006

¹³ Rojas-Herrera, 2006

ratificada ante Notario o primera Autoridad Municipal y, a falta de ellos, ante funcionario local o federal con jurisdicción en el lugar.

Deben contar con autorización del Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de la Reforma Agraria, cuando se trate de industrias rurales o de la Secretaría del trabajo y Previsión Social en los demás casos. Se inscriben en los Registros Nacionales que lleven dichas Secretarías de Estado, el aval es constitutivo, es decir, a partir de su inscripción tienen personalidad jurídica. La administración está a cargo de un Comité Ejecutivo, integrado con un mínimo de 3 socios, quienes duran en su cargo 2 años y pueden ser reelectos si así se convino en las bases constitutivas.

El Comité Ejecutivo por sí o su Presidente llevan la firma social y pueden nombrar apoderados. Su patrimonio social quedará afecto irrevocablemente a los fines sociales, es decir, si se aporta a éste, no se podrá pedir devolución, ni aún por causa de liquidación. Pueden organizarse en federaciones Estatales y éstas a su vez formar la Confederación Nacional de Sociedades de Solidaridad Social.

Los principios o valores que sustentan a las “triples s” son: la práctica de la solidaridad social, la afirmación de los valores cívicos nacionales, la defensa de la independencia política, cultural y económica del país y el fomento de las medidas que tiendan a elevar el nivel de vida de los miembros de la comunidad.

Referencias

- Alcalde, J. (2014). Perspectivas de reforma del derecho cooperativo chileno. *Congreso Continental de Derecho Cooperativo, Guarujá, Brasil, 2013*. Buenos Aires, Intercoop
- Alfonso, R. (2014). Servicios públicos, entes público-privados y empresa social. *Economía social: identidad, desafíos y estrategia*. Valencia, Rulescoop
- Alianza Cooperativa Internacional, (2016). *Documento de orientación. Principio cooperativos*. Ginebra, ACI

- Bassi, A. (1993). Tipicità e atipicità degli enti creditizi a forma cooperativa. *Rivista de la cooperazione* 11/12, Roma, Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti
- Bleger, I. (2001). Cooperativas y autorregulación, *II Encuentro de Investigadores Latinoamericanos de en Cooperativismo*. Porto Alegre. Unisinos
- Bonfante, G. (1995). Cooperativism and large cooperatives, Bilbao, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 23-24
- Bosmans, P. y Pollénns, J-P. (2013). Développement du mouvement coopératif en Belgique. *IV Congreso Internacional de Investigación en Economía Social del Ciriec*. Amberes. Ciriec
- Briones, A. et Al. (2010). La economía social ibérica: el caso de las santas casas de la misericordia como instituciones particulares de solidaridad social. *Revesco*
- Briones, E. y Li Bonilla, F. (2013), *Organizaciones sociales en Costa rica desde una perspectiva jurídica*. San José, Universidad Estatal a Distancia
- Carneiro, M. (2006). A economía social em Portugal. *La economía social en Iberoamérica. Vol, 2. Un acercamiento a su realidad*. Madrid, Fundibes
- Dabormida, R. (1999d). La Piccola Societa Cooperativa. Il fattore dimensionale tra crescita dell' impresa cooperativa e informazione del socio. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* 32. Bilbao. Universidad de Deusto
- Díaz de la Rosa, A. (2013). Estatuto jurídico del socio capitalista de las cooperativas mixtas. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 24. Valencia, Ciriec-España
- Elizondo, C. (2009). *Sociedades y Asociaciones Cooperativas*. El Salvador, Universidad de El Salvador
- Fajardo, G. (2011). La Ley Española de Economía Social. *Reformas legales en materia de economía social y solidaria*. Valencia, Fundibes
- Fici, A. (2012). *Cooperative identity and the law*. Euriscse working paper, Nº 023/12
- Fici, A. (2015). El papel esencial del derecho cooperativo. *Revista jurídica del Ciriec-España* Nº 27. Valencia, Ciriec

- García-Müller, A. y Sandoval, G. (2013). Tres formas jurídicas solidarias en Colombia. *Cooperarte*. Bogotá, Ciec
- Gilletta, R. (2003). Principales características de las cooperativas de trabajo. *Cooperativas de Trabajo*. La Plata, Editora Platense
- Grima, J. (2001). La cooperativa mixta: un nuevo tipo societario. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* 12. Valencia. Ciriiec
- Guarín, B. y Sarmiento, A. (sf). *Aspectos legales de la gestión cooperativa*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana
- Guerra, P. (2014). Nuevos modelos empresariales híbridos: algunos vínculos teóricos con la empresa de la economía social y solidaria. *Revista Idelcoop*, 212. Buenos Aires, Idelcoop
- Henry, H. (2013). *Orientaciones para la legislación cooperativa*. Ginebra, OIT
- Maheshhvaranadana, D. (2013). *Después del capitalismo. Democracia económica en acción*. San Germán-Puerto Rico, *Ínter world publication*
- Monzón, J. et al (2009). *Informe para la elaboración de una ley de fomento de la economía social*. Valencia, Ciriiec-España
- Moreno, D. (2013). El nuevo régimen jurídico de las cooperativas en Uruguay, *Seminario Académico de Derecho Cooperativo "Hacia el Congreso Continental de Derecho Cooperativo de Brasil"*. Buenos Aires, Aidcmess
- Namorado, R. (spi). *Textos de Economía Social*
- 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
- Paz Canalejo, N. (1987). Viejos problemas y nuevos desafíos ante la reforma de la legislación cooperativa en España. *Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*. Rosario. Idelcoop-Intercoop
- Pérez de Mendiguren, J. et Al (2008). ¿De qué hablamos cuando hablamos de Economía Social y Solidaria? Concepto y nociones afines. *XI Jornadas de Economía Crítica*. Bilbao, Ecocri

- Rojas-Herrera, J. (2006). Análisis del panorama mexicano presente en el llamado sector social de la economía mexicana. *La economía social en Iberoamérica. Vol, 2. Un acercamiento a su realidad.* Madrid, Fundibes
- Romero, P. (2001). De las cooperativas mixtas. Cooperativas. *Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio.* Madrid. Colegios Notariales de España
- Stordeur, E. (2002). *Manual de Derecho Societario.* Buenos Aires. Ad.Hoc
- Tato, A. (1998) La nueva Legislación Cooperativa en Galicia. *La legislación cooperativa en España.* Valencia. Ciriec, 1998
- Vargas, C. (2012). Clases y clasificaciones de cooperativas, *Deusto Estudios Cooperativos, Nº 1.* Bilbao, Universidad de Deusto
- Vargas, C. et Al (2015). *Derecho de las sociedades cooperativas.* Madrid, La Ley
- Vásquez-Ruano, T. (2013). Cooperativas mixtas. *Tratado de Derecho de Cooperativas. Tomo II.* Valencia, Tirant lo Blanch
- Vázquez-Ruano, T. (2013b). Conveniencia de incorporar capital a las sociedades cooperativas. Las cooperativas mixtas y su comparativa con el sistema italiano. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, 24.* Valencia, Ciriec

10. LA EMPRESA SOLIDARIA

Concepto de empresa solidaria. Naturaleza. El problema de la ausencia de fines de lucro. El objeto social. Duración. Capital. Ubicación jurídica. ¿Qué identifica una entidad de Economía social y solidaria? Clases de empresas solidarias

CONCEPTO DE EMPRESA SOLIDARIA

La empresa solidaria puede ser entendida como cualquier persona colectiva de la forma jurídica lícita que adoptare, sin ánimo lucrativo, de naturaleza ni pública ni privada sino propiamente solidaria, que cumpla con los principios generales de la Economía Social o Solidaria (García-Müller, 1998).

Katime (2005) prefiere denominarla “organización de economía solidaria”, la que define como una empresa, con personería jurídica, sin ánimo de lucro, conformada por sus propios trabajadores o usuarios, constituida y gestionada con capital de sus miembros, para producir bienes o prestar servicios en bien común de quienes la integran.

Para Alfonso (2009) son sociedades o entidades que asocian a personas físicas o jurídicas que persiguen el interés colectivo de sus miembros y/o el interés general, económico o social, y están vinculadas al entorno. Funcionan, principalmente, bajo un régimen donde la persona tiene primacía sobre el capital, de manera participativa, solidaria y democrática.

Para Münkner (1988) la definición de cooperativa (empresa solidaria) debe ser –al mismo tiempo- lo suficientemente amplia como para predecir todas las formas posibles, y lo suficientemente restrictiva como para excluir todo intento de abuso de esa forma de organización con el objeto de lograr fines no cooperativos. Y puede ser una definición genérica, esto es, para todos los tipos de empresas solidarias, o específica, para cada una de las diversas formas asociativas.

NATURALEZA

Concepción diferencial

Hay dos concepciones diferenciales acerca de la naturaleza de la cooperativa o de la empresa solidaria:

1. La prevaleciente en los países en desarrollo, que las entiende como reacción respecto de los desequilibrios del sistema, siendo consideradas como mecanismos de promoción del desarrollo socioeconómico.
2. En Europa prevalece el criterio de que el elemento definitorio de la cooperativa es que constituye una iniciativa empresarial por parte de un grupo de personas que tiene por finalidad la recuperación de la forma de empresa personalista y de funcionamiento interno democrático, al margen de la participación capitalista de cada socio.

Este es el hecho diferencial sobre el que debe basarse la particular consideración y tratamiento para la sociedad cooperativa. Se trata de un modelo de cooperativismo remodelado que, al menos externamente, ha renunciado a la puridad de sus principios y, singularmente, a la solidaridad y los fines sociales, aunque no tiene que ser necesariamente así (Vargas, 2009 y 2015).

Personalismo

No queda duda que la cooperativa, al igual que la mutual, es una asociación de personas, que son aquellas en que los miembros que las componen, sus asociados, por sus características propias, por sus trazos de conocimiento, de amistad con los demás integrantes, con su buena índole y reconocimiento del medio en que viven, en tales circunstancias, el dinero que cada quien detente, puede no ser un factor preponderante para la formación de la empresa (Lopes-Becho, 2002).

De igual forma Meira (2015) considera la cooperativa como una organización marcadamente personalista, dada la relevancia que la persona del cooperador

asume en el ámbito de la misma, lo que ha llevado a la doctrina a afirmar, con base en este propósito, que la cooperativa deberá ser percibida como una <<sociedad de personas>>. Ello, porque –como afirma Correia (1966)- en virtud de que la persona del socio y su patrimonio asumen un papel de gran relevancia, por contraposición de las sociedades de capital, en las cuales importa, fundamentalmente, la participación del socio en el capital social, dejando la persona del socio en segundo plazo.

Una posición doctrinal (y legal) inapropiada es la que la entiende como una forma de propiedad como la definió la legislación soviética. Independientemente de que emplea un patrimonio como instrumento imprescindible para cumplimentar sus fines, no es factible reducir su naturaleza jurídica –con criterio economicista- al patrimonio que administra. Ello implicaría desconocerla como un ente asociativo que funciona -a lo interno y lo externo- a partir de principios que la identifican y la colocan un paso delante de otras formas de gestión (Rodríguez-Musa, 2016).

Doble naturaleza

La empresa solidaria es una verdadera empresa en cuanto que sus miembros son a la vez empresarios en el sentido que ejercen una actividad socioeconómica, que asumen los riesgos y que reparten entre si las ganancias o las pérdidas o, en el caso de la mutual, que deben afrontar el quebranto so pena de perderse la entidad. Como empresarios, invierten tiempo, capital y energía en emprendimientos de carácter económico o social, con una estructura organizativa determinada.

Señala Sarmiento (2009) que George Draheim en 1955, señaló “Toda cooperativa tiene una doble naturaleza. Ella es siempre, fundamentalmente, una asociación de personas, un “grupo” en el sentido de la sociología y de la social psicología. Los miembros de ese grupo son seres humanos, quienes constituyen los titulares de la cooperativa; y una empresa común de las economías de los miembros. Los titulares de esa empresa común son los mismos individuos que forman ese

“grupo”. “En esa doble condición de la cooperativa radican las frecuentemente no reconocidas raíces de sus fortalezas, pero también de sus debilidades”.

Las cooperativas no son, en consecuencia, simples asociaciones de personas con una empresa, ni fundamentalmente empresas económicas cuyos titulares son un grupo de personas. Es decir, ni una ni otra naturaleza predomina. Las cooperativas son simultáneamente las dos cosas: asociaciones de personas y empresas económicas; en eso consiste su “doble naturaleza”. Los problemas cooperativos no deben, pues, investigarse o regularse separando, como se venía haciendo hasta 1955, esas dos condiciones sino teniéndolas simultáneamente en cuenta.

Es un lugar común decir que las cooperativas son asociaciones de personas propietarias de una empresa. Ahora bien, como dice Lopes-Becho (2002) las personas se pueden asociar en forma cooperativa. Esa cooperativa será sujeto de derecho. Ese sujeto ejercerá una actividad económica, de forma sistemática y organizada. Luego, ese sujeto ejercerá sus actividades como empresa. Esa empresa beneficiará a todos los asociados. Igual criterio es de aplicación a todas las formas solidarias.

En todo caso, se trata primero de una empresa en sentido social y económico, lo que implica una organización duradera de elementos objetivos y de personas, orientadas a la consecución de un fin social (Gómez, 1999). Pero, además, es una empresa de carácter solidario puesto que no solo busca resultados económicos favorables sino que –también, al mismo tiempo y en forma concurrente- persigue un fin social o de beneficio colectivo, esto es, para un grupo de personas (Lopes-Becho, 2002).

Sin embargo, la empresa de economía social y solidaria es diferente de la llamada “empresa social” lanzada por la OCDE en 1999, cuando entendía por “empresa social” a toda empresa con alguna finalidad social ya sea sociedad anónima, de capital, cotizada en bolsa, o cooperativa. La “empresa social” ha recibido enorme financiamiento del gobierno de Inglaterra. El concepto no tiene ninguna relación

con la gestión democrática ni con una pertenencia a sus miembros. Basta, por ejemplo, con dar empleo a personas discapacitadas (Sánchez-Bajo, 2005).

*Finalidad*¹⁴

Una nota esencial de toda entidad de economía social y solidaria es el interés general que debe perseguir. Ahora bien, como señala Paz (2012) el interés general que debe perseguir toda entidad solidaria no es lo mismo que el interés societario (*rectius*<<grupal>>) de sus integrantes, sino algo que trasciende a éste y permite calificar la organización como << de economía social>>.

Tal vez una matización posible consista en considerar como interés colectivo aquél que afecta a la agrupación de miembros o beneficiarios de una entidad de economía social, tomando aquella agrupación como conjunto o colectividad y no como la mera suma de cada uno de aquellos interesados

Las cooperativas persiguen una finalidad que, en nuestra clasificación es “interna”, dado que los socios se benefician de la actividad de la cooperativa y de sus resultados. En este aspecto específico, por lo tanto, las cooperativas no son diferentes de las sociedades con fines de lucro. ¿Cómo se explica, entonces, la función social que algunas Constituciones (en todo el mundo y de diferentes maneras) atribuyen a las cooperativas?

Las cooperativas tienen una función social, porque su regulación – siguiendo los principios de la ACI – por lo general prevé ciertos destinos “externos” de sus propios recursos a favor de no socios (o futuros socios), otras cooperativas y el movimiento cooperativo y la comunidad en general. Esto por sí atenúa la naturaleza “interna” de la finalidad, que las cooperativas tienen en común con las sociedades mercantiles.

Solo en la medida en que el Derecho cooperativo prevea estos elementos y los proteja – es decir, que establezca y preserve una identidad cooperativa distinta – es posible concluir que las cooperativas tienen una función social, en comparación

¹⁴ Fici, 2015

con otras organizaciones empresariales, en particular, las entidades con fines de lucro y de propiedad de inversionistas. De lo contrario, en relación a este específico aspecto, la diversidad cooperativa casi se disolvería y la promoción estatal de las cooperativas sería difícilmente justificable.

Las cooperativas, por lo tanto, ya no están necesariamente vinculadas a un fin de mutualidad, y la ley admite cada vez más que ellas persigan (es decir, sean constituidas para perseguir) el interés general.

En definitiva, la dimensión netamente social de la cooperativa, que no estrictamente societaria, es lo que cualifica e individualiza el fenómeno cooperativo dentro del ámbito societario (Viguera, 2011).

LA CAUSA: EL PROBLEMA DEL NO ÁNIMO DE LUCRO

La causa y el lucro

En términos generales se entiende por causa el fin que los miembros buscan lograr con la celebración del contrato plurilateral de organización que da vida al ente (Farrés, 1987). Y los fines que la empresa solidaria persigue lograr son la mutualidad, la promoción de la solidaridad, la prestación o gestión de servicios para sus miembros, permitirles la dación de su trabajo personal, la obtención de ventajas o de beneficios diversos o la satisfacción de necesidades de sus miembros.

Así, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia del 25/07/2001 (en Caicedo, 2013) señaló: mientras una de las características de las organizaciones de Economía Solidaria es la ausencia de ánimo de lucro, cuyos objetivos deben estar orientados hacia la solidaridad, el servicio social o comunitario, las sociedades mercantiles persiguen un lucro, beneficio económico o rentabilidad

Concepciones del lucro¹⁵

No existe uniformidad de criterios sobre el lucro:

¹⁵ Viguera (2011)

1. Una concepción amplia lo concibe como cualquier ventaja patrimonial que se produjera en beneficio de los socios. Incluye, no sólo las ventajas positivas directas (obtención de utilidades económicas), sino también aquellas que supongan una utilidad susceptible de valoración económica, cualquier finalidad orientada a la obtención de una ventaja patrimonial o un mero ahorro de coste para los asociados.
2. La concepción restrictiva considera que sólo hay ánimo de lucro cuando se produce un enriquecimiento positivo y directo en el patrimonio de los socios, como consecuencia de la distribución de beneficios que previamente han sido obtenidos por la empresa.

El problema del ánimo de lucro

Generalmente se considera que las empresas solidarias no tienen fin de lucro, entendiendo por tal el no tener por finalidad la obtención de beneficios económicos, sino que ello es una consecuencia necesaria de la realización de sus actividades socioeconómicas. Por tanto, la empresa solidaria, como toda empresa debe obtener beneficios económicos, o desaparece.

Como señala Uribe-Garzón (1998) la ausencia de ánimo de lucro se revela en que cuando los asociados hacen sus aportes al patrimonio social –sin duda indivisible– no pueden tener como motivo impulsivo y determinante el mayor rendimiento para su inversión, sino lograr que esos aportes patrimoniales sirvan de instrumento para que las empresas cooperativas estén en capacidad de prestar los servicios que requieren sus asociados.

Señala Cano (2008) que en el derecho de sociedades se abandona la noción del fin de lucro, que por típico y natural que pudiese ser no puede ya constituir un elemento jurídicamente relevante del concepto de empresa, siendo sustituido muy ventajosamente por el principio de economicidad.

Y ello porque si se acepta el concepto estricto de sociedad basado en considerar el ánimo de lucro como causa del contrato de sociedad (y no el concepto amplio de la causa de la sociedad como la consecución de un fin común a los socios a

través de la colaboración de los mismos) se arrojaría a las agrupaciones voluntarias de personas creadas para el desarrollo de una actividad empresarial no dirigida a la obtención de un lucro, extramuros del derecho de sociedades, al ámbito normativo de las asociaciones.

Además, un importante sector de la doctrina (Morillas, 2013) propone un concepto amplio de sociedad que se define como agrupación de personas que persiguen una finalidad común mediante una forma organizativa determinada; y es la organización o la estructura la causa (función económico-social) del contrato de sociedad, y no el ánimo de lucro que, si bien está natural o normalmente presente, no es el elemento esencial del mismo. De manera que para esta corriente, la cooperativa es una verdadera sociedad.

Ahora bien, el ánimo de lucro puede ser causa ilícita tanto de la constitución de la empresa como de la realización de actividades u operaciones de la misma. En tal sentido, una cooperativa que no tenga en su programa causal la finalidad de ofrecer a los asociados un servicio en términos de trabajo o de bienes, sino que se limite a remunerar el capital social, no es, de acuerdo con su naturaleza, una cooperativa (Bonfante, 2002).

Por lo demás, algunos consideran que en la actualidad debería abandonarse la caracterización de la cooperativa por una confusa y poco científica dialéctica como la del no ánimo de lucro, además que su ausencia nunca ha sido recogido por la ACI en la lista de principios cooperativos que formula este organismo (Ballester, en Vargas et Al, 2105).

Pese a ello, observa Viguera (2011) que la regla de que las cooperativas no puedan originar un lucro para los socios, se ha mantenido en forma inequívoca a lo largo de la de la evolución histórica del cooperativismo. Y que la sustitución del ánimo de lucro por el mutualista se ha convertido en una de las cuestiones más controvertidas dentro del debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de las cooperativas.

Es más, afirma que desde un punto de vista patrimonial, representa, junto al retorno, la vertiente económica de la mutualidad.

Es más, Sánchez Calero y Olivencia (en Viguera, 2011) establecen que cuando se dice que la cooperativa no ha de tener ánimo de lucro, más que querer perfilar el fin social, de lo que se trata es de excluir el ámbito de las cooperativas a las sociedades lucrativas.

En las empresas solidarias "sociales"

Ahora bien, con la presencia de las cooperativas sociales y empresas asociativas de inserción social, entendidas como aquellas que gestionen servicios de interés colectivo o realicen actividades económicas que conduzcan a la integración laboral de personas que sufran cualquier clase de exclusión social, a Cano (ídem) se le ocurre poder clasificar ahora las empresas solidarias con o sin fines de lucro (España) o con o sin mutualidad prevaleciente (Italia), de manera de separarlas según su apego a la identidad sectorial.

Fajardo (2012) observa que las llamadas "empresas sociales" no obtienen lucro ni subjetivo ni objetivo: el primero, porque tienen prohibido distribuir los beneficios obtenidos entre los socios, fundadores, patrones o personas vinculadas; el segundo, porque su objetivo no es obtener beneficios para sí, sino obtener ventajas para sus asociados en el desarrollo de su objeto social en el que estos participan como proveedores o clientes de bienes o servicios.

EL OBJETO SOCIAL

Concepto

Se entiende por objeto social las actividades u operaciones que puede cumplir la empresa, pero generalmente sólo dentro del ámbito económico. Así, se afirma que la cooperativa debe tener por contenido el desarrollo en común de una actividad económica determinada destinada a cubrir los costos con los ingresos (Ceccherini, 1999).

En las sociedades de capital, el objeto social es el cauce o medio para la consecución de la finalidad de la empresa (obtención de utilidades). En cambio en las cooperativas (empresas solidarias) el objeto es el fin en sí mismo, pues, como afirma Viguera (2011) mediante su desarrollo mismo se ven satisfechas las necesidades económicas, sociales, culturales, asistenciales y otras que mueven a los miembros a constituir las.

Si se considera que el objeto social de la cooperativa como la actividad económica a desarrollar por la entidad para el cumplimiento de su fin social, en las cooperativas de obtención (que son la mayoría) el objeto social es facilitar a los socios determinados bienes y servicios en condiciones más favorables que las del mercado, con lo que los conceptos de causa y objeto se acercan mucho (Vargas et Al, 2015).

Sucede lo mismo en las de trabajo asociado en que el objeto social específico consiste en brindar ocupación a sus asociados, esto es, proporcionar y mantener el trabajo de sus miembros.

De manera que el objeto de la empresa solidaria debe consistir en una actividad económica productiva, por lo que no hay contrato cuando el objeto sea el mero goce y, o la administración colectiva de bienes, o que estipule el ejercicio de actividades culturales, de investigación científica, aunque de él resulte la obligación de contribuir a la constitución de un fondo social.

Según Fajardo (1999) la cooperativa es una forma asociativa con fines fundamentalmente económicos, de ahí que también hablemos de cooperativa como forma de organización empresarial, aunque caben cooperativas con fines no, o marginalmente económicos. En tanto las mutuales, como empresas sociales de servicios, tienen históricamente delimitado su campo de actuación al de la previsión social en sentido lato (Moirano, 2009).

Sin embargo, parecería más acertado sostener que cualquier actividad humana puede ser organizada con criterio de economía, independientemente del destino que se intente dar al resultado de la gestión. Por lo tanto, aún servicios de carácter

exclusivamente cultural, científico, asistencial o recreativo pudiesen constituir el objeto social de una cooperativa (Casación Italiana, 24-02-1968) siempre que esa actividad sea financiada con los recursos económicos de que dispone la empresa, y no con aportes voluntarios de los miembros (En: Ceccherini, 1999).

En tal sentido, las cooperativas que ejercen actividades culturales, recreativas, bares o afines, son consideradas en Italia –no obstante la falta de un fin propiamente económico- como cooperativas de consumo que prestan a sus asociados los servicios de un círculo recreativo (Comité Central de la cooperación, 09-11-1955).

Ahora bien, como señala Paniagua (2005) no es concebible una actividad económica apta para ser objeto social que no cubra costes, sino que opere sistemáticamente con pérdida. Incluso, no está vedado legalmente, sino al contrario, que la actividad económica desarrollada en forma empresarial por la cooperativa tenga un componente, un carácter o unos objetivos sociales o de interés general.

De manera que el punto de convergencia de todas ellas parece estar en el deseo de realizar un emprendimiento económico con miras a obtener una ganancia no repartible (*non-distribution constraint*), que redunde en la satisfacción prioritaria de un interés colectivo o general.

Caracteres del objeto:

1. El objeto debe ser lícito, posible, determinado o determinable.
Esto es, el objeto no puede ser genérico, o comprensivo de actividades de contenido heterogéneo. Así, se excluye la posibilidad de un objeto social genérico en el que venga indicado simplemente el sector sin especificar qué actividad se intenta cumplir, lo mismo cuando se enumere una serie variada de actividades que, de hecho, impida definir el objeto (Bonfante, 1999). Para Gagliardo (2007) la precisión y determinación del objeto social no impone que la actividad o actividades deban describirse de tal manera –

rígidamente- que signifique para la sociedad desatender las cambiantes circunstancias del mercado.

2. La determinación del objeto social no presupone ni exige que éste deba comprender una sola actividad –porque puede integrar dos o más- , siempre que se mencionen expresamente; ni que requieran describirse las operaciones o procedimientos técnicos que deban seguirse para explotar la actividad social; ni siquiera que la actividad o actividades deban describirse de manera rígida tal que obliguen a la sociedad, para adaptarse a las cambiantes circunstancias del mercado, proceder a la modificación del estatuto.

3. La empresa solidaria no puede desarrollar actividades ajenas a su objeto social y fines institucionales.

Por tanto, los actos realizados con un contenido diferente del permitido por su objeto social y fines institucionales no serán lícitos por falta de conformidad a su derecho estatutario (Verón, 2009). Además, como señala Maheshhvaranadana (2013) las empresas solidarias no especulan con su dinero en inversiones de alto riesgo porque su finalidad no es la ganancia.

4. De igual forma, el objeto debe ser coherente con la calificación profesional de los miembros, en cuanto deben tener una profesión u oficio objetiva y funcionalmente semejante a la actividad de la sociedad (Buonocore, 1997).
5. El objeto social delimita la actuación de los directivos, de manera tal que los socios tendrán la certeza de que el patrimonio societario no será desvirtuado o aplicado en actos en contravención al objeto social. Los terceros, por su parte, sabrán que la competencia de los administradores tiene un límite y en función del cual podrán contratar y conceder créditos (Gagliardo, 2007).

No obstante, como observa Verón (2009) las fianzas, avales y cualquier otro tipo de garantía otorgada por la sociedad a terceros, cuando no están previstos en el objeto social, son considerados, en sí, como “actos neutros”. La asamblea puede decidir su realización, máxime si ellos no están prohibidos por el objeto social, sino tan solo no comprendido en él.

El órgano de administración puede realizar o, mejor, disponer, la realización de estos actos neutros no previsto en el objeto social, sucediendo, como mucho, que deberá responder por su eventual exorbitancia, pero sin afectar la validez del acto frente a terceros en las sociedades comerciales.

Amplitud del objeto:

Actualmente se pretende que las empresas puedan acometer cualquier actividad de negocios sin las obsoletas restricciones derivadas de la especialidad del objeto social, lo que hace –por demás, anticuada la concepción de los actos *ultra-vires*. De manera que si no se estipula cual habrá de ser la actividad económica de la empresa, tendrá automáticamente un objeto social que le permita comprometerse en cualquier actividad lícita de negocios.

Dentro de este sistema de objeto social indefinido, no es necesario modificar el estatuto ni obtener autorización alguna para comprometer a la sociedad en cualquier clase de actividad económica. Con ello se rompe con la limitación de la actividad de la sociedad que acarrea la grave consecuencia de que cualquier acto no comprendido dentro del objeto es nulo y, por tanto, no vincula a la sociedad (Reyes, 2010)

Ahora bien, el objeto puede ser restringido por la ley o ser de la libre selección de los miembros, así como ser único, múltiple o mixto. Incluso, el objeto puede ser plurisectorial en el sentido de que la entidad pueda tener diversos objetos o prestaciones para diferentes tipos de miembros. Esto es, darse la coexistencia de diferentes prestaciones frente a diversas categorías de asociados (Bonfante, 1999).

El objeto puede ser amplio, esto es la realización de todos los actos lícitos necesarios, siempre que los objetos singulares cumplan el requisito de precisión, o solo para la realización de los actos específicamente autorizados por la ley o por la Autoridad de aplicación. Es más, puede haber objetos prohibidos o excluidos a las empresas asociativas por la ley, como lo es en ciertos países que se les discrimina para ejercer actividades de naturaleza bancaria o de seguros.

La empresa multiactiva o de objeto múltiple

Son empresas solidarias multiactivas o de servicios múltiples las que tienen por objeto cumplir, en forma simultánea, más de una actividad de obtención de bienes y, o de prestación de servicios. Claro, que muchas de ellas desarrollan como objeto principal la prestación de un servicio –normalmente de ahorro y crédito con el que se iniciaron-, al que –por el transcurso del tiempo y por las exigencias de sus propios miembros, adicionan la prestación de otros servicios como actividades accesorias, complementarias o auxiliares.

Es normal que el estatuto enuncie varios objetos, sin que necesariamente se cumplan todos desde su inicio, y que aquellos se vayan implementando progresivamente durante la vida del ente.

Estamos en contra de la tendencia a instaurar cooperativas uniactivas o especializadas en todos los casos o circunstancias, o en el ámbito financiero solamente. Apuntamos a la libertad de selección del tipo de empresa solidaria que se requiera, de acuerdo a las circunstancias de cada caso en particular y no que la legislación –a priori- determine si una empresa pueda o no prestar los servicios que sus propios miembros consideren necesarios o convenientes. Y ello es consecuencia necesaria del principio de autonomía.

Efectos de la licitud del objeto y actividad ilícita

De acuerdo con Verón (2009) hay tres situaciones relacionadas con la licitud del objeto:

1. Objeto lícito y actividad ilícita

En la sociedad con objeto lícito que realice actividades ilícitas por medio de sus representantes procede su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, quedando a salvo los derechos de los socios que acrediten su buena fe. Para que se configure la actividad ilícita es preciso una serie de actos concatenados que son autónomos de los actos aislados y, por tanto, no tienen aquéllos un destinatario como lo tienen éstos.

En otras palabras, se hace imputable a la sociedad por actividad ilícita (y no los actos independientes) ejercida por sus representantes. Al aflorar la ilicitud con una actividad paralela o extra social que, tras la pantalla de la sociedad, burla los fines de su creación como persona jurídica querida por la ley.

2. Objeto ilícito y objeto prohibido

En el primer caso el derecho atribuye a ese objeto, y a las actividades o actos en él contenidas, transcendencia negativa, imputándole ilicitud; en el caso del prohibido, debe satisfacer determinados requisitos, cargas y condiciones para merecer la tutela de la ley.

Y si esos requisitos (v.gr., la utilización de ciertos tipos societarios) no son satisfechos, el derecho priva al sujeto de su tutela, considerando nula la sociedad por él creada para la consecución de esos fines prohibidos.

3. Objeto lícito devenido ilícito o prohibido.

Cuando una sociedad constituida para llevar a cabo un objeto lícito devenido en ilícito o prohibido por cambios legislativos en la materia, se produce su disolución anticipada por imposibilidad sobreviniente (en este caso, legal) de lograr el objeto.

DURACIÓN

Normalmente, las empresas solidarias son de duración ilimitada: ello se refiere a la posibilidad de que la entidad sobreviva a sus fundadores, y en la imposibilidad de que, en el momento de su constitución o con posterioridad, se ponga un límite temporal a su vida (Cuesta, 2000) aunque nada impide que la empresa solidaria pueda tener una duración limitada.

De están forma, de carácter excepcional, la empresa fija un término *ad quem* por el cual determina la duración por referencia a hechos o situaciones ajenos a la entidad (por ejemplo, hasta determinada fecha) o la misma sea determinable *per referentiam* (por ejemplo, hasta la expiración de una patente de invención (Botana, 2013).

Sin embargo, como señala Coronado (2001) no será admisible el establecimiento de un plazo que no sea claro e indubitado, como por ejemplo <<el tiempo necesario para realizar una determinada operación>>, al menos por meros motivos de seguridad de tráfico.

En realidad establecer un plazo de duración únicamente puede ser interesante en los casos en los que la cooperativa se constituya para un fin concreto, como puede ser en una cooperativa de viviendas la construcción sobre un solar determinado, incluso aportado por uno o varios socios. También puede ser interesante cuando se pretenda evitar una vinculación permanente entre socios.

Además, hay tres términos importantes relacionados con la duración que son:

1. Prórroga, cuando antes del vencimiento del término de la empresa de duración determinada, se acuerda su duración por un lapso adicional mediante la reforma del estatuto.
2. La reducción de la duración será igual a la prórroga, pero lo que se hace – vía reforma del estatuto- es que se limita el plazo inicial acordado.
3. Y la reactivación, que se refiere a la posibilidad de que la empresa cuyo término de duración ha expirado modifique sus bases constitutivas para continuar su existencia normal. Es una prórroga acordada después que se produjo la causal de disolución por expiración del término. Se fundamenta en el principio de conservación de la empresa (Zerpa, 1998).

CAPITAL

Casi en forma unánime se considera que la empresa solidaria tiene un capital variable. Por tal se entiende que la variación de los asociados no comporta variación del acto constitutivo y que el capital no está determinado en un monto preestablecido (Genco, 2000).

Dice Prieto (2002) que el capital variable se configura como el elemento técnico que permite garantizar la operatividad del principio de puertas abiertas, por cuanto la apertura a todas las personas capaces de utilizar sus servicios y dispuestas a

aceptar las responsabilidades de ser asociado está inexorablemente unida a la exigencia de aportación de capital por parte de los miembros. En síntesis, la variabilidad depende del ingreso y egreso de miembros.

En las mutuales –por cambio- el capital pertenece a la entidad, pero es igualmente variable en el sentido que no tiene ni un mínimo ni un máximo fijado por la ley o el estatuto (Moirano, 2009).

Las empresas solidarias son fundamentalmente autofinanciadas en cuanto que su capital debe provenir en su mayor parte de sus propios miembros. Ahora bien, establecidas las debidas precauciones para evitar la pérdida de autonomía e independencia de la empresa, tanto *de jure* como *de facto*, nada impide que la entidad opte a fórmulas de financiación externa en pro de obtener eficacia económica (Prieto, 2002).

Sin embargo, podría o debería existir un capital mínimo o uno máximo. Hay una tendencia a establecer un capital mínimo de cierta importancia, de manera de aumentar la consistencia patrimonial de la entidad. De igual forma, para Celaya (1992) es teóricamente posible una cooperativa de capital fijo, ya que no es contraria a ningún beneficio cooperativo ni a la esencia jurídico-social de la cooperativa, en especial, de la de trabajo.

Empresas sin capital

En Brasil se permiten las cooperativas sin capital. Para López Becho (2002) los efectos en el mundo de los hechos de esta innovación pudieran ser muy grandes, permitiendo una inmensa inserción en el universo jurídico de aquellas cooperativas que intentan atender personas desprovistas de dinero y que pretenden actuar en actividades en donde el capital no sea relevante. Así también a las incubadoras de cooperativas, existentes en las grandes universidades, que intentan estimular y apoyar la organización de personas con intereses comunes, y ven en la cooperación un camino para superar sus dificultades económicas.

En el derecho público o en el derecho privado

La opinión predominante es que la empresa solidaria no forma parte del derecho público, aun cuando por la función social que normalmente se le reconoce y por los beneficios fiscales y las preferencias estatales a su favor, está sometida a una regulación especial, con fuerte influencia del derecho público (Scordino, 1970).

La opinión casi unánime es que forma parte del derecho privado, que es el derecho civil o mercantil, o el derecho empresarial, o se trata de un derecho especial: cooperativo, mutual o solidario. Su adscripción al derecho mercantil deviene de su carácter de empresa, no de un carácter comercial que no tiene.

Y ello porque el derecho mercantil se concibe como la rama que se ocupa de la actividad económica propia de la empresa y lo que se relaciona con su función de generación de riqueza, desde la organización de los factores productivos bajo un determinado tipo jurídico hasta su puesta a disposición en el mercado, así como todo lo relativo a la financiación de esas actividades en situaciones normales y de crisis.

Por su parte, las mutuales podrían definirse como empresa sociales de servicios, pero por sus características propias de la asociación civil, a falta de una ley especial, están reguladas por el código civil (Moirano, 2009).

Mercantilidad

Se habla de un pretendido carácter “mercantil” de la cooperativa, el que es reconocido por el hecho de ejercer la misma una actividad empresarial y obtener rentabilidad económica. Se afirma que en la actualidad, el carácter de mercantilidad se hace recaer en el ejercicio profesional de la actividad: en el carácter empresarial y no en el interés especulativo o en el ánimo de lucro.

Dice Souza (2003) que la comercialidad de la empresa no está vinculada a la actividad que realiza, sino a la forma, el método o la manera de realizarla. Si la

explotación de dicha actividad se hace en relación con el mercado, en forma empresarial, organizada y, en definitiva, disponiendo de una empresa y utilizando los métodos mercantiles, no cabe duda que el sujeto que la realiza debe ser considerado empresario mercantil y deberá someterse al estatuto propio de éstos”. Y la cooperativa es un tipo de empresario social, un ente dotado de personalidad jurídica, titular del ejercicio de una actividad económica.

Otro punto de vista es el que afirma que se está empleando la técnica de la importación de técnicas, modelos e instituciones acuñadas en las sociedades mercantiles que logren solventar problemas organizativos y financieros de la empresa solidaria, sin desmedro del mantenimiento de los valores y principios; esto es, la compatibilidad de instituciones jurídicas.

Para otros (Vargas et al, 2015) la singularidad de esta forma asociativa no reside en la ausencia de gestión mercantil, sino en la forma de repartir el beneficio (o la pérdida) entre quienes participan en el proceso de producción o distribución de la empresa. Así, mientras en la empresa capitalista convencional la base de reparto es el capital aportado, en la cooperativa dicha distribución se realiza en proporción a la actividad cooperativizada.

Fajardo (2001) sostiene que la mercantilidad de la cooperativa solo puede plantearse cuando ésta actúa como una sociedad mercantil, es decir cuando opera con los no socios y distribuye posteriormente entre los socios los beneficios obtenidos en esas operaciones. En ese caso resulta difícil justificar en qué se diferencia de cualquier sociedad mercantil. Por ello es lógico reclamar la aplicación de la normativa mercantil en aquellas relaciones extra cooperativas. De allí el error de las operaciones con no asociados, porque en estas no hay acto cooperativo.

En igual sentido, Roig (2011) estima que la cooperativa es una sociedad mercantil cuando obtiene excedentes ordinarios como consecuencia de operaciones comerciales o financieras con terceros (en el mercado). En cambio, Chuliá y Peinado (2013) sostienen que la cooperativa en el ordenamiento jurídico español no es una sociedad y menos aún una sociedad mercantil.

Diferencias con las sociedades comerciales

Tanto por su estructura organizativa interna, así como que la empresa solidaria actúa en forma estable y continuada en el mercado como cualquier otra forma empresarial, se tiende a confundir aquella con las sociedades de capital o comerciales. Sin embargo, de ello no tiene por qué derivarse, necesariamente, el requisito del ánimo de lucro, sino tan solo la exigencia de rentabilidad y economicidad de la empresa (Viguera, 2011).

Lo que sucede es que el criterio de rentabilidad es diferente en una y otra. En la empresa de capital, la rentabilidad tiene que ver con la maximización de la remuneración del capital. En cambio, en la empresa solidaria la rentabilidad tiene que ver con la consecución de recursos suficientes con los cuales satisfacer las necesidades de los miembros, así como con la permanencia y continuidad de la empresa.

Las diferencias entre ambas entidades las señala concisamente el Consejo de Estado de Colombia (Sentencia del 31/08/2000, en Caicedo, 2013): “Las entidades cooperativas son empresas económicas. Esta característica las comparten con las sociedades comerciales, si bien se diferencian de ellas en muchos aspectos, tales como la ausencia del ánimo de lucro en sus operaciones, su carácter democrático, su concepción acerca de las relaciones entre el capital y trabajo, su compromiso con las comunidad, etc.

Sin embargo, la diferencia esencial con las sociedades mercantiles no estriba en el beneficio en sí, sino en la forma de reparto, que puede hacerse de un modo bastante diversificado. Como empresa mutualista (que opera fundamentalmente con sus propios socios) permite distribuir beneficios vía precios (les cobra un precio menor que el del mercado), a través de los intereses al capital aportado y de los retornos, e incluso a través de los fondos (Vargas, 2009).

¿QUÉ IDENTIFICA UNA ENTIDAD DE ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA? (ESS)

Problemática

Se hace necesario determinar con la mayor precisión posible- cuáles son las entidades que conforman este sector a quienes se les aplique la legislación específica del mismo. Los autores coinciden en que los límites de lo que son las entidades que componen la ESS no son precisos.

La gama de posiciones es muy variada: va desde una primera postura que considera necesario que dichas entidades realicen actividad económica directa y permanente (que sean empresas); otra, que solo acepta las empresas que estén conformadas exclusivamente por “trabajadores”, o en las que se practique el trabajo asociado; a una tercera, que considera de ESS todas las entidades que no son ni del sector público, ni del privado propiedad de inversionistas (o sin fines de lucro) lo que incluye las asociaciones, las fundaciones y hasta el voluntariado (se trata de un criterio residual).

Dentro de esos extremos, y según las ideas de cada uno, se incorporan o no, entidades (comprende las empresas propiamente dichas y las organizaciones) dentro del sector de ESS, siempre que tengan por objeto un beneficio colectivo cualquiera, que puede ser económico, social, cultural, deportivo o religioso. Incluso que se dediquen principalmente a la producción o distribución de bienes y servicios “preferentes”¹⁶.

Algunas entidades, se dice, lo son, por el simple hecho que *formalmente* lo son, esto es, porque están reguladas o porque cuentan con normativa propia (ley, decreto, reglamento). De manera que las cooperativas, mutuales, fondos de

¹⁶ Los bienes preferentes o sociales, son aquellos sobre los que existe un amplio consenso político y social en cuanto a que son esenciales para una vida digna, y por lo tanto deben estar a disposición de toda la población, independientemente de su renta o poder adquisitivo. Por consiguiente, se considera que el gobierno debe prever la producción y la distribución de estos bienes, ya sea garantizando que se suministren de forma gratuita o subvencionándolos de forma que puedan adquirirse muy por debajo de los precios del mercado (Chaves y Monzón, 2013)

empleados, cajas de ahorro, cajas agrarias, bancos comunales y empresas comunitarias y similares, serían entidades de ESS, aunque en la realidad no sean más que –por decir lo menos- falsas o torcidas entidades solidarias; esto es, solidarias de forma pero, de fondo, entidades comerciales.

Entonces, hay que ir más allá de lo simplemente formal (de las declaraciones retóricas de la ley y del estatuto) e indagar en la estructura y en la operatividad ordinaria de la entidad si cumplen en la realidad con los postulados de la ESS; esto es, si se identifica con las identidades propias del sector (Álvarez, 2011). O, más precisamente, si tienen vida asociativa, caracterizada por la realización de actividades socioeconómicas con apego a la especificidad cooperativa, y que las transferencias hacia los asociados logran satisfacer sus necesidades en el marco del acto cooperativo (o solidario) (Álvarez, 2016).

De manera que habría un núcleo “duro” de entidades de ESS: las nombradas anteriormente. A lo que –en opinión de otros- se podría añadir, *“aquellas otras entidades que cumplan con los valores y los principios de la economía solidaria”* en el grado en que se encuentren formulados. Pero es necesario que ello se precise bien, porque se corre el riesgo que algunas entidades –para gozar de los beneficios que generalmente se acuerda a las entidades solidarias- se hagan pasar por tales, tal y como sucede -principalmente- con numerosas “falsas” cooperativas.

Por otro lado, hay muchas entidades que formalmente no son de ESS ya que no adoptan alguna de las formas legales requeridas para serlo. No son ni cooperativas, ni mutuales, ni cajas, fondos, bancos, ni empresas comunales o comunitarias, pero de hecho practican y viven la solidaridad, sus valores, sus principios y sus formas de actuar.

En opinión de Millán (2008) a falta de criterios fijos y seguros sobre la adscripción de una empresa al sector de la ESS, habrá que estar atentos en cada momento a la propia estructura-democrática- y actividad estatutaria para incluirla o mantener reservas, en su caso, en el grupo del tercer sector.

O bien, empresas que siendo entidades que viven el espíritu solidario y se comportan de esa manera, sin embargo -por diversas causas- no se han registrado formalmente como tales. Podríamos llamarlas “informales”, por lo que tampoco serían de ESS, aunque estas son las menos (las mutuales presentan esta tendencia).

Heras Y Burín (2013) anotan que al ser heterogéneos los actores que participan, resulta muy difícil imaginarse un solo cuerpo legal que incluya problemáticas tan diversas como las de los colectivos culturales, la agricultura familiar, la agricultura agroecológica (orgánica, o permacultural), las empresas recuperadas, las cooperativas de comercialización, las asociaciones de productores y consumidores, los medios de comunicación comunitarios o cooperativos, entre otras. Éste —interpreta el autor— es el motivo por el cual algunas propuestas legislativas y normativas se redactan en clave de —marco general de derechos, o —programa de promoción.

Importancia de la delimitación

Entonces, delimitar claramente qué entidades son los integrantes del sector no es una tarea fácil, máxime cuando –hasta ahora- ello no está precisado ni en la doctrina, ni en la legislación. Es una actividad en pleno desarrollo. Se trata de un concepto impreciso, cuyos bordes no están aun claramente definidos.

En 2001 Barea (2001) establecía los caracteres de las empresas de economía social de la forma siguiente:

1. Son privadas, es decir, no forman parte del sector público ni están controladas por el mismo.
2. Organizadas formalmente, estos es, las empresas de la economía social son unidades institucionales con autonomía de decisión que disponen de un conjunto completo de cuentas y que, habitualmente están dotadas de personalidad jurídica

3. Con autonomía de decisión, lo que quiere decir que tienen plena capacidad para elegir y cesar a sus órganos de gobierno y para controlar y organizar todas sus actividades.
4. Con libertad de adhesión, o sea, que no son de adhesión obligatoria.
5. Creadas para satisfacer las necesidades de sus socios, mediante la aplicación del principio de *self-help*, es decir, son empresas en las que habitualmente se da la doble condición de socio y usuario de la actividad.
6. Son productores de mercado, lo que significa que son empresas cuya producción se destina principalmente a la venta en el mercado a precios económicamente significativos.
7. Pueden distribuir beneficios o excedentes entre los socios usuarios, pero no en proporción al capital o a las cotizaciones aportadas por los mismos, sino de acuerdo con la actividad que éstos realizan con la entidad.
8. Son organizaciones democráticas en las que, en el proceso de toma de decisiones, se aplica el principio de “una persona, un voto”, independientemente del capital o cotizaciones aportadas por los socios.

En la Unión Europea, señala Alonso (2009) que de acuerdo al informe Tola se hace necesario fijar normas claras para determinar que entidades pueden funcionar legalmente como de la economía social y se establezcan barreras jurídicas eficaces para que sólo esas organizaciones puedan aprovechar la financiación destinada a estas empresas o las políticas públicas que tienen por objeto su promoción.

Alternativa

Para abordar el asunto fijamos en una tabla los elementos fundamentales - esencialmente de fondo- que determinan si una entidad puede ser catalogada como de ESS, en tanto se acerque al cumplimiento de su objeto. En tal virtud, se hace necesario hacer una enumeración de los caracteres que definen a una entidad solidaria como tal, de manera que aquella entidad que los cumpla, sería de naturaleza solidaria.

Para ello, se hizo una revisión exhaustiva de los criterios doctrinales al respecto, así como un análisis comparativo de la legislación de ESS existente, de manera de entender que pertenece a la ESS aquella entidad que cumpla un cúmulo de requisitos para serlo.

Los elementos esenciales (necesarios y suficientes) que identifican una entidad como de economía social y solidaria, son:

| | |
|-----------|---|
| 1 | Su objeto principal es realizar una actividad económica en beneficio directo de sus miembros, la que puede combinar con actividades de protección social, salud, educativas, culturales, deportivas y otras similares |
| 2 | Están compuestas por un razonable número de personas que se adhieren voluntariamente y que en conjunto constituyen un grupo donde se logra una dimensión óptima al maximizar los beneficios netos per cápita de sus miembros. |
| 3 | Tienen una base económica común aportada por sus miembros, al menos una parte de propiedad común. |
| 4 | Disponen de una organización mínima de índole democrática-participativa que puede ser, al menos una asamblea en la que participen todos los miembros, un órgano directivo o coordinador, un representante legal y un órgano de control. |
| 5 | Su objeto social es la prestación de servicios a sus miembros (o su trabajo personal), la producción y prestación de bienes y servicios preferentes y no la consecución del lucro como objetivo sino como medio. |
| 6 | Las condiciones de trabajo y los beneficios sociales de los trabajadores no son menores a los que establece la legislación laboral, y la diferencia de remuneración entre todos los trabajadores es razonable. |
| 7 | Las decisiones las toman las personas que forman parte de la entidad, sin importar la cuantía de los derechos económicos que tuvieren en ella. |
| 8 | Promueven actividades compartidas de información y de capacitación, de formación o entrenamiento para sus miembros y sus familiares. |
| 9 | En su interior se practica la democracia participativa mediante la realización periódica de asambleas a las que asisten la mayoría de los miembros con derecho a disentir, y los miembros eligen a los directivos, los que se alternan en el ejercicio del cargo. |
| 10 | Los resultados económicos que obtienen de su actividad socio-económica se imputan preferentemente a fondos comunes irrepartibles y a la distribución equitativa entre sus beneficiarios. |
| 11 | Están integradas a otras entidades de beneficio comunitario o forman redes de empresas para maximizar la incidencia de su objeto social y generar economías de escala que se destinan al cumplimiento de su objeto social. |
| 12 | Realizan actividades para la protección y preservación del medio ambiente. |
| 13 | Actúan en pro del interés colectivo y en beneficio de la comunidad. |
| 14 | Tienen autonomía de acción tanto respecto del gobierno como del sector privado; es decir, deciden por sí mismas las actividades a desarrollar. |
| 15 | En ocasiones asumen la prestación de servicios diferenciados y específicos para la comunidad, o para colectivos desfavorecidos o en situación de peligro. |

Fuente: García-Müller y Álvarez, 2012

CLASES DE EMPRESAS SOLIDARIAS

Las clasificaciones son doctrinales en cuanto que como señala Vargas (2012) facilita la agrupación de distintas clases de cooperativas con conexiones y relaciones entre sí, lo que permite un cierto tratamiento jurídico homogéneo de parte del legislador.

A continuación se presentan algunas clasificaciones de las empresas solidarias:

Por su objeto

Esto es, según la actividad que desarrollan, pueden ser:

1. De producción o de trabajo asociado, en la que los miembros aportan trabajo, además de bienes a la empresa cubriendo las necesidades de oferta de los socios; y
2. De consumo, obtención u organización que son las que atienden a necesidades de demanda de los socios de los bienes o servicios que adquieren de las cooperativas con lo que los socios se constituyen en cierto modo en clientes de la empresa (las mutuales por las características propias del tipo, necesariamente, están limitadas a la prestación de servicios).
3. Mixtas, que son aquellas que en forma conjunta y simultánea realizan actividades de producción y obtención siempre que sean lícitas y posibles de desarrollar en forma asociativa.

La forma o modo en qué se desarrolla la actividad cooperativizada de cada una de estas cooperativas es bien diferente. En principio, en las cooperativas de consumo esa actividad será de oferta de la sociedad a los socios de los productos que éstos demandan; mientras que en las cooperativas de producción en las que los socios aportan trabajo o los productos o bienes derivados de aquel, éstos son ofrecidos por la sociedad al mercado y muchas veces demandados de manera previa por la sociedad a los socios.

En las primeras, el objeto social se desarrolla con los propios socios cooperativos de los que se dicen que son los principales clientes de la cooperativa; mientras que en las de producción el objeto social consiste en una actividad empresarial que se desarrollan en el mercado exterior, en el que los clientes son los terceros no socios (Vargas, 2012).

Según la empresa

1. Por su complejidad: ordinarias y simplificadas.
2. Por su grado, entendido por nivel o el lugar que ocupa una entidad o empresa dentro del sistema organizativo del sector, pueden ser de primer grado; de segundo grado; de tercer grado o de más grados.

Por la naturaleza de las actividades que realizan

1. De distribución, cuyo objeto es brindar a sus asociados bienes o servicios que necesitan para su uso personal o para la actividad que realizan: son las de consumo y de provisión; de colocación de la producción individual de los asociados y que comercializan en común, y
2. Empresas de trabajo o de producción, esencialmente cooperativas de trabajo asociado (Pastorino, 1993). La mutual, en cambio, siempre es una empresa social de distribución de servicios.

Por el régimen de responsabilidad adoptado

De responsabilidad limitada, de responsabilidad suplementada; de responsabilidad ilimitada y de responsabilidad solidaria

Por la actividad que desarrollan

1. Especializadas o uniactivas:
Son aquellas empresas que tienen un solo y exclusivo objeto. Y multiactivas o de servicios múltiples, las que desarrollan varios objetos de obtención, Integrales o mixtas, las que realizan al mismo tiempo actividades de

producción de bienes y de obtención de servicios. Richer (1999) denomina esta clasificación “por la relación económica entre los miembros y la empresa”, y las clasifica en: unifuncionales (de consumidores, de proveedores y de trabajo) y multifuncionales (cuyos miembros son a la vez consumidores y productores).

2. Según la rama de actividad.

Siguiendo el sistema clasificatorio de actividades de las Naciones Unidas, las empresas solidarias podrían clasificarse, según la actividad socioeconómica que desempeñan, en: de agricultura, ganadería, caza; de pesca y acuicultura; de explotación de minas y canteras; de industria manufacturera y artesanía; de suministro de electricidad, gas y agua; de construcción; de comercio al mayor y al por menor; de hoteles y restaurantes; de transporte, almacenamiento y comunicaciones; financieras; de actividades inmobiliarias, empresariales; de Educación; de Servicios sociales y de salud; de Otras actividades comerciales y pensiones; de Hogares individuales con servicio doméstico; de Organizaciones y órganos extraterritoriales.

López Becho (2002) afirma: “En verdad, las cooperativas podrán adoptar por objeto cualquier género de servicio, operación o actividad que permita la estructura empresarial y, básicamente, que congreguen personas o profesionales que puedan actuar autónomamente o, por lo menos, que puedan comportarse como asociación o sociedad. Así, por rigor del discurso, debemos resaltar la imposibilidad de estructuración de cooperativa para fines militares, o para prestación de servicios públicos obligatorios e indelegables como los diplomáticos, judiciales, legislativos, etc.

Por el régimen de propiedad:

Según quien detente la propiedad de los bienes empleados en sus actividades productivas, las empresas solidarias pueden ser:

1. De propiedad colectiva (comunidades del Ecuador).
2. De propiedad individual de los miembros
3. De propiedad combinada: una parte de propiedad colectiva y una parte de propiedad individual de los miembros.
4. Cogestionada: una parte de propiedad de un patrón y otra parte de los miembros.

Según los miembros

1. Por el vínculo de sus miembros

El vínculo puede ser entendido como la condición, el requisito, la circunstancia o la cualidad que tienen en común los miembros de una cooperativa; las condiciones similares que deben tener los miembros para pertenecer a una empresa y que les permita cierta identificación o elementos comunes.

El vínculo puede ser único o múltiple, por ejemplo, ser productor de café en una zona determinada.

El vínculo puede ser: geográfico (vivir o trabajar en determinada área).

Profesional (tener la misma profesión u oficio); de empresa o establecimiento (prestar servicios en la misma empresa o grupo de empresas); de asociación (de profesores de secundaria, por ejemplo); de intereses personales, etc.

2. Por el sistema de trabajo empleado:

De trabajo-asociado; de trabajo-asalariado; de trabajo-combinado de los miembros-trabajadores y de los asalariados.

3. Por el grado y la naturaleza de sus miembros:

- De personas naturales exclusivamente, como es el caso de las cooperativas de trabajo asociado.
- De personas colectivas, por ejemplo, de asociaciones civiles integradas por personas naturales. Sería una empresa solidaria de segundo piso, integrada por personas colectivas de primer grado.

- De ambos tipos de personas, pudiendo establecerse un porcentaje máximo de cada uno de los tipos de personas, por ejemplo, no más de un 10% de los miembros podrían ser personas colectivas.

4. Por el número de sus miembros:

- Ordinarias: número regular o corriente para todo tipo de empresa.
- Especiales: según la actividad, por ejemplo, de ahorro y crédito a las que siempre se exige mayor número.
- Simplificadas: empresas de un reducido número de miembro. Se fundamenta en los casos de la utilización de la cooperativa como instrumento de las políticas activas de empleo que exige atender al surgimiento de cooperativas de pequeñas dimensiones en sectores como las prestaciones sociales y sanitarias, el desarrollo local, la educación y la inserción social y laboral. En la práctica se trata de cooperativas de trabajo asociado con una base social muy reducida: hasta 10 con la posibilidad de administrador único (Paniagua, 2005).

5. Por los intereses de los miembros:

- De intereses únicos o predeterminados: que sirve a una sola categoría de participantes y en la que los miembros tienen la doble condición de socios y de usuarios, trabajadores o clientes; de intereses variados o múltiples (*multi-stakeholders*).
- Las empresas de intereses múltiples sirven a diversas categorías de personas con intereses diferentes (los portadores de intereses) a través de prestaciones especiales para cada uno, siempre que las mismas sean afines: inversores externos en las cooperativas híbridas; usuarios de los servicios que presta la empresa comunitaria, pero no asociados (beneficiarios) o los asociados discapacitados en las cooperativas sociales; trabajadores dependientes; suministradores; clientes; la comunidad local en su integridad: el Estado, etc. (Levi, 1999).

Señala Bonfante (1995) que en ellas debe haber paridad de trato entre los diversos servicios para evitar que los resultados derivados

de la gestión de una determinada categoría sean imputados a otra categoría hegemónica o privilegiada; la exigencia de gestión separada para cada categoría; equilibrio numérico entre las prestaciones ofrecidas a las diversas categorías; asambleas separadas y una general de toda la entidad y contabilidad separada de las distintas actividades.

En las mutuales, en general, hay distintas categorías de asociados y dentro de cada categoría todos tienen iguales derechos y obligaciones. Esto obedece al origen histórico del mutualismo, nacido para atender necesidades de carácter social, no económico.

De ellos, solo la categoría determinada por el estatuto tiene los derechos políticos (los asociados que pueden participar de las asambleas y elegir y ser elegidos para el desempeño de cargos sociales). A veces, esta categoría está condicionada por la pertenencia a alguna actividad, región, origen, etc., pero esto es facultativo (Moirano, 2009).

*Según sus relaciones con el medio*¹⁷

1. Cooperativas cerradas

Están vinculadas con la iniciativa de un grupo social claramente definido – empresa, barrio, parroquia, fuerzas armadas, universidades, etc.-, para satisfacer alguna necesidad específica al colectivo de socios.

2. Cooperativas abiertas

Se caracterizan por que el grupo social al que sirven es dinámico en el tiempo, no tienen vínculos institucionales ni de ningún tipo que los reúna que no sea las necesidades a cubrir por la cooperativa.

¹⁷ Narvarte y Careaga, 2016

Según las relaciones con el Estado

1. Por el control del Estado:
Controladas; especialmente controladas; no controladas.
2. Por el apoyo del Estado:
Fomentadas; especialmente fomentadas; no fomentadas.
3. Por el régimen fiscal aplicable:
De tratamiento igualitario para todas las empresas del sector; de tratamiento diferenciado: empresas solidarias protegidas, especialmente protegidas y no protegidas.

Referencias

- Alfonso, R. (2009). La legislación española sobre cooperativas y sociedades laborales: ¿una respuesta adecuada a las necesidades del sector? *Revista Jurídica de economía social y cooperativa*, 20. Valencia, Ciriec
- Álvarez, J. (2011). Notas propositivas para la delimitación del universo de la economía solidaria como objeto de estudio. V Congreso de Rulescoop, San Gil-Santander
- Álvarez, J. (2016). Articulación de políticas públicas dirigidas a las cooperativas. Tesis Doctoral. Instituto Superior de Ciencias Sociales y Políticas. Lisboa, Universidad de Lisboa
- Barea, J. (1991). La Economía Social en España. *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*. Madrid, Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social
- Bonfante, G. (1995). Cooperativism and largue Cooperatives, Bilbao, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 23-24
- 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
- Botana, M. (2013). La disolución. *Tratado de Derecho de Cooperativas. Tomo II*. Valencia, Tirant lo Blanch

- Buonocore, V. (1997). Gestione di servizio, diritti e obblighi del socio cooperatore. *La società cooperativa*. Padova. Cedam
- Caicedo, M. (2013). *Derecho Cooperativo y Solidario*. Bogotá, Leyer
- Cano, A. (2008). Algunas reflexiones tópicas al hilo de una singular y necesaria propuesta de reforma, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 19, Valencia, Ciriec
- Ceccherini, A. (1999). Le società cooperative. *Tratado di Diritto Privado, volume XVIII*. Turín. Giappichelli
- Celaya, A. (1992). *Capital y Sociedad Cooperativa*. Madrid. Tecnos
- 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
- Dabormida, R. (1999). La disciplina degli organi sociali. *Cooperative, consorzi, reaggruppamenti*. Ipsoe
- Fajardo, G. (1999). La Reforma de la legislación cooperativa estatal. *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, N° 10*. Valencia. Ciriec
- 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. Ciriec
- Fajardo, G. (2011). La Ley Española de Economía Social. *Reformas legales en materia de economía social y solidaria*. Valencia, Fundibes
- Fajardo, G. (2012). El concepto legal de economía social y la empresa social. *Revista vasca de economía social*, 8. San Sebastián, Gezki, 2012
- Fici, A. (2015). El papel esencial del derecho cooperativo. *Revista jurídica del Ciriec-España N° 27*. Valencia, Ciriec
- García-Müller, A. (1998). Marco jurídico del Modelo de Economía Solidaria. *La Economía Solidaria, una alternativa frente al Neoliberalismo*. Colacot-Cgtd, Bogotá
- García-Müller, A. (2012). Cómo determinar qué entidades forman parte de la economía social y solidaria *Unisangil empresarial, vol. 5 N° 1*. San Gil-Santander, Unisangil

- Gómez, J. (1999). Concepto e características. *Estudios sobre a lei de cooperativas de Galicia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galicia
- Gómez, P. (2000). Algunas consideraciones sobre la remuneración del capital social en las sociedades cooperativas. *Revesco 72*. Madrid. Aecoop
- Guarín, B. y Sarmiento, A. (sf). *Aspectos legales de la gestión cooperativa*. Bogotá. Pontifica Universidad Javeriana
- Heras, A. y Burín, D. (2013). Aprendizaje en espacios que se han auto convocado para diseñar marcos legales que sostengan y promuevan otra economía. *Jornadas de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires, Cooperar
- Katime, A. (2005). *Derecho Solidario: ¿Pertinente, necesario? Hacia la construcción del derecho solidario en Colombia*. Bogotá, UCC-Dansocial
- Levy, I. (1999). Al di la dei modelli tradizionali. Le cooperative a interessi multipli e il loro ruolo differenziate. *Rivista della Cooperazione 2/1999*. Roma, Istituto Itaiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti
- Lopes-Becho, R. (2002). *Elementos de Direito Cooperativo (de acordo com o novo Código Civil)*. São Paulo, Dialética
- Maheshhvaranadana, D. (2013). *Después del capitalismo. Democracia económica en acción*. San Germán-Puerto Rico, Inter Word publication
- Meira, D. (2015). A societarizacao do órgão de administração das cooperativas e a necessária profissionalização da gestão. *Revista jurídica N° 25/2014*. Valencia, Ciriec
- Millán, R. (2008). *Teoría jurídica de la economía social y cooperativa en Europa*. Documento 63. Buenos Aires, UBA
- Moirano, A. (2009). *Revisión de los originales del libro Instituciones de Derecho Cooperativo, Mutual y Solidario*, de Alberto García Müller
- Morillas, J. (2013). Concepto y clases de cooperativas. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Münkner, H. (1988). *Principios Cooperativos y Derecho Cooperativo*. Bonn.
- Narvarte, P. y Careaga, C. (2016). El modelo del sistema viable: una referencia estratégica para el estudio organizacional del sector cooperativo chileno. *Revesco: revista de Estudios Cooperativos, N° 121*. Madrid, Ciriec-España

- Paniagua, M. (2005). La sociedad cooperativa. *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XX, Vol. 1. Madrid-Barcelona, Marcial Pons
- Pastorino, R. (1993). *Teoría General del Acto Cooperativo*. Buenos Aires, Intercoop
- Paz Canalejo, N. (2012). *Comentario sistémico a la ley /2011, m de Economía Social*. Valencia, Tirant lo Blanch reformas
- Prieto, J. (2002). El régimen económico en la vigente legislación cooperativa a la luz de los principios proclamados por la Alianza Cooperativa Internacional en 1995. *Revista de Estudios Cooperativos* 76. Madrid-España. Aeccop
- Reyes, F. (2010). *SAS. La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá, Legis
- Richer, M. (2009). Una nueva fórmula cooperativa que asocia a diversos tipos de miembros. *Cayapa, Revista venezolana de economía social* 16, Trujillo, ULA-NURR-Ciriec
- Rodríguez-Musa, O. (2016). *El régimen constitucional de la cooperativa. Una propuesta para su redimensionamiento en Cuba*. Tesis doctoral. La Habana, Universidad de la Habana
- Romero, P. (2002). De las cooperativas mixtas. *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*. Madrid. Colegios Notariales de España
- Sánchez-Bajo, C. (2005). *Políticas Públicas para cooperativas en la Unión Europea*. Buenos Aires, Internet
- Sarmiento, A. (2009). *Derecho de la Economía Solidaria. Conferencias*. Bogotá, Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho
- Scordino, F. (1970). *La Societa Cooperativa*. Nápoles. Jovene
- Vargas, C. (2009). La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 20, Valencia, Ciriec
- Vargas, C. (2012). Clases y clasificaciones de cooperativas, *Deusto Estudios Cooperativos*, Nº 1. Bilbao, Universidad de Deusto
- Vargas, C. et Al (2015). *Derecho de las sociedades cooperativas*. Madrid, La Ley
- Vargas, C., Gadea, E. y Sacristán, F. (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, F. y Peinado, J. (2013). Introducción y ámbito de aplicación. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*. Valencia, Tirant lo Blanch

Viguera, R. (2011). *El derecho de reembolso en las sociedades cooperativas*. Tesis doctoral. Sevilla, Universidad de Sevilla

Zerpa, L. (1998). La duración de la sociedad anónima. Prorroga y reactivación. *Visión contemporánea del Derecho Mercantil venezolano*. Valencia. Vadell

11. EMPRESAS SIMPLIFICADAS

Concepto. Legislación específica. La micro empresa solidaria en América Latina. Cooperativas de trabajo en el plan Argentina trabaja. Las microcooperativas en Europa. Lineamientos de ley especial de organizaciones solidarias en territorios de paz en Colombia

CONCEPTO

Definición

Las empresas solidarias simplificadas pueden ser entendidas como grupos de personas que persiguen los objetivos de una economía alternativa o aplican métodos de producción ecológicamente orientados, que no desean ser supervisados e intervenidos por interventores o controladores de cooperativas: grupos de productores que planean instalar fábricas para sus productos; asalariados que desean organizar cooperativas de ahorro y crédito sin crear un banco: otras formas híbridas, como las cooperativas comunitarias con participación del gobierno local, etc. (Münkner, 1995).

Son organizaciones voluntarias que funcionan según los principios cooperativos sin ser capaces de establecer toda la infraestructura empresarial o sin cumplir todos los requisitos formales que se espera de una sociedad cooperativa madura (OIT, 2002).

Funcionan acorde a los principios cooperativos sin que tengan que cumplir todos los requerimientos de una cooperativa formal. Muchas de las estructuras de éstas pueden no ser necesarias, por ejemplo, un comité supervisor, múltiples miembros en sus órganos, un gerente a tiempo completo, una sofisticada estructura de capital, una documentación elaborada, un sistema contable o contador y un auditor. El criterio de distinción con las empresas formales podría ser la actividad, el giro o la condición de sus miembros, el tipo y, o el volumen de los negocios y transacciones con terceros, etc. (Henry, 2003).

Señala Münkner (2015) que existe actualmente una tendencia para fomentar pequeñas unidades como parte de las redes con raíces locales y cooperación personal basada en la confianza, versus alta movilidad del trabajo, capital, crecimiento sin límites y dependencia de anónimos actores globales. Crear estructuras integradas verticalmente, permitiendo a los pequeños aprovechar la cercanía a los miembros y clientes sin renunciar a la fuerza de gran escala, siendo miembros de sistemas integrados, según el lema de Rabobank "Pequeño en frente – grande en la parte posterior". Estas tendencias pueden resumirse en el lema "Glocalización".

Naturaleza

Estas formas asociativas no formales pueden ser tratadas como cooperativas o empresas solidarias regidas en la ley respectiva, o tratarse como formas asociativas regidas por el derecho privado (Código Civil): por ejemplo, como una asociación o una sociedad civil; u otras instituciones asociativas propias de otras ramas jurídicas: agrarias, laborales, et.; estar reguladas en una parte de la ley cooperativa general, o por una ley especial; dejar su regulación a un reglamento especializado, o en caso de silencio legal, regularse por la legislación ordinaria o civil o mercantil.

En caso de aplicarse las normas de la ley cooperativa general, cabe observar lo incómodo que desde el punto de vista conceptual supone para las pequeñas sociedades cooperativas la utilización de instrumentos propios de sociedades más evolucionadas, aunque no parece que el argumento de la compatibilidad pueda ampliarse hasta el punto de considerarla inaplicable (Dabormida, 2001).

Plantea Schujman (2016) que en América Latina, las prácticas comunitarias y la cosmovisión de la "economía propia", de los "comuneros", de los "egidos", del "ayllu", las "chacras", la "minga", el "choba", y todo tipo de organizaciones "comunales e intercomunales", "la "mano vuelta", el "tequio", la "faena", los "domingos comunitarios", y también las más recientes de "recuperación de empresas", "comercio justo", "trueque", "comercialización solidaria", "agricultura

familiar urbana” y “rural”, “reciclado”, las formas que adoptan las políticas públicas para la generación de “Trabajo y Empleo”, y muchas más que conforman la diversidad de la praxis latinoamericana reclaman, del derecho cooperativo subtipos y formas que protejan su identidad y la refuercen a partir de responder a las necesidades de nuestros pueblos.

Relaciones con las precooperativas¹⁸

Las formas previas y las estructuras simplificadas son dos instituciones semejantes en cuanto ambas son sencillas y ágiles. Lo que sucede es que las primeras son mecanismos provisionales que tienen por finalidad evolucionar hacia formas cooperativas formales (Ver: tema 55). Las segundas, son sistemas cooperativos formales desde su inicio, aunque menos estructuradas que las cooperativas ordinarias, siendo el criterio diferencial entre ambas su cifra de negocios, el número de miembros o el nivel de relaciones con terceros.

A diferencia de lo que ocurrió con las pre-cooperativas, no se trata de otorgar un estatus temporal a las organizaciones que, eventualmente, podrían convertirse luego en cooperativas, sino de reconocer la diversidad de necesidades y de capacidades organizacionales.

El Estado podría reconocer a dichos grupos, mediante un procedimiento simplificado, tomando en cuenta su tamaño (cantidad de asociados), su facturación, su capital (social) reducidos, su grado de interrelación con terceros, etc., lo que puede requerir de normas menos estrictas en materia de rendición de cuentas, auditoría y administración interna (cantidad de órganos, cantidad de integrantes de los órganos, documentación a ser llevada, etc.).

Este concepto de estructuras cooperativas simplificadas está reemplazando gradualmente al de «pre-cooperativas». En este contexto, algunos países discuten

¹⁸ Henry, 2013

la conveniencia de contar con una legislación separada para las denominadas cooperativas pequeñas. Existe un paralelo interesante en la historia jurídica: en el pasado, la legislación sobre empresas con responsabilidad limitada, como las *GmbH* alemanas, fue introducida debido a que las sociedades anónimas probaron ser organizaciones demasiado complejas para muchos emprendedores.

LEGISLACIÓN ESPECÍFICA

81

Este tipo de entidad viene siendo reconocida en la legislación de cooperativas más reciente, como los “grupos de iniciativa común” de la Ley de Cooperativas de Camerún (1992); las “agrupaciones a vocación económica” de la Ley Cooperativa de Madagascar (1999). Igualmente, un grupo de leyes generales de cooperativas (Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania) incluyen excepciones a “*pequeñas*” cooperativas del cumplimiento de ciertos requisitos.

Tienen por finalidad poner a disposición de eventuales miembros de cooperativas una forma de organizarse menos compleja que las cooperativas. Se trata de tener en cuenta la diversidad de las necesidades y capacidades desde el punto de vista de la organización (Henry, 2000).

Se hace necesario promulgar una legislación especial que regule las formas solidarias, de manera de dar dignidad normativa a fenómenos difusos de ejercicio en forma colectiva de la actividad de empresa que no hubiere podido expresarse bajo forma cooperativa, por así decir madura, por carecer del número mínimo de socios; acercar al movimiento cooperativo formas de empresas autogestionarias que no estaban en grado de darse una adecuada estructura cooperativa por falta de idónea sensibilidad al respecto; favorecer la agregación de empresas desarrolladas en forma individual para permitirles una presencia más activa en el mercado (Dabormida, 1999).

Sirven para ofrecer más de una forma jurídica para alcanzar los objetivos cooperativos: otras formas jurídicas ajustables a los principios cooperativos como

pequeños grupos sin el número mínimo requerido por la ley que utilizan el modelo de asociación y desean mantener sus características jurídicas, incluso si aumenta el número de miembros.

En el caso de las microempresas en América Latina, la mayor parte de ellas permanecen en la informalidad dado que no existe un marco legal adecuado para ellas, ya que la formalización tiene un costo elevado; muchas veces no tienen las condiciones mínimas exigidas, se reducen los márgenes de ganancias por el pago de impuestos y servicios públicos, desconocimiento de los procedimientos a seguir, la no percepción sobre la utilidad o necesidad de la legalización o el temor al control estatal. Por estas razones, se estima que se requeriría de un nuevo marco jurídico y tributario para ellas, que sea flexible, extremadamente simple y menos costoso, y que se adapte a su especial racionalidad económica (Arango, 2003).

En tal sentido, es importante el dictado de una legislación específica para formalizar o legalizar este tipo de emprendimientos, ya que como señala Zabala (2015) ocurre que cuando se desprecia la legalidad del proceso productivo, éste no tiene capacidad de sostenerse en los circuitos económicos locales porque la participación en ellos implica hacer acuerdos con otros agentes económicos o participantes del mundo local, regional o nacional.

Y continúa: cuando se desprecia la legalidad, las organizaciones se aíslan en sí mismas, constituyéndose en entes autárquicos que fenecen rápidamente. Toda organización para ser sujeta de derechos y, a la vez, ser responsable de obligaciones requiere mínimamente desarrollar procesos de registro de su propia existencia, los cuales son necesarios mantener en el tiempo; también para que se le considere parte del mundo económico y para dar cumplimiento a las obligaciones que nacen de su existencia, debe someterse a diferentes procesos de control de legalidad en organismos que el Estado tiene dispuestos para ello, o a diferentes procesos de fiscalidad que es Estado dispone para el desarrollo de la actividad empresarial,

Añade: también la legalidad es indispensable para establecer procesos contractuales referidos a diferentes factores productivos como el capital, el trabajo, la tecnología o la gestión, en la medida en que para desarrollar sus operaciones requiere hacer contratos para la adquisición del factor monetario o la contratación del trabajo, o el acceso a bienes y servicios de los proveedores o el cumplimiento de compromisos que nacen del solo hecho de haberse constituido como empresa.

ALGUNAS EXPRESIONES

83

LA MICROEMPRESA SOLIDARIA EN AMÉRICA LATINA¹⁹

Son pequeñas organizaciones empresariales, integradas por un grupo de personas con vínculos comunes que se aglutinan con el objeto de realizar actividades en los campos de la producción de bienes o servicios, la comercialización y el consumo.

Para el autor, la microempresa solidaria en América Latina es una pequeña organización empresarial en la cual sus propietarios son simultáneamente trabajadores y administradores de la misma, integrada por un grupo de personas con vínculos comunes que se aglutinan con el objeto de realizar actividades en los campos de la producción de bienes o servicios, la comercialización y el consumo.

Tienen por propósito generar fuentes de trabajo para sus integrantes a fin de obtener los ingresos necesarios para su subsistencia. Pueden ser permanentes si sus integrantes trabajan a tiempo completo todo el año; temporales, si sus integrantes solo trabajan durante el año algunos días u horas semanales; ocasionales, funcionan solamente en ciertas épocas del año, de acuerdo con la demanda que generan eventos como la navidad, el inicio del año escolar, etc.

Desarrollan cualquier actividad en la producción, la prestación de servicios, la comercialización y el consumo: elaboración de productos alimenticios con

¹⁹ (Arango, 2003).

diferentes grados de procesamiento; tiendas de barrios, tiendas naturistas, fotocopiadoras; cafeterías, bares, heladerías, salas de juego, salones de belleza, estudios de fotografía, talleres automotrices, refacción, mantenimiento, etc.

Pueden ser:

1. Permanentes, si sus integrantes trabajan a tiempo completo todo el año.
2. Temporales, si sus integrantes solo trabajan durante el año algunos días u horas semanales.
3. Ocasionales, funcionan solamente en ciertas épocas del año, de acuerdo con la demanda que generan eventos como la navidad, el inicio del año escolar, etc.

Normalmente sus miembros aportan los bienes y medios de trabajo, los que continúan siendo de ellos, aunque su mantenimiento corre a cargo de la microempresa. Lo habitual es que solamente los propietarios trabajen, aunque en ciertos casos recurren a trabajadores externos, regidos por la legislación laboral. Aunque todos trabajen en la misma labor, hay un director o coordinador general y responsables por áreas de actividad.

Tienen una alta rotación de sus miembros. La remuneración de los mismos se basa en participación en los excedentes que genera la microempresa, según la cantidad de productos elaborados por cada socio, las horas o días trabajados o a la calificación de cada uno.

Muchas veces las microempresas se asocian a cooperativas o asociaciones mutuales para el suministro de materias primas e insumos, la comercialización, la recreación, servicios exequiales, créditos, etc. Igualmente, pueden constituir cooperativas para que les presten determinados servicios en áreas como la comercialización de sus productos, el suministro de insumos y materias primas, asesoría técnica y capacitación de sus miembros.

Igualmente, pueden constituir cooperativas para que les presten determinados servicios en áreas como la comercialización de sus productos, el suministro de

insumos y materias primas, asesoría técnica y capacitación de sus miembros, recreación, etc.

*La empresa comunitaria en Colombia*²⁰

Es la unión de más de tres personas o familias que producen bienes y servicios, mediante el trabajo en común y la propiedad y la administración compartidas por todos.

Características:

1. Copropiedad: todos son socios y aportantes por igual del capital necesario
2. Todos los socios trabajan en forma personal
3. Coordinación: todos tienen igual derecho de gestionar la empresa
4. Participación en los beneficios, de acuerdo con reglas previamente establecidas y de modo que se atienda al rendimiento, la mayor responsabilidad y a las necesidades personales y familiares de cada uno.

COOPERATIVAS DE TRABAJO EN EL PLAN ARGENTINA TRABAJA (“2009”)²¹

Eduardo Fontela expresaba al tiempo de su lanzamiento que, “no es por su esencia y lógica de gestión un programa de promoción de cooperativas de trabajo, es un plan social asociativo para disminuir la pobreza”.

En el marco de este programa se generaron valiosos instrumentos dirigidos a estas cooperativas, a saber:

1. Monotributo Social que reconoce a los sectores en “situación de vulnerabilidad social” la realización de actividades económicas, permitiéndoles emitir facturas, acceder a una obra social con un canon

²⁰ Galat, 2004

²¹ Schujman, 2015

reducido, ingresar al sistema previsional y ser proveedor del estado por compra directa. Constituye un paso importante en la formalización del trabajo asociado.

2. El acceso a la “marca colectiva, destinada a favorecer y a identificar a los emprendimientos de la economía solidaria.
3. El programa de microcréditos, (Ley 26.117), y la generación de una estructura específica en el ámbito de la Secretaría de Economía Social, para capital de trabajo de unidades económicas de la economía solidaria, con tasa de interés subsidiada, y que comprende a su vez un importante número de programas que priorizan el trabajo familiar o asociativo y está destinado a actividades económicas que se encuentran.

Las “cooperativas” engendradas por estos valiosos planes sociales, nacen con serias dificultades para su sostenibilidad en el tiempo, para desarrollarse autónomamente, y mucho más para funcionar autogestionariamente.

Esas políticas, no obstante, en tanto no reconstruyan el tejido social productivo, introduciendo democracia social sustancial, y no distribuye los resultados de la explotación entre los trabajadores, ni les permite conformar con ellos capital cooperativo, sino que redistribuye tras el proceso de producción, distribución, consumo y tributación, haciendo que esa inclusión que promete sea estructuralmente insostenible, y el recurso al tipo cooperativo no es consistente con su rol alternativo, ni con una perspectiva de desarrollo humano.

Se encuentra asimismo a consideración de la legislatura un proyecto específico muy reciente del Diputado Recalde, quien con atino los denomina como “emprendimientos sociales comunitarios”, y en el primer artículo señala que su naturaleza jurídica es la de “un sujeto de derecho que adopta la forma jurídica de cooperativa y se rige por las disposiciones de ley 20.337 y sus modificatorias, normas estatutarias y reglamentarias, resoluciones de sus órganos sociales y por los valores, principios, usos y costumbres de la cooperación”.

Dicha Ley prevé un período transitorio en el que los trabajadores reciben de la Autoridad de Aplicación, una remuneración equivalente al Salario Mínimo Vital y Móvil en el que introduce previsiones para evitar el fraude laboral, el período de prueba, un mecanismo de distribución de excedentes y adopta las medidas para facilitar la capitalización de la que en el futuro puede ser una cooperativa y entre los derechos sociales de los trabajadores, el de afiliarse y participar de una organización sindical,.

Finalmente, tipificar a las “precooperativas o “cooperativas emergentes de planes sociales” o “cooperativas especialmente protegidas”, dotando a todas del mecanismo que asegure “trabajo decente” y “seguridad social” adecuada, pero además, institucionalizar la autogestión de esas cooperativas requiere un esfuerzo consciente en las políticas públicas y una ruptura paradigmática en el “sentido común” de la población excluida que debe estar en sus proyectos de vida.

LAS MICROCOOPERATIVAS EN EUROPA

La Fundación Ezai (2009) ha hecho una propuesta de micro-cooperativa en Europa, en los términos siguientes:

1. Se trata de cooperativas de trabajo asociado.
2. Se requiere que se dicte una ley especial que recoja las especialidades de las microcooperativas, siendo de aplicación supletoria la ley de cooperativas.
3. Se puedan constituir a partir de 2 socios y un número máximo a partir del cual no se justifica un marco de privilegio.
4. Se limite a las cooperativas de primer grado, tanto a las de nueva constitución como a las ya existentes que así lo soliciten y a las sociedades mercantiles que se transformen en micro-cooperativas.
5. Estatuto: el Registro debiera facilitar modelos de estatutos sociales, incluido en un documento único electrónico para que de forma simultánea a su registro como cooperativa, también cumpla con el resto de las obligaciones

inherentes a la constitución y puesta en marcha de una actividad empresarial.

6. Asesoría: la Administración pública debería habilitar un servicio, de carácter público y gratuito que asesore la constitución y coordine a todas las entidades públicas que participen en actos relacionados con la constitución de micro-cooperativas.
7. Cuentas anuales: modelos que no necesiten ni legitimación ni autenticación ante Notario o ante la propia Administración Pública.
8. Consejo Rector: mandato pueda ser indefinido, sin perjuicio de su destitución en cualquier momento por la asamblea.
9. Flexibilización limitada de contratación de trabajadores en cooperativas de trabajo asociado, en una cuantía máxima equivalente al número de socios trabajadores indefinidos.
10. Necesidad de fijar un plazo -razonable- para considerar consolidada su actividad, a partir del cual tendría los mismos límites previstos para las cooperativas de trabajo asociado.

LINEAMIENTOS DE LEY ESPECIAL DE ORGANIZACIONES SOLIDARIAS EN TERRITORIOS DE ALTA VULNERABILIDAD CÍVICA EN COLOMBIA (2016)²²

Territorios

En la geografía colombiana hay territorios que hoy presentan un alto índice de conflicto por permanecer en ellos fuerzas armadas de diversa índole, que se encuentran aislados de los beneficios del desarrollo y que su población sufre enormemente por la inexistencia de un ambiente de paz.

Estos territorios se caracterizan por la ausencia de condiciones para el ejercicio de la asociatividad en tanto prevalece la desconfianza, la desintegración institucional

²² (Uaeos-Ciriec Colombia, 2016)

y el débil relacionamiento entre los actores cívicos, gubernamentales e institucionales básicas para poder plantear esquemas de desarrollo local.

En estos territorios hay, al menos, tres condiciones particulares:

1. Condiciones de control y seguridad

Determinado por la persistencia de asedios por parte de grupos armados no cobijados por los actuales procesos de paz y donde históricamente ha habido despojos de tierras y el desplazamiento forzado interno, confinamiento territorial de poblaciones (vinculados a homicidios selectivos, desMeiranes forzadas, amenazas, masacres y torturas), violencia anti-sindical y vulneración de derechos asociados a la supervivencia física y cultural de sujetos colectivos de especial protección constitucional.. Existe, además, confluencia entre la presencia de grupos armados, los cultivos de coca y la extracción minera.

2. Condiciones logísticas

Determinado por que la accesibilidad y la ausencia de bienes públicos básicos se convierten en una limitante para la presencia de actores estatales y no estatales. En estos territorios se combina ausencia de grupos asociativos y solidarios con altos niveles de pobreza y ausencia protuberante de bienes públicos

3. Condiciones cívicas

Determinado por la presencia de grupos externos a las comunidades, lo que es considerado un acicate para la desorganización, búsqueda masiva de rentas y acciones civiles de resistencia institucional. Hay prevalencia de una lógica económica donde prevalece la acumulación económica en correlación a la acumulación de la miseria por la ausencia de un régimen democrático que incide en el aumento de los índices de exclusión. En estos territorios, existen altos grados de conflictividad y por ello, inexistencia de sistemas cívicos de fortalecimiento democrático.

*Las cooperativas (y economía solidaria) como instrumentos de convivencia pacífica*²³

Las cooperativas tienen una larga data de acciones concretas que históricamente han servido para propiciar condiciones de paz y han tenido un despliegue mayor en materia de postconflictos, así como organizaciones que han sido cooptadas para servir de reproductores del conflicto.

En el año 2006 la Alianza Cooperativa Internacional publicó su mensaje anual bajo el eslogan de “Construir la paz a través de las cooperativas”, y en su contenido enfatiza que estas organizaciones se basan en un conjunto de principios y valores concebidos para promover la causa de la paz: “Las cooperativas ofrecen también una alternativa real a la resolución de conflictos y contribuyen considerablemente a reconstruir las comunidades después de guerras o de conflictos civiles al crear condiciones que disminuyen la posibilidad de que estos conflictos resurjan. Pueden crear la base real a largo plazo para una paz sostenible y amplia fundada en estructuras democráticas” (ACI, 2006).

La ley de organizaciones solidarias en territorios de paz

Dentro de la óptica de la contribución de las cooperativas, en la coyuntura de la Colombia actual (2016), como expresa Zabala (2014) resulta oportuno proponer un ajuste legislativo, especialmente relacionado con la prospectiva de un nuevo escenario transformador del campo (en un ambiente de acuerdos de paz en el nivel interno) en la que se otorga al sector cooperativo funciones como la de irrigación de recursos de crédito, asistencia técnica para el desarrollo agropecuario, servicios sociales y profesionales, comercialización de productos y fortalecimiento de la asociatividad de productores.

De manera que –continúa– un marco jurídico favorable, no restrictivo y que elimine barreras normativas hoy vigentes, es indispensable para que el cooperativismo

²³ Álvarez, 2016

pueda cumplir este papel y para que se movilice en función de contribuir con el Gobierno Nacional en este propósito de modernización del país.

El hecho es que la legislación ordinaria sobre entidades solidarias en Colombia, ha sido diseñada para regir en espacios urbanos consolidados, integradas por personas de un nivel socioeducativo medio; que exige una estructura y unas formas operativas complejas, no compatibles con las requeridas en los territorios de alta vulnerabilidad cívica, por lo que se hace indispensable el dictado de una ley especial que permita el funcionamiento de entidades sencillas, adecuadas a las características propias de los espacios geográficos de intervención.

Características de la ley

Se trataría de una ley de promoción y fomento de la economía solidaria en los territorios de alta vulnerabilidad cívica, que sirva para poner en ejecución los acuerdos de paz en materia de desarrollo rural y fomento de la economía solidaria. La Ley establecería un marco jurídico específico favorable, flexible y no restrictivo, que regule la organización y el funcionamiento de las entidades solidarias en los territorios, que elimine complejidades y obstáculos exigidos a las organizaciones solidarias ordinarias reguladas por las normativas vigentes, y que dé soporte a los procesos de promoción y articulación de la economía solidaria en dichos territorios.

La Ley Especial tendría una duración de diez años contados a partir de su publicación y sería aplicada en forma exclusiva en estos territorios. Entraría en vigencia en forma inmediata a la aprobación de los acuerdos de paz. Sería de aplicación temporal y exclusiva a las entidades solidarias recuperadas, creadas o fortalecidas en dichos territorios, para luego, una vez consolidadas, aplicarles la normativa ordinaria de su tipo de entidad solidaria, si fuese el caso.

Contenidos de la ley

La ley de regulación de las organizaciones solidarias en los territorios de alta vulnerabilidad cívica debería contemplar los siguientes aspectos:

1. Destinatarios

Organizaciones de primer grado de la forma jurídica solidaria adoptada, recuperadas, creadas o fortalecidas en los territorios, integradas por personas naturales o jurídicas sin fines de lucro, cuyo número mínimo y máximo de miembros sea decidido en el estatuto de acuerdo a la forma y tipo jurídico adoptado, así como a la naturaleza de la actividad que desarrollen, no menor de tres personas. Además, entidades solidarias de segundo o más grados constituidas o integradas por entidades solidarias de primer grado.

2. Fuentes normativas

Las disposiciones de la Ley Especial y el estatuto, y supletoriamente las leyes y decretos que regulan la forma jurídica de naturaleza solidaria que los miembros consideren más conveniente, formales o informales, o formas híbridas. Además, la convivencia pacífica, el diálogo y la paz, así como los principios generales de la forma jurídica solidaria adoptada, y los establecidos en la ley que regula la economía solidaria.

3. Tipos de organizaciones

Las organizaciones solidarias podrían ser uniactivas o especializadas, multiactivas o de actividades múltiples, o integrales de acuerdo a las necesidades e intereses de sus integrantes.

En particular, agrarias, de agricultura familiar, de comercialización, de postcosecha, de mercadeo local, de riego, consumo, trabajo asociado, microfinancieras, minería sustentable, agroforestales, prevención y protección de la salud, protección y promoción social, educativas, vivienda social, comunicación social, mantenimiento vial rutinario, construcción y mantenimiento de infraestructura pública, prestación de servicios públicos, vigilancia y seguridad, transporte, mujeres, juveniles, de protección a colectivos en riesgo, personas privadas de libertad, y demás tipos que consideren conveniente.

4. Actividades

Las organizaciones solidarias podrían realizar todo tipo de actividades u operaciones socioeconómicas autogestionadas con sus propios miembros y/o con otras entidades solidarias en igualdad de condiciones con entidades de cualquier forma jurídica, entre otras, de extracción, transformación, producción, industrialización, distribución, transporte, consumo, sociales, culturales, educativas, de turismo y esparcimiento, de salud, de seguridad, de protección del medio ambiente.

En caso en que en la localidad no hubiese servicios financieros institucionales, podrían prestarlos a terceros no miembros, sin que por ello se considerasen como intermediarios financieros.

Toda organización solidaria debería iniciar y mantener permanentemente actividades de ahorro y de crédito individual y, o grupal con sus miembros.

Las organizaciones solidarias de trabajo asociado podrían ejercer tercerización de actividades no misionales con otras entidades solidarias, públicas o privadas.

5. Proceso de legalización y formalización

Proceso expeditivo y gratuito. Asamblea constitutiva de los interesados, o presentación individual ante la autoridad de legalización. Si no tienen estatuto propio, adopción de un modelo de estatuto formulado por la UAEOS en concertación con los organismos de integración existentes. Legalización en Alcaldías, Notarias o Juzgados municipales del domicilio. Facilidad para la apertura y manejo de cuentas corrientes y de ahorro, preferentemente en entidades solidarias financieras.

6. Estructura organizativa

Ágil y sencilla, de acuerdo a las especificidades de la organización. Tener al menos un órgano deliberante y un representante legal, que debe recaer en forma conjunta en dos directivos.

Contar con los órganos internos que consideren conveniente, que pueden ser colectivos o individuales. Funciones ejecutivas asumidas en forma conjunta o separada por los directivos electos. En caso de requerir de

gerente, el mismo estaría supeditado a las instrucciones del órgano directivo, quien delimitaría en forma precisa sus competencias y responsabilidades.

7. Régimen administrativo

Posibilidad de gerencia compartida con otras organizaciones solidarias.

Adopción de un régimen contable simplificado.

Ejercicio económico superior al anual y/o de acuerdo con el ciclo de su actividad socioeconómica. Presentación de Estados financieros mínimos y simplificados, sujetos a revisión con la misma periodicidad del ejercicio socioeconómico, a cargo de los organismos de integración.

Plan de trabajo y presupuesto obligatorio con igual periodicidad. Intervalo remunerativo entre los distintos niveles de trabajadores- asociados y trabajadores no asociados, no superior de cuatro a uno.

8. Régimen económico

Constituidos por los aportes de sus miembros tanto en trabajo personal como en bienes o dinero, por los fondos y reservas que constituyan con los resultados de sus operaciones, por los bienes adquiridos y los que les sean transferidos bajo cualquier título.

Se podrían constituir organizaciones solidarias sin capital y/o aportes económicos iniciales de sus miembros, los que serían integrados paulatinamente con parte del excedente producido en sus operaciones.

Las organizaciones solidarias de trabajo asociado podrían constituirse y/o ejercer sus actividades sin contar con el dominio de los medios de producción, los que deberían adquirir paulatinamente con el producto de sus operaciones. La remuneración de los miembros que trabajasen no constituiría salario, y serían proporcionales a la cantidad y calidad de trabajo aportado por cada uno, salvo que el estatuto disponga otra forma.

Constitución de un fondo de capitalización social de carácter irrepartible, un fondo de educación y un fondo de acumulación de trabajo de los miembros, al menos con el 60% de sus excedentes.

9. Transformaciones y extinción

Posibilidad de convertir su forma jurídica siempre que sea a otra forma jurídica solidaria. En caso de hacerlo a una forma jurídica no solidaria, dejarían de regularse por la Ley Especial, y perderían todos los beneficios que les hubiesen sido otorgados. Los fondos colectivos y los beneficios económicos obtenidos antes de la conversión, en ningún caso podrían ser repartidos entre los miembros y pasarían a otras entidades solidarias reguladas por la Ley Especial.

Las organizaciones solidarias sólo podrían fusionarse con otras entidades solidarias. En caso de escisión, los miembros y recursos económicos escindidos solo podrían incorporarse a otra entidad solidaria.

10. Integración solidaria

Se haría hincapié en la creación y/o fortalecimiento de organismos de integración, de índole gremial, educativa, económico-financiera y/o regional, los que podrían adoptar la forma de federaciones, uniones, centrales de compra, de acopio, de ventas, de comercialización y cualquier otra que se consideren útiles y necesarias.

Formación de un solo organismo de integración por rama de actividad en cada municipio objeto de intervención prioritaria. Afiliación obligatoria de las organizaciones solidarias a los organismos de integración constituidos.

Los organismos de integración tendrían, entre otras, las funciones siguientes: creación y consolidación de circuitos económicos solidarios, creación y manejo de fondos regionales de desarrollo solidario constituidos con aportes de las organizaciones solidarias, concertación con las autoridades municipales para programas conjuntos de desarrollo solidario, ejercer la representación gremial del sector solidario y la representación judicial de las organizaciones solidarias afiliadas a ellos, desarrollo conjunto de programas educativos solidarios y de capacitación técnico-productiva de los miembros y trabajadores de las organizaciones solidarias, ejercicio concurrente con la UAEOS del control de las organizaciones solidarias, prestación de servicios conjuntos de información, administración, contables,

económicos, de asistencia técnica, educativa y demás servicios requeridos por las organizaciones solidarias, dirimir conflictos en las organizaciones solidarias y de éstas entre sí.

11. Autoridad pública competente

Las funciones de promoción, fomento y control de las organizaciones solidarias en los territorios de alta vulnerabilidad estarían concentrada en la Unidad Administrativa de Organizaciones Solidarias (UAEOS) la que las ejercería por medio de una oficina especial dotada de adecuados recursos humanos, técnicos y financieros.

Tendría por competencias: procurar la recuperación de prácticas asociativas anteriores, animación para la creación de emprendimientos solidarios., fortalecer y formalizar las organizaciones solidarias en los territorios, realizar acciones políticas para crear consensos con las fuerzas políticas de la comunidad, movilización y articulación de las entidades públicas, acompañamiento permanente de los procesos, sobre todo prestación de asistencia técnica con énfasis en materia de gestión y económico-financiera, control de las operaciones de las organizaciones solidarias en concertación con los organismos de integración, llevado de un sistema estadístico confiable, entre otras.

12. Régimen de los cooperantes

Los cooperantes deberían pertenecer a una ONG debidamente acreditada ante la UAEOS. Llevarían a cabo acciones de acompañamiento y permanente y continuo a las organizaciones solidarias. Proveniencia sur-sur, particularmente nacionales y de América Latina. Preferentemente procedentes de los territorios en donde ejercerán sus funciones y haber ejercido funciones en organizaciones solidarias. Experiencia y experticia en economía solidaria, debidamente certificada por una ONG de alto nivel especializada en la materia. Comprobada calificación técnica preferentemente en áreas educativa, organizacional, administrativa, jurídica, contable, económico-financiera y productiva de la rama de intervención que corresponda. Ubicación permanente en los territorios en donde

desempeñen sus funciones. Dominio del idioma español y comportamiento personal acorde con la cultura social y cívica prevaleciente en el territorio.

13. Medidas de fomento público al sector solidario

Financieras: apoyo a programas de Microfinanciamiento solidario.

Otorgamiento de capital semilla para emprendimientos solidarios. Subsidios diversos para contratación de gerentes, formulación de proyectos, procesos de innovación, reconversión y modernización tecnológica. No pago de contribuciones por actividades de control o supervisión del Estado.

Subvenciones y ayudas a procesos de integración, concentración y colaboración empresarial solidarias. Canalización de subsidios otorgados por el Estado a los habitantes de los territorios en intervención. Las medidas de apoyo financiero serían ejecutadas por medio de organizaciones solidarias financieras formales que se instalasen en los territorios.

No financieras: prioridad en la entrega de tierras a pequeños y medianos productores asociados a organizaciones solidarias, o a organizaciones solidarias de propiedad social o colectiva. Preferencias en igualdad de condiciones, en la contratación de organizaciones solidarias con entidades públicas en la provisión de bienes y servicios, en particular para las compras públicas de productos o servicios de las organizaciones solidarias.

Asistencia técnica productiva, de gestión y financiera de parte de las entidades públicas. Incentivos a las organizaciones solidarias instaladas que abran operaciones en los territorios, o que inviertan recursos en organizaciones solidarias recuperadas.

14. Régimen tributario apropiado

No sujeción de las organizaciones solidarias en los territorios de alta vulnerabilidad cívica a impuestos, tasas y contribuciones de cualquier tipo o naturaleza nacional, departamental y local por los años de vigencia de la ley y mientras se encuentren sujetas a dicha ley. No sujeción al pago del IVA por los bienes y servicios producidos o prestados tanto a sus miembros como a la comunidad. Obtención en igualdad de condiciones de estímulos fiscales otorgados en forma general en los territorios. Deducción de

impuestos a entidades solidarias formales que abran operaciones en los territorios.

Referencias

- Álvarez, J. (2016). *Articulación de políticas públicas dirigidas a las cooperativas*. Tesis Doctoral. Instituto Superior de Ciencias Sociales y Políticas. Lisboa, Universidad de Lisboa
- Arango, M. (2003). La economía informal. Una transición democrática. *Las famiempresas y microempresas, una alternativa solidaria*. Medellín. UCC
- Dabormida, R. (1999). La Piccola Societa Cooperativa. Il fattore dimensionale tra crescita dell' impresa cooperativa e informazione del socio. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* 32. Bilbao. Universidad de Deusto
- Dabormida, R. (2001). ¿La sociedad cooperativa de pequeño tamaño: es una verdadera forma simplificada de sociedad cooperativa? *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* 12. Valencia, Ciriéc-España
- European Foundation for Public Policies (2009). *Bases para la regulación de micro-cooperativas entre Estados miembros de la Unión Europea*. Arrasate-Mondragón
- Galat, J. (2004). *¿Qué es la empresa comunitaria? Y algo de su historia*. Colección cultura y vida. Bogotá, José Galat
- Henry, G. (2003). El papel de las cooperativas en la promoción del empleo y los Ingresos en los sectores rurales y no estructurados. *Reunión de Expertos en cooperativas*. Informe 3. N° MEOC/199313. Ginebra. OIT
- Henry, H. (2000). *Cuadernos de legislación cooperativa*. Ginebra. OIT
- Henry, H. (2013). *Orientaciones para la legislación cooperativa*. Ginebra, OIT
- Münkner, H. (1980). *Le Statut Juridique de la Pre-Cooperative*. Bonn. Friedrich-Ebert Stiftung
- Münkner, H. (1995). *La Legislación Cooperativa y la función reguladora del Estado*. Ginebra. OIT

- Münkner, H. (2015), Revision of the law on cooperatives as a reaction to the challenges of Economía social and technological change. *Revista jurídica N° 26*. Valencia, Ciriiec-España
- Organización Internacional del Trabajo. (2002). *Promoción de las cooperativas*. Ginebra, OIT
- Ramírez, B. (1980). *Los grupos precooperativos*. Bogotá. Universidad Santo Tomás
- Schujman, M. (2015). “precooperativas”, “cooperativas que instrumentan planes sociales”, “cooperativas sociales” o “especialmente protegidas, o “emprendimientos comunitarios”. *Las cooperativas de trabajo en América Latina*. Rosario, Ediciones DelReves
- Schujman, M. (2016), Historia del derecho cooperativo. *Derecho Cooperativo Latinoamericano Comparado (en prensa)*. Rosario, Aidcmess
- Uaeos, Unidad Administrativa Especial de Organizaciones Solidarias y Ciriiec-Colombia (2016), *Marco para el fomento de la economía solidaria en territorios rurales de Colombia*, Bogotá, UAEOS-CIRIEC Colombia
- Zabala, H. (2014). *Propuesta de contribución del cooperativismo al proceso de implementación del plan nacional de desarrollo 2014-2018*. Medellín, Asociación Antioqueña de Cooperativas – Confecoop Antioquia

12. PERSONERÍA JURÍDICA

Naturaleza. En América Latina. Otorgamiento de la personería. Efectos de la personería: Responsabilidad, denominación, patrimonio, capacidad. Representación. Ejercicio. Oponibilidad frente a terceros

NATURALEZA

Puede ser que la empresa solidaria no tenga una forma jurídica determinada, o que sea considerada como una sociedad irregular o de hecho, lo que significa que la entidad no se registra legalmente (como lo fueron por muchos años las cajas populares de México). Puede ser, también, que la ley declare en forma expresa que la empresa solidaria goza de personalidad jurídica, o que ello se desprenda del conjunto de atributos que le reconozca el ordenamiento jurídico (reconocimiento tácito).

En torno a la naturaleza de la empresa solidaria se debe diferenciar a la cooperativa, de otras formas. Respecto de la cooperativa hay tres posturas básicas: como asociación, como sociedad y como categoría especial o autónoma.

Acercas de las mutuales, es pacífico el considerarlas como asociaciones, lo mismo que los fondos de empleados, cajas de ahorro, de crédito o comunales, asociaciones solidaristas y otras.

Adicionalmente, hay numerosísimas entidades que adoptan la forma de asociaciones, sociedades civiles e incluso mercantiles, así como otras optan por la forma de fundaciones.

Asociación

La empresa solidaria puede ser una persona jurídica de naturaleza societaria civil o mercantil; ser una sociedad que ejerce actividad industrial o comercial en beneficio de la comunidad, como lo es en el Reino Unido, o ser una asociación, como algunas leyes –a nuestro parecer erróneamente- denominan a las cooperativas.

Aquí es importante recordar cuál es la diferencia entre asociación y sociedad. En ambas hay un contrato plurilateral de organización. En las dos hay que aportar, y ese aporte debe ser concreto. En la asociación se evoca la idea de aportes de orden intelectual o moral (conocimiento o actividad). La diferencia neta surge en cuanto el objeto que se persigue: el objeto de la sociedad, es de dividirse el beneficio que pudiera resultar. Comporta dos condiciones: primero, hay que obtener beneficios, luego, hay que dividirlos. En cambio, la asociación persigue obtener beneficios o puede obtenerlos, lo que no busca es repartirlos. Para ello, puede afectar unos beneficios a obras sociales (Coutant, 1956).

En este sentido, para Moirano (2009) la cooperativa participa de elementos propios tanto de la sociedad como de la asociación, pero prevalecen los de la matriz asociativa.

Para Rodríguez-Musa (2016) la concepción anterior alberga un importante trasfondo ideológico que la lleva a sacrificar el reconocimiento jurídico de la dimensión empresarial de la cooperativa. De esta forma se mutila su esencia y, por tanto, se reduce la protección jurídica de su actividad comercial, como si esta no fuera imprescindible para el despliegue de las potencialidades sociales de la figura.

Ahora bien, pueden existir eventualmente entidades que desarrollan actividades más asociativas que societarias, como parece ser con las llamadas *cooperativas sociales* (Lopes-Becho, 2002).

Sociedad

Meira (2015) se adhiere a la construcción doctrinal que defiende la relativización del fin lucrativo en el sentido de que éste no es un elemento esencial del concepto de sociedad, sino apenas un elemento natural, debiendo ser entendido en sentido lato, incluyendo ahorro de gastos,

De manera que lo esencial es el ejercicio de una actividad económica común, teniendo en vista la obtención de un provecho económico para los socios. De este

modo, existe una identidad casual entre la sociedad y la cooperativa: la obtención de ventajas patrimoniales o económicas para sus miembros.

En suma, estima que las cooperativas deberán ser consideradas sociedades (con base en una concepción amplia del lucro) además que se diferencian dentro del universo societario, frente a las sociedades civiles y las comerciales, teniendo en cuenta la presencia de fines especiales, especialmente a su vocación mutualista.

Otros afirman que las empresas solidarias pueden ser conceptuadas como sociedades, no porque tengan o no ánimo de lucro, sino porque reúnen los tres requisitos esenciales del concepto general de sociedad: *causa societatis* (fin común a todos los miembros), contribución por parte de todos los integrantes y origen negocial (Martín, 2001).

Para Vargas (2009) la cooperativa y, por extensión, la empresa solidaria es una sociedad, lo que se deriva del concepto de causa del contrato de sociedad como la consecución de un fin común, a la que se adiciona –como particularidad del tipo societario que es- que en las sociedades cooperativas el fin común se cumple con la participación directa de los miembros en el desarrollo del objeto social y que en la organización rigen una serie de principios denominados cooperativos.

Para otros (Jiménez, 1969) se trata de un tipo especial de sociedad que desde un ángulo jurídico tiene en verdad características muy peculiares y definitivas, pero que sigue siendo una sociedad auténtica dentro de la clasificación de las sociedades y si decimos clasificación es porque algo las une a las demás.

Persona jurídica especial

Hay una tendencia que les otorga una naturaleza jurídica especial, meramente cooperativa o solidaria. Algunos opinan que se trata de un nuevo tipo de persona jurídica o colectiva, un *tertium societatis*. Pero, no como algunos sostenían que se trataba de entidades *sui generis*, sino que al lado de las colectividades civiles y comerciales, tenemos las cooperativas como género propio, regidas por reglas

propias, con características, principios, valores y ética propias (Lopes-Becho, ídem).

Es de resaltar la existencia de una vertiente doctrinal que considera a la cooperativa como una *categoría autónoma*. En ella no se acepta el carácter societario de la cooperativa, por cuanto carece de ánimo de lucro, requisito imprescindible para considerársele como tal. A su vez, se niega que sean asociaciones propiamente dichas, pues estas no alcanzan a englobar su contenido empresarial y además, por tener una serie de rasgos diferenciadores que delimitan su identidad. Por tanto, el principal mérito de esta postura es ser leal a la identidad cooperativa, conciliando, en una misma fórmula jurídica, su dimensión económica y su alto contenido social (Rodríguez-Musa, 2016).

La Cooperativa constituye una entidad de naturaleza especial. Se ha sostenido que no es comercial, ni civil. Por tanto, el régimen y principios jurídicos que ordenan su funcionamiento y actividades son propios y específicos de estas entidades” (Montenegro, en Rodríguez, 2015).

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

Patrimonio colectivo

Fernández-Peiso (2006) antes del dictado de la norma que crea las cooperativas no agropecuarias, considera las cooperativas cubanas como empresas constituidas por un patrimonio dotado de personalidad jurídica, a las que se adscriben voluntariamente trabajadores o titulares de derechos de propiedad o de usufructo sobre la tierra y otros bienes agropecuarios, teniendo como fin la ejecución de producciones agropecuarias o la intermediación en la compraventa de producciones agropecuarias y en la prestación de servicios por entidades estatales a sus asociados, con lo que las acerca a las fundaciones.

A esta observa Rodríguez-Musa (2016) que la dimensión jurídica de la propiedad no alcanza a englobar el sistema de relaciones sociales que la cooperativa significa, ni la riqueza de los procesos axiológicos que en ella se materializan.

Por eso, añade, se debe concebir y regular jurídicamente a la cooperativa no como una suma aritmética de las facultades legales sobre bienes, sino como forma asociativa encaminada a la satisfacción de las necesidades socioeconómicas de sus miembros mediante la gestión autónoma, democrática y responsable de una empresa que les sirve de instrumento.

Naturaleza de la cooperativa en la legislación de América Latina

| País/Naturaleza | Sociedad | Asociación | Otras |
|------------------------|-----------------|-------------------|---------------------|
| Argentina | | X | |
| Bolivia | | X | |
| Brasil | X | | |
| Chile | | X | |
| Colombia | | | Empresa cooperativa |
| Costa Rica | | X | |
| Cuba | | X | |
| Ecuador | X | | |
| Guatemala | | X | |
| Honduras | | | Organización |
| México | X | | |
| Nicaragua | | X | |
| Panamá | | X | |
| Paraguay | | X | |
| Perú | | | Organización |
| Puerto Rico | X | | |
| República dominicana | | X | |
| Salvador El | | X | |
| Uruguay | | X | |
| Venezuela | | X | |
| Ley Marco | | X | |
| Totales | 4 | 14 | 3 |

Fuente: elaboración propia

Definitivamente, en América Latina predomina la concepción de asociación para determinar la naturaleza de la cooperativa

OTORGAMIENTO DE LA PERSONERÍA

Sistemas:

Puede ser que el Estado sea quien otorgue la personería o que haga reconocimiento de la personería, la que –entonces- nacería al momento del acto constitutivo. Y que los efectos de la participación del Estado puedan ser constitutivos o meramente probatorios y formales.

En tal sentido, se observa que hay dos sistemas de obtención de personería jurídica en el mundo: el de la concesión y el de las condiciones normativas. Mediante el primero, el Estado tiene un poder discrecional para otorgar o no la personería jurídica a una entidad cooperativa o mutual. En el segundo, la ley define previamente cuáles son los requisitos para obtenerla y si éstos se cumplen el Estado no otorga sino que reconoce la personería jurídica a la entidad solicitante, sin que pueda argumentar requisitos diferentes para obstaculizarle su constitución (Guarín y Sarmiento, sf).

Momento

En cuanto al momento de adquisición de la personería, puede ser en el momento de efectuarse el acto constitutivo, o cuando se haga el registro administrativo o el registro judicial; en el momento de la decisión de la Autoridad de aplicación o en el momento de la publicación oficial, si la hubiese. También, puede no estar determinado en la ley específica, con lo que se remite a las normas genéricas o de derecho común.

Grados de personificación²⁴

Aunque es inusual, para ciertos autores se podría observar la existencia de diferentes grados de personificación de las personas colectivas. Habría un primer grado elemental o básico de personalidad que deriva del contrato de sociedad no sujeto a forma, en que el contenido de la personalidad jurídica es muy reducido:

²⁴ De Eizaguirre, 2004

un patrimonio separado respecto de sus miembros y capacidad de obrar. Esta concepción tiene vigencia en el aspecto procesal, que otorga legitimación para actuar judicialmente a las llamadas sociedades irregulares, que son aquellos colectivos no dados formalmente de personería, pero que actúan –de hecho- en el mundo jurídico.

Al lado, un grado pleno o completo de personalidad, propio de las entidades de estructura corporativa, en los que la sustantivación del sujeto jurídico respecto de los miembros que la componen es total y en que la atribución de la personería plena requiere inscripción registral.

Esta distinción podría ser importante en el momento de la constitución de las empresas solidarias, cuando por el solo hecho de que una pluralidad de personas con un objetivo común se dé una cierta organización y pongan en común algunos bienes, se le atribuiría –sin necesidad de registros- un primer grado de personería a la resultante de los anteriores elementos.

De forma tal que como dice el mismo autor, siendo esa personificación el instrumento indispensable de relación entre los colectivos de ciudadanos voluntariamente agrupados y los terceros, no cabe duda de que dicho atributo forma parte integrante del derecho constitucional de asociación.

Efecto de la personería

La atribución de personería a la empresa solidaria comporta la creación de una persona o de un centro –un haz- de imputación de derechos y de obligaciones, diferente de las personas físicas que la componen, dotada de ciertos atributos como lo son: denominación, domicilio, nacionalidad, patrimonio y capacidad jurídica.

Como consecuencia de ello, la responsabilidad por los actos que realice la persona jurídica a través de sus representantes legales no recae en los miembros que la componen sino en la persona moral creada, de manera que se separa la responsabilidad de ambos. En consecuencia, en las relaciones externas el poder

de los directivos se extiende a todos los actos que tienen relación con el objeto social. Pero, la misma extraneidad del acto en relación con el objeto social no puede ser opuesta a tercero de buena fe (Ceccherini, 2000).

RESPONSABILIDAD

Responsabilidad de la empresa

En principio y como regla general, la empresa solidaria al tener personería propia (lo que supone un patrimonio separado) responde con la totalidad de ese patrimonio por las deudas u obligaciones sociales. La responsabilidad de la sociedad será, siempre, integral e ilimitada: la persona jurídica responde con todo su activo por todas sus deudas y obligaciones. El único límite existente para ella es el monto global de su patrimonio que no encuentra limitación jurídica. El patrimonio debe ser usado íntegramente antes de buscar en el patrimonio de sus miembros la satisfacción de los acreedores.

De igual manera, la empresa solidaria es responsable por los actos practicados por sus empleados que la obliguen, por ejemplo, cuando efectúa una compraventa de productos, en que asume una relación obligacional o deber de entregar y pasa a tener derecho a recibir el respectivo precio.

Lo mismo, en el caso de las cooperativas que posean vehículos para transporte, en el caso de los daños practicados contra terceros o contra los propios bienes o personas transportados, tienen responsabilidad civil con base en la culpa *in vigilando*. Si el vehículo fue entregado a un tercero, no empleado, surgiría entonces la responsabilidad civil decurrente de la culpa *in eligendo* (Correa, 2003).

La responsabilidad de la empresa se extiende, también, a los actos *ultra-vires* (más allá del objeto permitido), a los actos efectuados con terceros (no miembros) en violación de las condiciones restrictivas que pueda haber y que tiene efectos plenos frente a los terceros de buena fe.

Responsabilidad de los miembros

Los miembros de la empresa solidaria pueden responder integralmente con todo su patrimonio personal (responsabilidad ilimitada) o quedar vinculados personalmente por las deudas sociales hasta un cierto punto declarado anticipadamente por una parte de él (responsabilidad limitada) o por un complemento o extra (responsabilidad suplementada).

La selección de una u otra responsabilidad tiene repercusión importante en las relaciones de la empresa con terceros. Así, en caso que sea adoptada la opción por la responsabilidad ilimitada, será incomparablemente más fácil para la cooperativa conseguir crédito frente a los proveedores y demás acreedores, ya que ante la falta de pago por parte de la propia cooperativa se compromete la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos sus miembros.

Al contrario, aunque aparentemente sea para el asociado más ventajosa la opción por la responsabilidad limitada, opción para él ciertamente más segura, esa situación generará para la cooperativa mayor dificultades para celebrar contratos de crédito (Rocha, 2003).

Las mutuales, en cambio, son por definición de responsabilidad limitada, porque el capital social no pertenece a los asociados sino a la entidad (Moirano, 2009).

La mayor parte de las legislaciones latinoamericanas eliminan la responsabilidad solidaria de los miembros como modalidad posible, lo que al decir del Maestro Serrano (1987) aparece así como una restricción a la libre decisión de los socios que, en algunos casos, especialmente el de las cooperativas de trabajo, requerirán de ella para poder acceder a oportunidades de financiación que de otra forma les estaría negada por causa de una baja capacidad de ahorro y por consiguiente de aportes significativos en la empresa.

Y es que la aplicación de la responsabilidad suplementaria no parece suficiente para ese y otros actos similares. El negar la ley una opción que no por excepcional es descartable parece ser una castración a la libre decisión de las partes, es dejar

a la voluntariedad que se consagra en los principios universales del cooperativismo.

Ahora bien, si se limita la responsabilidad de los asociados, parece necesario que se establezcan medidas que garanticen la conservación del patrimonio de la empresa, o al menos, que permitan dar publicidad a su reducción para evitar un posible fraude a los acreedores.

Estas medidas podrían ser, entre otras: asegurar que parte de los resultados negativos se distribuyan entre los miembros en el ejercicio siguiente y no solo se imputen a la reserva; y la existencia de un capital mínimo totalmente pagado como condición para la constitución de la entidad (Fajardo, 1999).

Acción de los acreedores

Los acreedores de la empresa solidaria pueden dirigirse contra la totalidad del patrimonio social para cobrar sus acreencias no satisfechas. Por eso, es importante que se mantenga un capital social mínimo; que los bienes de la empresa se encuentren disponibles; que existan reservas irrepartibles importantes, y que no haya limitaciones en cuanto a la embargabilidad de los activos sociales por parte de los acreedores.

Y sólo después de dirigirse contra la empresa y no ser satisfechas plenamente sus demandas, deberían poder atacar a sus miembros por los aportes suscritos y no pagados aún, dentro de los límites de la responsabilidad limitada o suplementada que los mismos hubiesen asumido.

Ahora bien, normalmente no es posible que los acreedores personales de los miembros se dirijan directamente contra los haberes económicos que tengan los mismos en la empresa; lo ordinario es que en defensa de la integridad del capital y del patrimonio social frente a inmisiones extrañas, se determine la inembargabilidad por los acreedores personales de los miembros de los bienes de las empresas solidarias y de las aportaciones de los miembros. Ello, sin

detrimento de los embargos de los haberes económicos de los miembros por causa de alimentos debidos.

DENOMINACIÓN

La denominación puede ser entendida como el nombre por el cual se reconoce o individualiza a cada empresa y que la diferencia de las demás. La denominación puede constar bien sea en el acta o instrumento de constitución, en el estatuto, o en un solo instrumento que reúna ambos.

Componentes

La denominación puede estar compuesta por el nombre (razón social), el régimen de responsabilidad adoptado, el número de registro, la fecha de personería y las siglas o abreviaturas. Incluso, algunas leyes exigen especificar su ámbito territorial.

Nada parece impedir que se permita el empleo y registro de un “nombre comercial” que pueda estar constituido por la propia denominación de la empresa, o consistir –también- en una denominación objetiva o de fantasía, en un anagrama o en cualquier combinación de signos.

La denominación debe ser única, clara, congruente imperativa, excluyente, exclusiva y objetiva, por lo que no podría incluirse en la misma el nombre de uno o varios miembros, además que ello podría vulnerar el principio de claridad al poder inducir a error a los terceros (Martín, 2001). Debe, además, coincidir exactamente con la certificación negativa de denominación expedida por el Registro, en los casos en que exista dicho instituto.

*Principios*²⁵

1. La denominación cumple una función identificadora e individualizadora de carácter esencial. Por ello, su omisión hace anulable el acto constitutivo, anulabilidad subsanable hasta su impugnación judicial.
2. La libertad de elección del nombre se ve restringida por el principio de la novedad que prohíbe la adopción de una denominación ya utilizada por otra empresa de la misma naturaleza jurídica.
3. La denominación es propiedad de la cooperativa, la que se adquiere por su uso y se extingue con el cese de la actividad.
4. Debe ser verdadera (principio de veracidad) para que los terceros puedan conocer e informarse sobre su tipicidad y poseer fuerza distintiva que le permita diferenciarse entre todas las cooperativas que operen en una misma plaza y en ramos similares.
5. Inconfundibilidad: significa que debe permitir diferenciar indubitadamente una denominación de otras teniendo en cuenta su significado, sonoridad, grafía, y fonética. No puede inducir a error sobre la naturaleza, persona o características de la cooperativa, o confundirse con la denominación de otras entidades o ideología. Sin embargo, como señala Sennent (2011) se considera por la doctrina que puede tener suficiente valor diferenciador tanto la referencia al ámbito geográfico de actuación, como a la clase de cooperativa.
6. La denominación inscrita en el estatuto puede no coincidir con la que se difunda (una sigla o una parte del nombre) por ejemplo, en la propaganda; más en la vida jurídica debe ser empleada íntegramente, dada la función identificadora que cumple.

Para Vargas (2009) en el régimen de las denominaciones rige el principio de identidad (no se puede utilizar una denominación idéntica a la de otra cooperativa

²⁵ (Verón, 2009)

preexistente) y el principio de unidad (las cooperativas sólo podrán tener una denominación).

La marca

Las empresas solidarias pueden tener “marcas”, entendidas como la señal o distintivo de cualquier forma que sirve para señalar sus productos o servicios, con el objeto de que el público los conozca y distinga, sin que pueda confundirlos con otros de la misma especie.

Un aspecto de importancia es considerar el empleo de la “**marca colectiva**”²⁶.

En Argentina, la promulgación de la Ley 26.355/09 de Marca Colectiva, permite otorgar un signo que distinga productos y/o servicios elaborados o facilitados por las formas asociativas destinadas al desarrollo de la economía social, dirigida a agrupamientos constituidos por productores y/o prestadores de servicios inscriptos en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social.

La marca colectiva tiene por finalidad mejorar y organizar estrategias comunes de producción y comercialización, de desarrollo en escala, de visibilidad, diferenciación e identificación cualitativa de los productos y servicios, de un agrupamiento constituido por productores y/o prestadores de servicios, siendo el titular dicho agrupamiento.

A tales efectos, las entidades agrupadas deben elaborar un reglamento de uso que deberá contener, entre otros: la denominación del agrupamiento, su domicilio, objeto, órgano de administración facultado para representarlo, condiciones de afiliación al mismo, requisitos para obtener la autorización de uso de la marca colectiva, cualidades comunes que deben presentar los productos y/o servicios, la calidad, el modo de producción o fabricación, reglas y demás condiciones a que deba sujetarse el uso de la marca, las infracciones y correspondientes sanciones por el uso de la marca en forma distinta a los regulado en el reglamento,

²⁶ (Blasco y García, 2016).

procedimientos para la aplicación de sanciones, motivos por lo que se puede prohibir el uso de la marca a un miembros de la asociación.

CERTIFICACIÓN NEGATIVA DE DENOMINACIÓN

Es el procedimiento por el cual el Registro competente en la materia hace constar que una determinada denominación no se encuentra registrada y le otorga a la empresa solicitante el derecho de utilizarla en forma exclusiva durante un plazo, normalmente breve, dentro del cual se harán los trámites de constitución definitiva.

El proceso de certificación se inicia con la solicitud de la empresa, siendo lo habitual solicitar priorizadamente hasta tres denominaciones para que el Registro reserve y certifique sobre la primera que esté libre. Peinado (2013) considera que cualquier interesado en la futura constitución puede solicitar la reserva, incluso antes de que se encuentre identificada la totalidad de las personas que serán promotores de la empresa.

La Autoridad de aplicación, o el Registro, revisan los archivos registrales para constatar si la denominación solicitada no está ya registrada y de no estarlo, debe otorgar el derecho de uso. Y caso de estarlo, la prohibición de emplearlo. En tal caso, los promotores deberán optar por otra denominación.

Reserva de denominación²⁷

En su acepción positiva, mediante la reserva se impone la obligación de hacer constar en toda su documentación o anuncios la condición especial de entidad solidaria con una denominación específica. La vertiente negativa se pone de manifiesto por el hecho de que la denominación de cooperativa o mutual no podrá ser incluida en su denominación por entidades que no hayan obtenido la calificación correspondiente.

Con la reserva se impide que terceros obtengan la inscripción del nombre que se han escogido para incorporarlos como denominación de una sociedad. La reserva

²⁷ Farrés, 1987

de denominación tiene un plazo determinado para su ejercicio, a cuyo vencimiento se produce la caducidad de la reserva.

Es un derecho de carácter patrimonial; es de su uso exclusivo y excluyente; no caduca por la inactividad de la empresa y sólo procede en caso de liquidación. Como derecho patrimonial, puede ser transmitido.

Incorre en falta quien haga uso sin amparo legal, simulación de unidad, confusión por palabras similares, por ejemplo, la inclusión de términos o de expresiones que induzcan a error o confusión sobre la propia identidad o sobre su clase o su naturaleza. Se sanciona el uso indebido con advertencias, multas y cierre de locales.

Prohibición de homonimia

Consiste en la interdicción de empleo por una persona colectiva de una denominación reservada. La prohibición puede ser absoluta, esto es, con todos los otros tipos de sociedades; o relativa, sólo respecto de las entidades que forman parte del sector social o solidario.

1. Para Peinado (2013) la prohibición de identidad ha de ser entendida en sentido general, de modo tal que se prohíba la utilización por parte de una cooperativa de la denominación correspondiente a otra entidad, al poder ello generar confusión.
2. Por el contrario, Vicent (1989) afirma que no hay homonimia con la sociedad mercantil y que las cooperativas podrían escoger denominaciones que incorporen términos (no notorios) ya adoptados, en sus nombres respectivos, por sociedades mercantiles preexistentes, pues la mera inclusión de la palabra cooperativa o “Coop.” (o “mutual”, en su caso) parece que tendría virtualidad suficiente para destruir las tachas de equivocidad o confusión. Naturalmente, la entidad que se considere lesionada podrá instar en su caso la oportuna reclamación de daños y perjuicios, y que por supuesto, las denominaciones que constituyan nombre comercial tendrán su protección específica.

3. Se podría pensar que la exigencia de anexar a la denominación el tipo jurídico de que se trate (“cooperativa”, “mutual”, etc.) superaría el obstáculo de la posible confusión que generaría el empleo de una misma denominación. Sin embargo, Palomino (ídem) sostiene que el añadido del tipo societario no implica una modificación sustancial de la denominación que la libere de la potencialidad de generar confusión en la identidad de la misma.

El tipo mutual en sí mismo, más allá de un nombre de fantasía, suele adoptar otras denominaciones tales como: socorros mutuos, ayuda recíproca, mutualidad, asociación mutual, etc., siendo válidos todos ellos, con excepción del último que expresa una redundancia, porque si es una mutual es una asociación (Moirano, 2009).

Cambio de denominación

Supone una modificación estatutaria cuya competencia es única y exclusiva de la asamblea y debería ser inscrita en el registro respectivo. Fernández (2001) entiende que en la escritura de cambios de denominación deberán los otorgantes manifestar que no existe ninguna otra entidad con idéntica denominación a la que ahora se pretende, así como aportar la oportuna certificación acreditativa expedida por el Registro. La prohibición de identidad es exigida, también en caso de conversión, fusión o escisión.

PATRIMONIO

Aspectos generales:

El patrimonio de la empresa está constituido por la totalidad de los recursos económicos de que dispone; por las deudas o créditos en su favor o en contra, y en general, por todo aquello que represente un interés económico. El patrimonio está constituido por el activo, conformado por los aportes económicos hechos por los miembros, los haberes y derechos económicos que tuvieren en ella, todo lo que se denomina capital, además de los fondos, reservas y liberalidades de que

dispone, así como los bienes muebles e inmuebles, tangibles e intangibles de su propiedad. Y por el pasivo, conformado por la totalidad de las deudas y obligaciones que tuviere la empresa.

Se dice que el patrimonio es la universalidad de los bienes de que dispone una persona o empresa. Y que para que un bien no forme parte de esa universalidad, debe ser constituido como patrimonio separado, lo que solo puede serlo con expresa permisión legal.

El patrimonio social no puede ser objeto de disposición individual por algún miembro y la totalidad de los bienes que lo componen es prenda común de los acreedores de la entidad, lo que significa que ésta responde por la totalidad de las deudas sociales puesto que goza de personalidad jurídica y tiene un patrimonio propio, diferente y diferenciado del patrimonio personal de cada uno de sus miembros.

Es de observar que el Código Civil de Brasil permite cooperativas sin capital, situación que Ribeiro (2002) considera posible porque en ellas el capital no es un fin, sino que está sometido, es un medio, y porque se trata de una norma permisiva, o sea, que corresponderá a los cooperados decidir si habrá o no necesidad de capital para el cumplimiento de las actividades de la cooperativa.

Generalmente, los fondos y reservas colectivos no son repartibles entre los miembros, y se transmiten a otras empresas del sector para fines educativos. Ahora bien, hay una tendencia reciente a permitir la distribución de las reservas entre los miembros subsistentes al momento de la liquidación, con lo que se puede abrir paso a disoluciones interesadas.

Existe otra tendencia de la constitución, en el seno mismo de la empresa, de patrimonios separados o de afectación, en el sentido que determinados bienes se sustraen de la masa patrimonial común y no responden de las deudas sociales comunes, sino solo de las obligaciones específicamente asumidas para la finalidad concreta asumida.

CAPACIDAD

La capacidad puede ser entendida como la aptitud para ejercer los derechos y obligaciones de los que una persona es titular. En el caso de las personas jurídicas, la capacidad se ejerce por medio de personas físicas que actúan como su representante, o como órgano de las mismas.

Las personas jurídicas tienen capacidad de derecho. Esto es, son aptas para ser titulares de derechos, pero carecen de capacidad de hecho o de ejercicio, ya que por su naturaleza deben hacerlo por medio de sus representantes legales. Estas personas sólo tienen capacidad patrimonial; esto es, capacidad exclusivamente para actos de naturaleza pecuniaria.

Principio de la especialidad.

Este principio significa que la capacidad de las personas jurídicas sólo alcanza a los derechos y las obligaciones necesarios para cumplir con los fines que tiene la entidad y para cuya obtención se constituyó. Los fines deben apreciarse con amplitud prudencial, en el sentido de que además de los actos jurídicos correspondientes al objeto de la entidad, también pueden realizar aquellos que por implicancia les sean requeridos para la mejor consecución de sus fines (Zabala, 2009); esto, es actos conexos, complementarios o accesorios del objeto de la entidad.

La capacidad de las empresas solidarias debería ser la misma que el ordenamiento reconoce a cualquier persona jurídica, esto es, para toda actividad lícita no reservada o excluida expresamente por la ley. Sin embargo, en muchos casos las leyes y, o disposiciones de naturaleza administrativa establecen discriminaciones negativas de capacidad exclusivas para las entidades solidarias, en el sentido que sólo se les permite ejercer las actividades autorizadas expresamente previstas por la ley, en contra del principio constitucional ordinario por el cual las personas pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido.

Por otra parte, para López-Becho (2002) las cooperativas podrán congregar personas que puedan actuar autónomamente o, por lo menos, que puedan comportarse como asociación o sociedad. Así, habría imposibilidad de estructuración de cooperativas para fines militares, o para prestación de servicios públicos obligatorio e indelegable, como los diplomáticos, judiciales, legislativos, etc.

REPRESENTACIÓN LEGAL

118

Concepto

La representación puede ser entendida como el sistema por el cual una persona (representante) actúa por otra (representada) y hace recaer en la misma los efectos de sus actos o decisiones, como si lo actuado lo hubiese sido directamente por el representado. La representación tiene que ver con el hecho de que la empresa solidaria, al tratarse de una persona colectiva, como no puede actuar por sí misma, requiere de personas físicas que actúen por ella.

Como señala Verón (2009) según la doctrina del órgano, los representantes estatutarios de la cooperativa expresan la voluntad de la sociedad: son parte de ella a diferencia de los representantes voluntarios –mandatarios- que expresan su propia voluntad, si bien lo hacen en nombre y representación del mandante.

La representación en las empresas solidarias puede ser general, cuando se da para todos los efectos, negocios, actos o circunstancias; o particular, cuando se otorga sólo para algunos efectos determinados.

Para la jurisprudencia italiana, en el ámbito del poder de representación entran no solo los actos jurídicos que por su naturaleza están comprendidos en la actividad empresarial característica de la cooperativa, sino también todos los otros actos jurídicos que puedan ser entendidos como instrumentales, aunque solo potencialmente, respecto de la actividad empresarial constituyente del objeto social indicado en el estatuto (Ceccherini, 2000).

Titular de la representación

Como expresa Alonso (2010) hay dos sistemas de atribución del poder de representación:

1. El sistema presidencialista,

Según el cual el presidente de la cooperativa (presidente del órgano directivo) se configura como titular nato –pero no exclusivo ni excluyente– de las facultades de representación de la cooperativa ante socios y terceros. No actúa como órgano de la cooperativa sino como simple representante orgánico preferente de ésta, ya que ha de sujetar su actuación al estatuto y al contenido concreto de los acuerdos de la asamblea y del propio órgano directivo que preside.

En opinión de Moirano (2009) en rigor, la representación legal del ente corresponde (es competencia) de la presidencia. Sería imposible, por ejemplo, suponer que el consejo de administración sea llamado a rendir la prueba confesional. Por ello es que la presidencia es el órgano de representación y su actuación se verifica de puertas afuera del ente.

2. Sistema colegiado

En sentido puro o estricto, cuyos acuerdos, por tanto, han de precisar, para su ejecución, el mandato o delegación expresa y concreta a favor de uno o varios miembros (o en su caso, de mandato a terceros mediante actos de apoderamiento voluntario).

En el caso de la Sociedad Cooperativa Europea, se permite que se pueda estipular que el poder de representación sea atribuido por el estatuto a una sola o a varias personas que actúen conjuntamente, en cuyo caso esta disposición puede oponerse frente a terceros, a condición de que esta se refiera al poder general de representación y haya sido publicada.

En cuanto a su composición, la representación puede ser colectiva, generalmente el órgano directivo, o ser delegada en una persona individual. Podría ser que se exija la colaboración de todos los miembros del consejo de administración en el

acto de representación, en cuyo caso deben todos ellos suscribir conjuntamente el contrato en nombre de la sociedad.

O, también se puede conceder la facultad de ejecutar la representación de la sociedad en uno o dos miembros del consejo (Tato, 1999). Puede ser, también, individual, por ejemplo, el presidente del órgano directivo o el órgano ejecutivo (gerente), si así está expresamente establecido.

En relación a la *suplencia*, se discute si la representación se transmite en forma automática al suplente o se requiere de conformidad expresa. Para Cuesta (2000) lo procedente es que en ausencia del titular, la representación recae en el sucesor que la ley o el estatuto establece, generalmente en el vicepresidente, quien automáticamente, sin necesidad de resolución expresa en tal sentido, asume dichas funciones.

Designación del representante:

Puede ser de pleno derecho, por disposición de la ley o del estatuto, o por acuerdo de la asamblea. En caso de que no se establezca en texto expreso a quien corresponde la representación legal, el estatuto o la asamblea podrán acordar lo que mejor les parezca. Siendo así, es de cautela para quien va a contratar con la empresa verificar quién tenga poderes especiales para los actos que se quieren practicar, o si ellos pueden ser adoptados por cualquier gestor.

Así, la entidad puede estipular, por ejemplo, que las operaciones financieras o deudas bancarias solo pueden ser firmadas por el director financiero. Con ello, a los demás administradores les quedan vedados tales actos. De la misma forma, en cuanto a los procedimientos judiciales en que se vea envuelta la empresa (Lopes-Becho, 2002).

EJERCICIO DE LA REPRESENTACIÓN

Puede ser que nada diga la ley, que se remita la materia al estatuto, o se deje libre, en cuyo caso habrá que hacerse remisión al derecho común. Pero, la

representación puede estar sujeta a limitaciones de forma, como la necesidad de acreditar fehacientemente la titularidad que se alega, titularidad que podría ser acreditada mediante presentación del acta de la sesión del órgano que acordó la delegación, bien sea por vía sencilla (simple certificación del secretario del órgano actuante) o que se requiera acto público de autenticación notarial.

Para Cuesta (2000) la representación legal no puede ser cercenada o limitada por disposiciones estatutarias o reglamentarias, ni por decisiones assemblearias, como sería la exigencia de establecer requisitos de cumplimiento previo para su ejercicio en cada caso.

Extraneidad

La principal exigencia en la materia es que los actos que lleva a cabo el representante se encuentren dentro del objeto social; que no sean notoriamente extraños al objeto social establecido en el estatuto. De manera que esta limitación constituye la pauta básica para discernir los actos susceptibles de obligar o no a la cooperativa (Proyecto Ley Argentina 2001).

Como afirma Cuesta (2000) es condición para obligar a la entidad que los actos pertinentes no sean notoriamente extraños al objeto social. Pero, además, es necesario que los rasgos de acto ajeno, extraño al objeto social, deban surgir del simple cotejo; que no requieran de una ardua labor de interpretación legal.

Sempere (2002) es de la opinión que el poder de representación tiene un contenido legal típico e inderogable, que se extiende necesariamente a todos los actos idóneos para la realización del objeto social (los actos de desarrollo y de ejecución de este, pero también los actos conexos o auxiliares e incluso los actos que puedan reputarse neutros o polivalentes, por mucho que la conexión o neutralidad de un acto en relación al objeto social sea difícil de determinar *a priori*) y que implica la vinculación orgánica de la sociedad por las actuaciones que los administradores lleven a cabo en el ejercicio regular de sus competencias.

En relación con *los actos de disposición*, se podría definir un tope financiero por encima del cual el representante legal de por sí solo no podrá contraer compromisos en nombre de la empresa, o que ciertas decisiones del consejo de administración deben ser tomadas en forma unánime (Henry, 2006). De esta forma, se podría disponer en la ley o en el estatuto, por ejemplo, que todo gravamen o creación de derechos reales sobre los bienes de la empresa, así como las adquisiciones o venta de sus inmuebles, sólo podrán autorizarse en asamblea, como es el caso de las cooperativas o las mutuales en Argentina.

Respecto de terceros

Por otra parte, las limitaciones estatutarias de los poderes de representación de los directivos tienen consecuencia limitada a la relación interna entre estos y la sociedad; de manera que a los terceros, en contra, esas limitaciones, aún publicadas, no les son oponibles si no se prueba que estos hubiesen actuado intencionalmente en daño de la sociedad (Casación italiana, 18-04-1994).

En igual sentido, sostiene Sempere (2002) que la empresa queda obligada ante terceros por la actuación del representante aunque éste hubiere vulnerado una limitación estatutaria (aún inscrita en el Registro público) y, por tanto, presumiblemente conocida por todos.

Sin embargo, el representante puede incurrir en causa de responsabilidad civil y deberá responder ante la empresa administrada, si por causa de su actuación extralimitada en contravención del estatuto causa daños y perjuicios a aquélla, lógicamente a instancia de la empresa.

Alonso (1010) considera que la cooperativa queda obligada ante los terceros por la actuación del consejero con poder de representación aunque éste haya actuado en infracción de una limitación estatutaria inscrita (en el Registro correspondiente) y, por tanto, presumiblemente conocida y oponible a todos.

En sentido contrario, Martínez (2004) estima que es posible admitir la introducción de límites en el poder de representación, y que las mismas pueden ser oponibles

al tercero, si las mismas son conocidas por el mismo o, en atención a las circunstancias particulares del caso, resulte imposible su desconocimiento.

Así, por aplicación subsidiaria de normas sobre personas jurídicas del Código Civil y Comercial de Argentina, la actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados (Sosa, 2015).

OPONIBILIDAD DE IRREGULARIDADES FRENTE A TERCEROS

Si la materia no está prevista en la ley habría que hacerse remisión al derecho común, pero, es cada vez más frecuente que se encuentre determinada expresamente. Se sostiene que serían oponibles a los terceros las actuaciones del representante legal de la empresa y, por tanto, las consecuencias de tal actuación serían imputables directa y personalmente a este, sin que la empresa se encuentre obligada a cumplir con las obligaciones emergentes de esos actos, en los casos siguientes:

1. Cuando medie el incumplimiento de alguna de las formalidades esenciales en la designación del representante o en la delegación de la representación.
2. Por la existencia de vicios en las cualidades del representante, por defectos del acto de su elección o por no tener los requisitos para serlo. Sin embargo, Cuesta (2000) es de la opinión que ello no afecta a los terceros, en virtud de que la seguridad jurídica de los actos celebrados en la actividad empresarial no puede quedar sujeta, para ser eficaces tales actos, a investigaciones o verificaciones ulteriores.
3. Por violación de norma legal expresa.
4. Cuando hubiese habido extralimitación del mandato. En este sentido, la Casación italiana (23-06-1977) declaró que una cooperativa puede oponer

al tercero la cláusula estatutaria que impone la firma conjunta de los administradores con el fin de hacer derivar la ineficacia, en sus conflictos, del acto cumplido por administrador único, a condición, sin embargo, que haya sido agotada la obligación de publicidad (En: Paolucci, 1999).

5. Por la incursión en actos *ultra-vires* de notoria significación, esto es, por actos notoriamente extraños al objeto social. Tales podrían ser el caso de la disposición por parte del representante de la totalidad o de parte importante del patrimonio social.
6. Constituye una excepción la circunstancia de que el tercero tuviera conocimiento efectivo de que el acto se realiza en infracción de la representación plural (falta de buena fe) pues en tal supuesto desaparece la razón de apariencia en que se funda la disposición.

Referencias

- Alonso, F. (2010). El consejo rector y el administrador único de la cooperativa. *Derecho de sociedades cooperativas de la Región de Murcia*, Pamplona, - Aranzadi
- Blasco, L. Y García, A. (2016). Economía social en construcción. Perspectivas y demandas sociales en la legislación reciente (Argentina, 2003-2015). *Revista Idelcoop*, N° 219. Buenos Aires, Idelcoop
- Ceccherini, A. (1999). Le societa cooperative. *Tratado di Diritto Privado, volume XVIII*. Turín. Giappichelli
- Correa, A. (2003). A Responsabilidade Civil e Tributaria das Cooperativas. *Cooperativismo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte. Mandamentos
- Coutant, L. (1956). *L'Evolution du droit Coopératif de ses origines a 1950. La double tendance vers son unification et son autonomie*. La loi du 10 septembre 1947.
- De Eizaguirre, J. (2004). Diez postulados para otra reforma del derecho de sociedades. *Revista de Derecho Mercantil*, N. 252. Madrid
- Fajardo, G. (1999). La Reforma de la legislación cooperativa estatal. *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa*, N° 10. 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
- Fernández-Peiso, A. (2006). *Notas características de la cooperativa en Cuba*. Cienfuegos, Universidad de Cienfuegos
- Guarín, B. y Sarmiento, A. (sf). *Aspectos legales de la gestión cooperativa*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana
- Henry, H. (2006). *Guide de législation coopérative*. Deuxième édition, revue et corrigée Geneva, International Labour Office. ISBN 92-2-217210-8
- Jiménez, F. (1969). *Sesenta años de legislación cooperativa en Colombia*. Bogotá. OCA.
- Lopes-Becho, R. (2002). *Elementos de Direito Cooperativo (de acordo com o novo Código Civil)*. São Paulo, Dialética
- Martin, J. (2001). Capítulo II. De la constitución de la sociedad cooperativa. *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999 de 16 de julio*. Madrid. Colegios Notariales de España
- Meira, D. (2013). A relevância do cooperador na governação das cooperativas. *Cooperativismo e economia social, N° 35 (2012-2013)*. Vigo, Centro de Estudios Cooperativos, Universidad de Vigo
- Meira, D. (2015). A societarizacao do órgão de administração das cooperativas e a necessária profissionalização da gestão. *Revista jurídica N° 25/2014*. Valencia, Ciriec
- Moirano, A. (2009). *Revisión de los originales del libro Instituciones de Derecho Cooperativo, Mutual y Solidario*, de Alberto García Müller (documento privado)
- Paz Canalejo, N. (2012). *Comentario sistémico a la ley /2011, de Economía Social*. Valencia, Tirant lo Blanch reformas
- Ribeiro, J. (2002). Principais problemas envolvendo as cooperativas no novo Código Civil. *Problemas atuais do Direito Cooperativo*. São Paulo. Dialética

- Rocha, L. (2003). O Registro dos atos constitutivos de sociedades cooperativas. *Cooperativismo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte. Mandamentos
- Rodríguez-Musa, O. (2016). *El régimen constitucional de la cooperativa. Una propuesta para su redimensionamiento en Cuba*. Tesis doctoral. La Habana, Universidad de la Habana
- Rodríguez-Musa, O. y Hernández, O. (2015). Las limitaciones jurídicas de la cooperativa en el socialismo. Perspectivas para el perfeccionamiento de su regulación en Cuba. *Revesco N° 117. Monográfico: las sociedades cooperativas construyen un mundo mejor*. Valencia, Ciriec
- Sennent, M. (2011). Constitución de la cooperativa. Registro de Cooperativas. *Cooperativas. Régimen jurídico y Fiscal*. Tirant. Monografías 738. Valencia. Universidad de Valencia
- Serrano, R. (1987). *Fundamentos legales y comentarios a la legislación cooperativa*. Bogotá, Prouconal
- Sosa, G. (2016). Las cooperativas y el código civil y comercial de la Nación. *Revista Idelcoop, N° 218*, Buenos Aires, Idelcoop
- Vargas, C. (2009). La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, 20*, Valencia, Ciriec
- 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*
- Zabala, H. (2009). *Introducción al Derecho Cooperativo*. Medellín, Funlam

12. LOCALIZACION DE LA EMPRESA

Domicilio. Sucursales. Nacionalidad. La sociedad cooperativa europea. La cooperativa del Mercosur.

DOMICILIO

Aspectos generales

El domicilio se encuentra en el lugar en que donde está el asiento principal de los negocios e intereses de la persona, sea esta natural o jurídica. Es un requisito legal, tiene carácter necesario (debe figurar en el instrumento constitutivo) y único dentro de una misma jurisdicción, aunque pueda existir pluralidad de centros operativos de la empresa.

En todo caso, por domicilio se entiende la “localidad” y no el local o la dependencia, es decir, el mismo no tiene por qué tener la misma dirección que el centro de la actividad, sino que es suficiente que se encuentre en dicha localidad (Martín, 2001 y Verón, 2009).

El carácter único del domicilio es independiente del número de centros de trabajo o de los emplazamientos donde la empresa desarrolla su actividad

El domicilio tiene especial importancia a los efectos judiciales y administrativos por ser el sitio donde se tramitan las demandas y citaciones; el punto de conexión para determinar la competencia territorial judicial, administrativa y fiscal aplicable a la empresa.

De acuerdo a las normas internacionales al respecto, a la persona colectiva se le aplica generalmente como domicilio la ley del lugar de su funcionamiento interno y externo. Además, debe haber coincidencia entre el domicilio estatutario y el real, y constar en el acta de constitución, en el estatuto, o en un instrumento único.

Señala Borjabad (2001) que en caso de discrepancia entre el domicilio estatutario y el real, mediante la aplicación del principio jurídico del Derecho Mercantil de protección a la apariencia jurídica, prevalece el domicilio real.

Componentes:

Forman parte del domicilio, el Departamento, Estado o Provincia donde está localizada, así como el municipio, cantón, vereda, parroquia o localidad en donde opera la empresa. En el caso de las empresas netamente rurales, el domicilio estaría localizado en la población más cercana al lugar de funcionamiento.

Ubicación

Existen diversas variantes para determinar la ubicación del domicilio:

1. El sistema de domicilio necesario que obliga a que el domicilio radique precisamente en el lugar donde resida su actividad económica y social, o donde esté el asiento principal de los negocios e intereses de la empresa.
2. El sistema optativo dualista (o restringido) que lo ubica en el lugar del funcionamiento de los órganos internos, en particular, del órgano directivo o la sede de la gerencia y la de la actividad de la entidad (Lluís y Navas, 2005).
3. El tercer sistema sería el estatutario o de libre elección, según el cual, el domicilio se puede fijar en el lugar donde realice la empresa principalmente su actividad o donde centralice su gestión administrativa y dirección (Martín, 2001).
4. En los casos en que se utiliza la telemática para las comunicaciones entre la empresa y sus miembros, la página web de la entidad se equipara al domicilio de la entidad.

Se entiende que es perfectamente posible operar fuera del domicilio si con ello se tiende a la realización del objeto social. En algunos ordenamientos se exige que con ello no se establezca una competencia ruinosa con otra empresa de su misma forma jurídica. En otros casos, se requiere obtener autorización de la Autoridad de aplicación.

Cambio de domicilio

Podría darse por simple decisión interna, normalmente con notificación a la Autoridad administrativa o al Registro, siempre que se haga publicidad en beneficio de los acreedores sociales; o puede haber necesidad de efectuar reforma del estatuto.

En el caso del simple traslado de la sede social dentro de la misma zona geográfica del domicilio, bastaría con la sola aprobación del órgano directivo, lo que –de existir- debiera ser inscrito en el registro respectivo. En cambio, si se traslada el domicilio fuera del término o de la circunscripción geográfica será necesaria la adopción en un acuerdo del órgano deliberante que haga reforma del estatuto.

Para Verón (2009) es preciso distinguir el cambio de domicilio del cambio de sede social; el primero importa la modificación de la jurisdicción que otorga competencia a la autoridad judicial y administrativa; el segundo importa el traslado, dentro de la misma jurisdicción, del lugar donde tiene fijada la sociedad el asiento de sus negocios de manera precisa y determinada, a tal punto que se llegó a establecer que ni siquiera tiene el carácter de cambio de domicilio.

En el caso de cambio de domicilio al extranjero, Fernández (2001) entiende que lo único posible sería la conversión, o sea, la disolución de la cooperativa y la inversión por sus asociados de sus cuotas de liquidación en la constitución de una nueva cooperativa extranjera. En el caso de la cooperativa europea con domicilio en España, se autoriza el cambio de domicilio a otro país del de constitución, pero otorgando derecho de oposición a los acreedores y al Estado, y derecho de receso a los socios disidentes.

SUCURSALES, AGENCIAS (FILIALES, SECCIONALES)

Sucursales

Son los establecimientos secundarios, de carácter permanente, con relativa autonomía administrativa y suficiente autonomía jurídica como para adquirir

derechos y contraer obligaciones por cuenta de la sede central o casa matriz, con la que colaboran en la realización del objeto social.

Es una parte de la empresa que opera en un sector geográfico distinto, en forma autónoma, pero manteniendo la responsabilidad única de ella. La sucursal cuenta con limitada autonomía jurídica para celebrar negocios. En el ámbito solidario, la sucursal debería contar con órganos internos designados por los miembros que pertenecen a ella, con poderes propios en los asuntos relativos a la sucursal.

Si bien la contabilidad es llevada por la propia sucursal, después debe ser volcada en la contabilidad de la administración central. Económicamente es dependiente de la entidad madre; jurídicamente es un domicilio especial para el cumplimiento de las obligaciones en el lugar de su asiento.

Principales características:

1. Es una mera descentralización administrativa respecto de la casa matriz que jurídicamente integra, sin importar la distancia geográfica aunque esté situado en la misma población.
2. Tiene relativa autonomía jurídica que la ejerce un factor con facultades suficientes como para procurar un desenvolvimiento normal de la gestión, permitiéndole contraer obligaciones en nombre de la sociedad que representa.
3. Está integrada patrimonialmente a la casa matriz, dependiendo económicamente de ésta, y aunque suele asignársele a las sucursales un determinado capital no tiene patrimonio propio.
4. Lleva la misma denominación de la empresa principal y tiene un domicilio especial a causa de la necesidad de descentralización que la crea.
5. A través de la sucursal se desarrolla una misma actividad empresarial, pero aquella –por ser establecimiento accesorio- no posee la alta dirección del negocio.
6. Para su creación se requiere una resolución expresa del consejo de administración que así lo disponga, por ser facultad implícita de ese órgano.

7. Si bien la sucursal lleva su propia contabilidad, ésta debe ser volcada en los registros contables de la administración central.
8. La sociedad queda jurídicamente obligada con la totalidad de su responsabilidad por las operaciones que realicen las sucursales sin que pueda excluir o limitar esta responsabilidad en forma alguna (Verón, 2009).

Agencia

Es una mera oficina administrativa sin atribuciones para realizar operaciones directamente. A la agencia le corresponde administrar los negocios ya efectuados o bien facilitar la realización de otros nuevos (Cuesta, 2000).

Moirano (2011) es de la opinión que pareciera mejor camino constituir una nueva entidad dirigida en forma autónoma con los miembros de la localidad interesados, la que podría celebrar un convenio con la otra empresa solidaria a efectos de las prestaciones a sus propios miembros. Las agencias parecen más bien concebidas como una especie de sucursales de menor entidad incluso unipersonales, servidas tanto por personal dependiente como independiente.

Requisitos

Para abrir una agencia, lógicamente se requiere que sea necesario para cumplir el objeto social, detallándose la necesidad o conveniencia que se toma en cuenta para su apertura, cantidad de miembros que residan en la zona donde se instalará; servicios que prestará; que no le haga competencia “ruinosa” a otra entidad del sector solidario ya instalada; autorización o aprobación de la asamblea; y contabilidad separada pero que forma parte de la empresa en su totalidad.

En ciertos casos se exige notificación a la Autoridad de aplicación. Sin embargo, como se observa con las mutuales en la Argentina, la apertura de establecimientos en sedes distintas de aquella en la que se asienta el principal no constituye sino una descentralización operativa que debe suponerse motivada en razones de mejor gestión, cuestión que en principio y salvo que se comprobasen

irregularidades, debe dejarse reservada a la iniciativa de los mutualistas interesados, los que tomarán las decisiones al respecto conforme con los mecanismos de expresión de la voluntad social que contenga su estatuto (Inam, 2002).

Es interesante destacar que la Ley de Puerto Rico, de 2006, autoriza a las cooperativas de ahorro y crédito para abrir sucursales y dependencias en el territorio de Estados Unidos para así atender a miles de asociados que viven allá.

NACIONALIDAD

Aspectos generales:

La nacionalidad de las personas colectivas tiene que ver con la ley aplicable, o ley por la que se rigen. En principio, se rigen por la ley del Estado donde fueron constituidas. Y por la ley del lugar de su constitución se entiende la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para su creación.

También existe el sistema de regularse por la ley del Estado de la sede real, esto es, la ley del país en donde actúen que pareciera el sistema más conveniente, aunque puede darse un sistema combinado: esto es, se rigen, a la vez, y respecto de cada Estado, por la ley donde se constituyeron y por la ley del Estado en donde actúan realmente.

La empresa ficticia

Se discute si una sociedad constituida según la legislación de un país con la finalidad de dirigir sus actividad hacia otro u otros países, sin efectuar operaciones en el país de constitución, puede operar legalmente en estos países. Es lo que se ha denominado sociedad ficticia (De la Rosa, 2004).

Podría pensarse, en materia de empresas asociativas que, en defecto de una norma supranacional la legislación nacional puede restringir la figura de la empresa asociativa ficticia. En cuanto a la entidad genuina constituida en un país,

pero que desea realizar operaciones en otro, deberá contar con la autorización de este y ajustarse a su legislación.

Cracogna (2009) observa que las cooperativas se constituyen para prestar servicios a sus asociados, por lo que su actuación en otros países implica contar en ellos como asociados a quienes brindar servicios. Y si bien pueden prestar servicios a no asociados, no podría esta actividad consistir en la razón de ser exclusiva de su actuación fuera del país de origen.

Las empresas solidarias constituidas en el extranjero

Pueden estar consideradas en el texto legal nacional en forma expresa, de manera tácita, o no estarlo, en cuyo caso se regularían por las normas del derecho común. Igualmente, las empresas binacionales, transfronterizas y comunitarias pueden ser reconocidas como nacionales o extranjeras, o ser objeto de un reconocimiento especial.

Estas empresas se regulan generalmente por el sistema de constitución o de incorporación, siempre que sea legal en el país de origen, y su actividad legal en el país de funcionamiento puede ser automática, o requiere de un trámite administrativo. La ley de Uruguay prevé que las cooperativas constituidas en exterior pueden operar en el territorio nacional siempre y cuando se hallen legalmente constituidas en su país de origen, observen los principios cooperativos y demás requisitos incorporados en ley de cooperativas e inscriban su estatuto en el registro.

La ley de Honduras permite a las cooperativas no hondureñas operar en el país con permiso previo del Organismo Supervisor del Sector Cooperativo siempre que: cuenten con un estudio de factibilidad económica y social, acrediten capacidad administrativa, técnica, financiera y gobernabilidad, sujeto a que dicho organismo haya suscrito con la autoridad supervisora del país de origen, un convenio de intercambio de información, o un documento equivalente que permita la supervisión transfronteriza de sus operaciones.

Las cooperativas del Mercosur constituidas en otros Estados Partes serán reconocidas de pleno derecho previa acreditación de su constitución legal. Este reconocimiento estará condicionado a la reciprocidad de tratamiento por el Estado Parte donde estuviera constituida

La cooperativa multinacional

Naranjo (2014) advierte la necesidad de la internacionalización del domicilio de cooperativas de países que conforman los acuerdos de integración económica, para que las cooperativas sean sujetos de derecho en los distintos países, en especial la Cooperativa Multiandina o del Mercosur; cooperativas que sean plurinacionales o transnacionales constituidas en un país, puedan domiciliarse y ejercer sus actividades sin trámite alguno, en los otros países de los acuerdos.

La normativa de Paraguay acepta la asociación de cooperativas nacionales con cooperativas extranjeras bajo el régimen de cooperativas multinacionales, independientemente de la reciprocidad que pueda existir entre los países a los que pertenezcan las entidades asociadas.

A tal efecto, se presenta solicitud de inscripción a la Autoridad de aplicación, acompañada con copia del estatuto de la cooperativa extranjera y del convenio firmado entre las partes que establezca el objeto asociativo (Maidana, 2010).

Los organismos internacionales

Son aquellas estructuras internacionales que tienen por objeto ayudar al desarrollo y fomento del sector, creadas por organismos internacionales, tales como la Alianza Cooperativa Internacional, la Confederación Mutual Mundial, la Confederación Mundial de Cooperativas de Ahorro y crédito, la Federación Internacional de Seguros Mutuos, la Asociación Bancaria Cooperativa Internacional, etc.

También, las estructuras internacionales multilaterales que fomentan el desarrollo de las cooperativas como la Organización Internacional del Trabajo. Igualmente, las redes internacionales académicas de apoyo al sector como el Ciriec.

LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA

El Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea de 2003 establece una sociedad cooperativa europea (SCE) donde se plantea que sin forzar ningún tipo de armonización excesivamente prematura, sería de gran interés que las legislaciones cooperativas de los Estados Miembros se fueran aproximando, en cuanto a terminología, aspectos formales y estructura legal, a las utilizadas en el Estatuto. Además, que ha servido para desarrollar el sector en los países en los que se carece de estatuto propio, o en aquellos donde gozaban de desprestigio social (Ciriec-2007).

La SCE está regulada por el Estatuto de 2003, la legislación del país donde esté domiciliada, su estatuto y, de forma supletoria, la legislación sobre sociedades anónimas del Estado sede. LA SCE tiene por objetivo principal la satisfacción de las necesidades y el fomento de las actividades económicas y sociales de sus miembros (Schaffland, 2005).

La SCE va a permitir que cooperativas de Estados diferentes cooperen entre sí como si fuese una cooperativa de segundo grado que, en lugar de regirse por el derecho nacional del Estado donde esté domiciliada, se regirá por un derecho europeo, aunque con constantes remisiones a la legislación nacional aplicable en su domicilio social

*Nuevo tipo societario*²⁸

La SCE no se planteó como una sociedad de derecho nacional uniforme, sino como una sociedad de derecho comunitario; una sociedad supranacional con un régimen emanado de la Unión Europea, una Sociedad de Derecho europeo. Ello supone la creación <<ex novo>> de un tipo de sociedad que no hará desaparecer la disciplina nacional con que cada país regule la sociedad cooperativa. Es decir, los ordenamientos jurídicos de los países de la Unión Europea verán aumentar el

²⁸ Pastor, 2008

repertorio de sus tipos legales de sociedad ya existentes en cada uno de ellos con un tipo uniforme de sociedad cooperativa.

Carácter supletorio de la SCE y no unificador

La SCE tiene valor puramente subsidiario y opcional, lo que puede introducir elementos que permitan difuminar los contornos de esta sociedad de derecho comunitario, no pudiéndose garantizar el objetivo de una unificación jurídica en esta materia. Esta constatación se deriva de que el derecho supletorio difiere de un Estado miembro a otro; consecuentemente la identidad jurídica entre las SCE pertenecientes a ordenamientos jurídicos, tampoco queda plenamente garantizada.

Sin embargo, la SCE comporta un tipo de armonización por así llamarla <<indirecta>>, a través de la función ejemplar que puede ejercer, estimulando la adaptación por las legislaciones nacionales del modelo europeo.

El proyecto de Estatuto de la Mutualidad Europea

El Parlamento Europeo en marzo de 2013 recomendó a la Comisión preparar un Estatuto de la mutualidad europea que permita crear una mutualidad europea por parte de personas físicas residentes en distintos Estados miembros o de personas jurídicas constituidas según sus respectivos ordenamientos, por fusión transfronteriza, por conversión, así como la creación de una agrupación de mutualidades europeas.

La sociedad cooperativa europea con domicilio en España

A efecto de poder constituir en España una SCE, se dictó una Ley que regula la sociedad cooperativa europea con domicilio en España (2011) cuyo análisis sucinto hacemos a continuación:

1. Definición: aquella cooperativa cuya administración central y domicilio social se encuentren dentro del territorio español.

2. Domicilio: debe fijar su domicilio en España cuando su administración central se halle dentro del territorio español.
3. Si cambia su administración central, tiene 1 año para restablecer su domicilio en España o trasladar su domicilio al Estado donde la tenga, o debe disolverse.
4. Ley aplicable: Reglamento europeo, esta ley y la ley de cooperativas de donde realice principalmente la actividad cooperativizada.
5. Registro de constitución y demás actos registrables en el Registro Mercantil de su domicilio en España, según las normas sobre sociedades anónimas. Prohibición de registro en caso de homonimia y reserva de denominación por el Registro.
6. El cambio de domicilio a otro Estado de la Unión Europea otorga derecho de receso a los socios que votaron en contra, y establece derecho de oposición de los acreedores anteriores al proyecto de traslado, en dos meses desde su publicación, y hasta satisfacción o garantía de los créditos.
7. Derecho de oposición del gobierno por razones de interés público, en dos meses desde la publicación del proyecto de traslado, recurrible ante la autoridad judicial.
8. Sistemas de administración: monista: un órgano de administración, o dual: una dirección y un consejo de control.
 - La Dirección: facultades de gestión y representación. Ineficacia de limitaciones ante terceros de las facultades de los directores. Un solo director o varios directores que actúen solidaria o conjuntamente, o un consejo de dirección
 - Consejo de control: poder de convocatoria a la dirección, de asistencia a sus reuniones, voz pero no voto. Puede acordar que determinadas operaciones de la dirección se sometan a su autorización previa. La falta de ella es inoponible a los terceros, salvo que se pruebe que el tercero hubiera actuado en fraude o con mala fe en perjuicio de la sociedad.

Está regulada por el Estatuto de Cooperativas del Mercosur (ECM) de 2009, que consta de 7 artículos los que deben ser incorporados a las legislaciones de cooperativas de los Estados miembros. De manera que no existe sujeción a normativa comunitaria ni un cuerpo diferenciado de normas sino que todo el régimen estará contenido en la misma ley nacional de cooperativas (Cracogna, 2009).

El ECM no está concebido como un cuerpo autónomo de normas sino que se halla previsto para ser incorporado a cada una de las legislaciones cooperativas nacionales de los Estados Partes, en un capítulo especial y no se diferenciará del resto de las cooperativas sino sólo por su denominación social. El estatuto de la cooperativa del Mercosur, entonces deberá su contenido con las salvedades correspondientes, a la legislación nacional de cooperativas.

Estas cooperativas han de tener su domicilio en un Estado Parte y por ende se constituirán de conformidad con su respectiva legislación de cooperativas, pero previendo la incorporación de asociados radicados en otro u otros Estados Partes. Para el cumplimiento de su objeto social podrán contar con establecimientos o sucursales en países diferentes del de su domicilio legal de acuerdo con el régimen común.

Concepto.

De acuerdo al artículo 1, son cooperativas del MERCOSUR las que admiten asociados domiciliados en el país y en otro u otros Estados Partes del MERCOSUR. De manera que abre la posibilidad de constituir cooperativas -de primer o segundo grado- que puedan admitir asociados domiciliados en más de un Estado Parte; es decir, cooperativas que puedan estar formadas por personas de diferentes países del Mercosur a las que presten los servicios propios de su respectivo objeto social.

²⁹ Acuña, 2011

El ECM no caracteriza a la Cooperativa del Mercosur sino que sólo se conceptualiza (de manera autónoma). Consecuencia de ello no se la define conforme a la última reformulación de los Principios Universales de la Cooperación, cuando quizás hubiera sido deseable por el carácter universal de los mismos. Se refiere a asociados, pudiendo ser tanto personas física como jurídicas, públicas y privadas.

La razón de ser de estas cooperativas es de brindar la posibilidad de contar con asociados de otros Estados Partes, extendiendo sus servicios no sólo como usuarios sino incorporándolos como tales. Exige que el 50% del total de los asociados y el capital suscrito estén domiciliados en el país. Este requisito parecería más responder al objetivo inmediato, el cual fue la integración en zonas de frontera, en la cual la incorporación de asociados es facilitada y en especial para algunos tipos de cooperativas como las de servicios.

Con relación a la *extensión de servicios a terceros*, no se encuentra prohibida sino, por el contrario la tendencia es la de su progresiva liberalización.

Respecto al *Capital social* se refiere al suscrito, esto es el monto comprometido a integrar.

Sobre los *derechos y obligaciones de los asociados*, de acuerdo al artículo 2, todos los asociados, independientemente de su domicilio tendrán los mismos derechos y obligaciones societarias, debiendo el respectivo Estatuto prever el régimen de participación en las actividades de la cooperativa de los domiciliados en otros países sobre la base de igualdad jurídica.

Se parte del principio de libertad estatutaria para la regulación del régimen de participación en las actividades de la cooperativa de los domiciliados en otros países, sobre la base de igualdad jurídica. Refiriéndose no sólo a la participación en el ejercicio de los derechos inherentes a la actividad mutualista sino también al gobierno democrático.

Pero la norma es clara y se deberá garantizar la igualdad jurídica, de los asociados residentes en otros países, que dependerá de la clase de cooperativa, sus características, vecindad o no geográfica, distintas formas de participación democrática, recogidas en especial en la experiencia de las cooperativas de grado superior.

Esto demuestra una vez más que el modelo no viene pre-determinado por la ley, sino, por la mayor o menor libertad estatutaria dentro del marco que habilita la misma, originándose las diferencias propias que surgirán del Derecho derivado de fuente interna.

Sobre la *denominación* social de la cooperativa, según el artículo 3 deberá integrarse con la expresión. “Cooperativas del MERCOSUR” y quedarán sujetas a las disposiciones comunes que rigen a las cooperativas en cuanto a su constitución, registro, funcionamiento, supervisión, disolución y liquidación, con las adecuaciones que en razón de su naturaleza resulten del presente capítulo y fueren pertinentes a su organización y funcionamiento.

Esta disposición resulta congruente con la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (Montevideo 1979) que en su artículo 2 establece que “la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución” entendiendo por ley del lugar de constitución, al Estado dónde se cumplen los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades.

Sin perjuicio que para el cumplimiento de su objeto social podrá contar con establecimientos o sucursales en países diferentes del de su domicilio legal de acuerdo con el régimen común., situación en la que también resulta aplicable su artículo 4: “para el ejercicio directo o indirecto de actos comprendidos en el objeto social de las sociedades mercantiles, éstas quedarán sujetas al Estado donde se realizaren”.

Ahora bien, dada la estructura organizacional del Mercosur y la falta de potestad legislativa obligatoria supranacional de sus órganos, se entendió que la forma

práctica consistía en incorporar dentro de las legislaciones cooperativas de los Estados Partes -mediante los procedimientos legislativos propios de cada uno de ellos- un capítulo especial dedicado a dichas “cooperativas del Mercosur” (Reyes Lavega, 2014), lo que hasta ahora solo ha hecho Uruguay.

Referencias

- Acuña, M. (2011). Estatuto de cooperativas del MERCOSUR. *Reformas legales en materia de economía social y solidaria*. Valencia, Fundibes
- Borjabad, P. (2001). La sociedad cooperativa en la ley 27/1999. *La sociedad cooperativa en la ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas*, Granada, Comares
- Ciriec (2007), La Economía Social en la Economía Europea. *Informe para el comité económico y social europeo*, DI CESE 96/2007, Bruselas, Ciriec
- Cracogna, D. (2009). El Estatuto de las cooperativas del Mercosur. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 37. Bilbao. Universidad de Deusto
- Cracogna, D. (2009). Nueva versión de la ley marco para las cooperativas de América Latina, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* 20. Valencia, Ciriec-España
- Cuesta, E. (2000). *Manual de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires. Abaco
- De la Rosa, E. (2004). El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. Globalización y Derecho. N. 7. Granada
- 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
- Henry, H. (2008). *La nueva ley marco para las cooperativas de América Latina en el contexto internacional*. Asunción, Aci-Américas
- Inam, (2002). Asociaciones Mutuales. *Resoluciones del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social*. Buenos Aires

- Lluís y Navas, J. (2005). La teoría general y los conflictos territoriales de aplicación de la legislación cooperativa del sistema autonómico. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 39. Bilbao, Universidad de Deusto
- Maidana, O. (2010). *Régimen legal de las cooperativas comentado*. Asunción, Servilibro
- Martin, J. (2001). Capítulo II. De la constitución de la sociedad cooperativa. *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999 de 16 de julio*. Madrid. Colegios Notariales de España
- Mercosur, Parlamento del (2009). *Estatuto de las cooperativas del Mercosur*
- Moirano, A. (2011). Alrededor de la legislación mutual. *Reformas legales en materia de economía social y solidaria*. Valencia, Fundibes
- Naranjo, C. (2014). El derecho cooperativo en América Latina: desafíos y cambios. *Congreso Continental de Derecho Cooperativo, Guarujá, Brasil, 2013*. Buenos Aires, Intercoop
- Parlamento europeo (2013). *Resolución con recomendaciones destinadas a la comisión sobre el Estatuto de la mutualidad europea (2012/2039)*. Bruselas
- Pastor, C. (2008). La sociedad cooperativa europea: la compleja articulación de un nuevo tipo societario. *Internacionalización de las cooperativas, Tyran Monografías 578*. Valencia, Universidad de Alicante
- Reyes Lavega, S. (2014). La evolución de la legislación cooperativa en el mundo. *Congreso Continental de Derecho Cooperativo*. San Pablo. ACI-Américas
- Schaffland, H. (2005). *Una nueva forma jurídica: la cooperativa europea entrará en vigencia en 2006*. Berlín, DGRV
- Verón, V. (2009). *Tratado de las cooperativas*. Tomos I, II y III. Buenos Aires, La Ley
- Zabala, H. (2003). Tendencias legislativas en economía solidaria. *Coloquio internacional prospectiva de la economía solidaria*. Medellín, Universidad Luis Amigó

14. DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS EN LA EMPRESA SOLIDARIA

La complejidad de la empresa solidaria. Los órganos de la empresa solidaria. Modelo societario orgánico. La competencia. Delegación de la competencia. Conflictos de competencia

LA COMPLEJIDAD DE LA EMPRESA SOLIDARIA³⁰

143

La mayoría de las empresas de economía solidaria son organizaciones de masas (habitualmente integradas por gran número de miembros, salvo muchas de trabajo asociado y agrarias) complejas (compuestas de múltiples órganos internos) eminentemente participativas (los miembros ejercen dirección y control democrático en todas sus instancias y actividades) y normalmente formadas por personas de limitado nivel educativo y bajos recursos económicos.

Por su parte, las leyes que en América Latina regulan las empresas solidarias, en especial las cooperativas, e caracterizan por un exagerado reglamentismo y carácter imperativo, que da poco margen a elaboraciones inéditas por parte del pueblo y crea un modelo rígido. Las leyes descienden a detalles insignificantes y constituyen cuerpos estrictos y sumamente complejos, incompatibles con la sencillez, flexibilidad y carácter supletorio que debe presidir este tipo de legislación.

Todo ello produce que el funcionamiento de las empresas solidarias constituya un verdadero entramado de funciones y actividades a cumplir que deben distribuirse entre numerosos órganos, lo que las hace ciertamente difíciles de manejar. En la práctica, muchas veces se tiende a apartarse de los esquemas normativos que imponen una racional distribución de competencias entre las diversas instancias de la empresa y a concentrar las decisiones en unos pocos, cuando no, sólo en la gerencia profesional.

³⁰ García-Müller, 1989 y 1997

Las funciones administrativas

La gestión de cualquier organización se lleva a cabo de por medio de las funciones administrativas. Se utiliza el término proceso administrativo para designar el conjunto de funciones que comprenden la administración de una organización: Planeación, Organización, Dirección, Ejecución y Control. A efecto de simplificar el análisis, distinguimos sólo tres funciones administrativas fundamentales: planeación organizativa, gerencia operativa y control de ejecución.

1. La planeación organizativa

Constituye el conjunto de operaciones que se llevan a cabo antes de la ejecución o de puesta en práctica de los objetivos de la empresa; que forman su preparación y en la que podrían estar subsumidas las funciones de planificación y de organización.

Comprende la fijación de los objetivos de la empresa, la determinación de las políticas y estrategias, el establecimiento de procedimientos y la creación o adecuación de las reglas o normas internas que regulan la empresa. Igualmente, la planificación de las actividades, el establecimiento del presupuesto y de los programas de trabajo. Involucra, así mismo, el establecimiento de una estructura que determine las actividades que corresponden a los distintos órganos, las líneas de autoridad y las relaciones entre los mismos.

2. La gerencia operacional

Comporta el desarrollo e implantación de los programas; su ejecución, que comprende la gestión diaria de los negocios de la empresa, la prestación de los servicios, la solución de problemas administrativos y técnicos, la selección, adiestramiento, dirección y conducción del personal, compras, ventas, producción, contabilidad etc.

3. El control de resultados

Integrado por las operaciones tendientes a la evaluación de la ejecución; al control en sí mismo que es garantizar el cumplimiento de los objetivos trazados y que las operaciones no se desvíen de lo pautado. Mide el

desempeño en relación con las metas y los planes y persigue corregir las desviaciones.

Actividades

Se refiere a las operaciones concretas y específicas que puede y debe asumir cada uno de los órganos de la empresa en actualización de su competencia. Más precisamente, es la competencia en detalle que realiza cada órgano y que contribuye, junto a las actividades llevadas a cabo por otros órganos, a la efectiva realización de una tarea dentro de la empresa. De manera enunciativa se expresan a continuación las principales actividades que cumplen los órganos de las empresas solidarias:

1. Aprobación

La actividad de conformidad, aceptación o visto bueno que un órgano da a una decisión adoptada por otro órgano a quien le corresponde hacerlo. Con la aprobación se perfecciona la decisión. La aprobación es posterior a la decisión.

2. Autorización

Es la actividad por la cual un órgano habilita o permite a otro ejercer una competencia o atribución que le corresponde ejecutar. Es previa a la ejecución.

3. Consulta

Es una actividad por la cual un órgano o dependencia ilustra el criterio de otro órgano. Es el acto por el cual un órgano da su dictamen o parecer a otro.

4. Control

Consiste en la acción de comprobar o verificar si la actividad realizada por otro órgano está conforme con las normas que la regulan; con lo planificado y con los objetivos esperados. El órgano que fiscaliza o controla manifiesta su conformidad o desacuerdo con lo actuado y propone correctivos, soluciones o alternativas.

5. Decisión

Es la actividad por medio de la cual un órgano escoge una solución entre una o varias alternativas posibles. La decisión determina la voluntad de la empresa sobre un asunto o tema.

6. Ejecución

Es la actividad consistente en llevar a la práctica la competencia asignada. Es llevar a los hechos, a la realidad; cumplir una competencia determinada.

7. Información

La actividad por la cual un órgano se entera, conoce o se da cuenta de actos, hechos o acontecimientos que suceden en la empresa o que realiza otro órgano. También, la obligación en que está un órgano de comunicar a otros, actos o hechos a su cargo.

8. Propuesta

Es la acción por la cual un órgano induce o toma la iniciativa en determinada materia y la presenta a la consideración de otro, a quien corresponde tomar una decisión.

9. Recurso

consiste en la posibilidad que tiene un órgano de reexaminar una decisión adoptada por otro órgano, confirmándola, revocándola o modificándola.

También, el derecho que asiste a una persona u órgano de solicitar a otro la revisión de una decisión que la afecta.

Uno de los problemas de estas empresas es la manera de superar la confusión, indeterminación e interferencias en el ejercicio de las funciones y actividades que corresponde cumplir a cada uno de los diversos órganos que las componen, de manera que puedan funcionar eficientemente.

LOS ÓRGANOS DE LA EMPRESA SOLIDARIA

Las empresas solidarias como cualquier tipo de organización o persona colectiva actúan a través o por medio de unas personas físicas. Estas personas emiten una voluntad que vale como voluntad de la persona colectiva. Ahora, se trata de explicar cómo la voluntad de unos seres humanos vale por la voluntad de la

persona colectiva. Para algunos, se explica porque la relación existente entre ambas es de un mandato; para otros, una representación legal.

Actualmente predomina la teoría del órgano, según la cual las personas colectivas expresan su voluntad a través de sus órganos. Los órganos son parte integrante de la persona colectiva sin los cuales no se concibe, no puede existir ni moverse. Los órganos son los instrumentos por medio de los cuales las personas colectivas forman y manifiestan su voluntad. El órgano es parte integrante de la persona colectiva.

La casi totalidad de las legislaciones diseñan las empresas solidarias con un conjunto predeterminado y obligatorio de órganos, casi siempre de forma compleja. Cabría preguntarse si ésta es la mejor alternativa y no la de dejar a las propias empresas, de acuerdo a su tipo, dimensión y evolución particular, la determinación de un sistema orgánico propio que mantenga –al menos- un órgano deliberante y uno ejecutivo y de representación.

Los órganos de las empresas solidarias son, generalmente, los siguientes:

Órgano deliberante

El órgano deliberante (o asamblea) es el órgano constituido por la totalidad de los miembros de la empresa que expresa la voluntad social en los asuntos sometidos a su consideración. Se acostumbra decir que la asamblea es el órgano soberano, máximo o supremo de la entidad, aunque, en realidad, sus deliberaciones sólo valen dentro de los límites de su competencia y en tanto no contradigan la ley y el estatuto.

Órgano directivo

Se trata de un órgano necesario y colegiado a quien le compete el gobierno, gestión y representación, así como se le reconocen facultades autónomas, "... con una cierta fuerza de atracción para lo no atribuido a otro órgano" (Montolío, 1989).

Órgano ejecutivo

Entendido normalmente como el órgano operativo o de gestión de la empresa solidaria. Sus atribuciones o poderes pueden ser determinados en las normas legales o en el estatuto, fijados en el acto de su designación o quedar a criterio del órgano directivo, según los diversos sistemas normativos. Tiene a su cargo la administración directa de la empresa.

La comisión de miembros

Se trata de un órgano previsto en algunas legislaciones y para empresas de pequeñas dimensiones (ley de cooperativas de Quebec) que suprime el órgano directivo y que atribuye a la totalidad de los miembros las funciones directivas de la empresa. Se trata de un órgano que asume a la vez las funciones de los órganos deliberante, directivo y ejecutivo.

Órgano de control interno

Es un órgano generalmente necesario, permanente y obligatorio designado por los miembros en sesión del órgano deliberante, llamado consejo de vigilancia, comité de fiscalización, comisarios o interventores, con funciones de fiscalización interna y nunca de administración. Se estima que su función fundamental es asegurarse que la empresa se concentre en su finalidad esencial de obtener los objetivos sociales.

En ciertos países se habla de la creación del *ombudsman* entendido como el defensor de los derechos del asociado; un instrumento de control y vigilancia, cuyo marco de acción afecta a los funcionarios representativos de la organización global, ejerciendo sobre ellos funciones de supervisión y, en su caso, de enmienda sobre problemas particulares.

El revisor

Algunas legislaciones, frente a la reiterada inoperancia de los órganos colegiados de control interno, bien sea por su falta de capacidad técnico-administrativa, por su

alternatividad, o por tratarse generalmente de funciones no remuneradas, han optado por crear un órgano especializado en el control administrativo de la empresa, con competencias más precisas en orden a la fiscalización de la actuación de los demás órganos, en particular, del directivo y del gerencial.

Comisiones y comités

Son unidades o cuerpos a quienes las normas externas y, o internas asignan funciones determinadas, bien sean consultivas o ejecutivas. Pueden ser de creación obligatoria o facultativa y sus decisiones tienen el valor que les asignan la ley, el estatuto y las decisiones de los órganos internos que las establecen.

Las secciones autónomas

Son las demarcaciones o unidades dentro de una empresa solidaria que asumen el desarrollo de ciertas actividades económicas o sociales particulares y específicas, derivadas o complementarias de su objeto social y que van a ser gestionadas en forma autónoma. En las mismas se pueden involucrar todos los miembros que se interesen en esa actividad específica (créditos, por ejemplo) o sólo un sector o grupo.

Los comités de base

En empresas de grandes dimensiones, de elevado número de miembros o cuya actividad organizativa dificulta la personalización en las acciones de los miembros y para potencializar su participación, se estructuran los comités de base. Se trata de núcleos de miembros que por su carácter pequeño e informal, por la mayor homogeneidad cultural y económica de sus integrantes, son más ágiles, más flexibles y más identificados con las reales necesidades de las bases (Schneider, 1993).

Concepto

Los órganos sociales son, en rigor, elementos de organización técnico-jurídica que pueden ser caracterizados como centros, núcleos o sistemas de organización en el seno de la persona jurídica destinatarios e investidos, cada uno, de ciertos grupos de funciones, atribuciones y de competencias regladas, mediante cuyo ejercicio y aplicación por parte de los titulares de cargos en el seno de tales órganos, la sociedad-persona jurídica forma su voluntad interna, la manifiesta y, acaso, la ejecuta entablando relaciones jurídicas con terceros y asumiendo derechos y obligaciones con éstos y también con sus socios.

Carácter imperativo

Este modelo de organización y funcionamiento tiene carácter imperativo en toda cooperativa y el mismo constituye un principio configurador o especie de norma de orden público societario de esta forma de sociedad. Ello significa, en consecuencia, que este aspecto esencial de la regulación legal de la cooperativa no puede ser válidamente excluido ni modificado por virtud de disposiciones estatutarias o de acuerdos de los órganos sociales más allá de los límites expresamente permitidos por la propia ley.

El respeto al modelo orgánico de funcionamiento legalmente establecido para la cooperativa, supone, por ello, un límite expreso a la autonomía de la voluntad de los promotores así como a la autonomía de ordenación estatutaria y a la competencia de los órganos sociales una vez constituida la sociedad.

Principios del sistema organizativo de las empresas solidarias³²

Consecuencia del carácter netamente “democrático”, los principios que informan el régimen de los órganos sociales son:

³¹ Alonso, 2010

³² Alonso, 2010

1. Principio de corresponsabilidad interorgánica en la gestión de la cooperativa (o autogestión) por el que las funciones y competencias derivadas del reparto legal (y en su caso, de reserva recíproca) se ejerce entre los diferentes órganos, la que no puede ser alterada por vía estatutaria, y que el acto jurídico de que se trate en cada caso haya sido realizado por el órgano legalmente competente, lo cual es su supuesto de validez.
2. Principio de funcionamiento colegial por lo que tienen la obligación de adoptar sus acuerdos previo respeto al método colegial de funcionamiento. Este método impone como presupuesto de validez de la formación de la voluntad del órgano que se trate, de acuerdos que sean el resultado de las reglas de procedimiento colegial, cuyo sentido básico es garantizar la comunicación de sus miembros y el respeto de sus derechos de asistencia, información, voz y voto.
3. Principio mayoritario, según el cual la voluntad social se hace coincidir con la voluntad de la mayoría de los miembros de cada órgano en el previo respeto al régimen colegial. De manera que la unanimidad de hecho o de derecho como regla de organización es ilícita.

LA COMPETENCIA

Conceptuación:

La competencia genéricamente puede ser entendida como el conjunto de atribuciones, tareas, funciones o potestades concedidas por el ordenamiento a una dependencia u órgano dentro de una empresa u organización. Constituye el campo de actuación de un órgano y los límites dentro de los cuales puede actuar.

La competencia es atribuida a un órgano interno por el ordenamiento jurídico que regula la empresa y, generalmente, no puede ser asumida sin que haya una norma expresa que la confiera de manera explícita. Por norma expresa entendemos alguna de las diversas fuentes en que se origina la competencia y que se indican a continuación:

Las competencias atribuidas a un órgano lo son por una norma legal promulgada por el Estado, a saber, por la Ley o por el Reglamento de la Ley. Puede, también, ser asignada por una norma interna, la que puede ser el acto constitutivo, el estatuto y los reglamentos internos. Inclusive, puede tener su origen en una decisión o acuerdo del órgano deliberante que decide atribuir determinada potestad dentro de la organización, a un órgano en particular, siempre que no invada competencias asignadas a otro órgano, y sea conforme o compatible con su naturaleza y funciones.

Si bien es cierto, como se ha dicho, que la competencia es atribuida por una disposición legal (en sentido amplio) también lo es que en la práctica las organizaciones distribuyen competencias de acuerdo a su propia dinámica y características particulares, muchas veces sin sujetarse a lo dispuesto en las normas genéricas. Es lo que se llama la práctica administrativa que es admisible siempre y cuando no contradiga en forma expresa las normas generales. En todo caso, esa práctica debe plasmarse en una norma explícita.

Formas de distribución de la competencia

Las competencias pueden ser asignadas dentro de una empresa de diversas maneras:

1. Según su grado de determinación, pueden ser distribuidas en forma indeterminada o genérica, esto es, sin precisarse a qué órgano o instancia le corresponde cada una de las potestades o atribuciones, hecho que genera incertidumbre y conduce a la concentración de la mayor parte de las mismas en un solo órgano, normalmente la gerencia o la presidencia.
2. Puede serlo, también, en forma determinada o especializada. En este último caso, se fija a cada órgano un ámbito específico de actuación.
3. De acuerdo a su naturaleza, la competencia puede ser asignada a los órganos de forma:
 - Indicativa: esta forma se da cuando las fuentes normativas se limitan a enunciar o señalar ciertas atribuciones a algunos órganos, sin que

por ello se limite su campo de actuación ya que se deja abierta la posibilidad de que pueda asumir otras.

- También puede ser asignada de manera taxativa, cuando se determina en forma precisa cuáles son las únicas y exclusivas funciones que puede cumplir determinado órgano.
- Lo es privativa o excluyente cuando se establecen las competencias del órgano que deben ser ejercidas por el mismo y por ningún otro órgano, impidiéndose, en tal caso, todo tipo de delegación de las mismas.
- Es concurrente cuando es asignada indistintamente a varios órganos, cualquiera de los cuales puede ejercerla.
- Es residual en el caso en que el órgano conoce de toda competencia no atribuida en forma expresa a otros órganos.

LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS

Concepto

La delegación puede ser entendida como la facultad concedida al órgano que tiene asignada una competencia para transmitirla a otro u otros órganos de inferior jerarquía dentro de la empresa. En principio, la competencia es de ejercicio personal y obligatorio y no puede ser transmitida o delegada salvo que una disposición legal o una norma interna expresa así lo permita.

En torno a la naturaleza de la delegación hay dos criterios principales. Para algunos, se trata de un contrato entre mandante y mandatario. Para otros, por el contrario, se trata de los llamados actos-condición. En tal sentido, afirman que la delegación es un acto interno no contractual, fundado sobre el mismo orden de relaciones entre la sociedad y sus órganos. Observan que la delegación debe ser aceptada, inclusive con un comportamiento claro: pero la aceptación es sólo una condición de eficacia del nombramiento, como acto unilateral del delegado. No transforma en contrato este acto unilateral el hecho de que la aceptación derive en

cabeza del aceptante de adecuarse a determinado comportamiento y que se halla previsto una compensación por el ejercicio de sus funciones (Scordino, 1970).

Tipos de delegación

La delegación de potestades puede ser general, especial y concurrente.

1. General:

La delegación de competencias es general cuando el órgano que la tiene asignada puede atribuir la totalidad de sus atribuciones a otro órgano. En opinión de Scordino (1970) "... no sería admisible una delegación de carácter general, lo que equivaldría a despojar al consejo de sus característicos poderes de gestión de la sociedad". Para Kint y Godin (1968) el lazo personal que une al administrador con la cooperativa prohíbe una delegación general de funciones. La delegación general dejaría sin contenido las funciones del delegante.

2. Especial:

Lo es cuando el mandatario social conserva el derecho de sustituirse en una tercera persona para el ejercicio de ciertos actos muy precisos. "La regularidad de la delegación de la gestión diaria dependerá, desde luego, del punto de saber si ella entra o no en el cuadro de tareas determinadas cuya ejecución puede ser confiada por el administrador a un delegado. Para Kint y Godin (ídem) es preferible decidir que la delegación limitada a la gestión diaria de la sociedad cooperativa presenta un carácter suficientemente restringido en relación al conjunto de funciones del administrador para ser permitida".

3. Concurrente:

En este sistema "... la delegación no limita la competencia del consejo, sino crea una competencia concurrente acumulativa en el sentido que el consejo siempre puede deliberar sobre todas las materias de su competencia, aunque haya delegado al administrador (Gerente) o al Comité Ejecutivo" (Scordino, 1970).

La delegación puede ocurrir entre diversos órganos de la empresa. Veamos los principales casos en que la delegación puede ocurrir:

Del órgano deliberante al órgano directivo:

Las competencias del órgano deliberante pueden ser o no delegables a otros órganos internos según la norma legislativa de cada país. Lo más frecuente es que la ley señale en forma taxativa algunas competencias privativas o excluyentes del órgano deliberante y deje al estatuto la determinación de otras que pueden o no, ser delegadas al órgano directivo.

Dentro de las competencias exclusivas se puede incluir los actos de extraordinaria o de particular trascendencia o cuantía, entre los cuales aquellos que impliquen la transmisión de partes del patrimonio de la sociedad susceptibles de explotación autónoma (Sánchez-Ruiz, 2010).

El consejo de administración/los administradores de la cooperativa deben contar con la libertad necesaria indispensable para una gestión eficiente de la empresa, mientras que todas las decisiones relativas a la cooperativa como asociación deben ser tomadas por la asamblea. Partiendo de esta distinción básica, puede elaborarse una lista de facultades exclusivas de la asamblea.

Estas facultades no pueden ser transferidas a ningún otro órgano o persona, ni siquiera mediante una decisión unánime de los asociados, dado que estas facultades son parte de los elementos distintivos de las cooperativas como organizaciones, a la vez que contribuyen a la claridad y la seguridad jurídicas (Henry, 2013).

Del órgano directivo al comité ejecutivo:

La delegación de atribuciones del consejo de administración a un comité ejecutivo está subordinada a que esté previsto en el acto constitutivo, o por lo menos, a que sea consentida por la asamblea. A su vez, se considera que el comité ejecutivo no

podría sub-delegar las funciones que le fueron delegadas, salvo que ello fuere autorizado por el estatuto o la asamblea (Scordino, 1970).

Del órgano directivo al órgano ejecutivo (gerente):

Esta es la forma más corriente de delegación. Se sostiene que "los órganos delegados son secundarios y subordinados al consejo de administración, no sólo en el sentido que éste crea y define sus atribuciones, sino, también, que los directivos como colegio deben vigilar la actividad del delegado y responden, caso contrario, solidariamente, por los daños provocados por tales órganos" (Scordino, 1970).

Del órgano ejecutivo al personal subalterno:

Comoquiera que el órgano ejecutivo no puede asumir por sí mismo todas las funciones y actividades de gestión administrativa dentro de la empresa solidaria, debe delegar en el personal subalterno la ejecución de determinadas actividades y funciones.

Se denomina delegación de autoridad, que se produce cuando un superior otorga discreción organizacional a un subalterno, como sería el caso del gerente general que transmite al gerente de ventas potestades de actuar en tal materia. Se refiere a la transferencia de algunas atribuciones de un órgano o dependencia en otros órganos o en el personal subalterno; se trata de la transmisión del ejercicio de tareas o actividades en funcionarios de menor jerarquía para que las desempeñen por sí mismos, sin excluir la posibilidad de que el delegante la ejerza en nombre propio y en cualquier momento puede asumir la autoridad o tarea delegada.

Es posible delegar actividades o tareas, pero no pueden delegarse responsabilidades ya que se trata de una obligación que se pone a cargo de alguien para desarrollar algo. El delegante conserva siempre la responsabilidad por los actos que realice su delegado.

La delegación de autoridad no podría ser general y normalmente debe constar por escrito, fundamentalmente en los manuales de organización o sistemas, o en los manuales descriptivos de cargos; debe ser suficiente; claramente definida; precisarse el nivel de autoridad concedido, las líneas de mando y su unicidad, así como la responsabilidad de su ejecución tanto del delegante como del delegado y la correspondencia entre la autoridad delegada y la responsabilidad por su ejercicio (Koontz y O'donnell, C.1976).

Límites de la delegación:

1. En primer lugar, la delegación está sujeta a que esté prevista en el acto constitutivo, en el estatuto de la empresa o, por lo menos, sea consentida por el órgano deliberante.

La Casación italiana (10/4/1957 en Scordino, 1970) decidió que "Cuando el acto constitutivo no disponga nada, la facultad de que se trata es atribuible al consejo de administración sólo por la asamblea; pero si el acto constitutivo contiene una expresa prohibición la asamblea no puede derogarla"

2. En principio, el delegado no puede sub-delegar.

En tal sentido, La Casación italiana (25/1/1965 ídem) dictaminó: "La delegación en examen no refleja, sin embargo, el ejercicio de un poder ordinario y, por tanto, el administrador delegado no puede, a su vez -salvo que lo consientan el acto constitutivo o la asamblea- delegar a otros sus atribuciones propias".

3. En todo caso, se sostiene que la delegación no autorizada normalmente produce la nulidad de la decisión adoptada por el delegado, así como sanciones administrativas aplicables bien sea por el órgano deliberante, la Autoridad de Aplicación o por el Juez, a solicitud de ésta o de cualquier miembro.

La avocación

Consiste en la posibilidad que puede tener un órgano de superior jerarquía de asumir por sí mismo atribuciones o competencias asignadas a un órgano de inferior nivel dentro de la empresa. Como, por ejemplo, la posibilidad del órgano deliberante de asumir competencias asignadas al órgano directivo o ejecutivo. En principio, ello no es posible, salvo que un texto normativo así lo permita de manera expresa, ya que se trataría de despojar a un órgano de las competencias que le fueron asignadas.

Un caso muy particular, pero de especial importancia, es la posibilidad de la avocación por inactividad que pudiere ser posible cuando un órgano no actúa o no cumple las atribuciones o competencias que le competen y el superior pueda asumir su ejercicio, aunque fuere en forma temporal, para garantizar la necesaria continuidad en las actividades de la empresa, y que tiene su fundamento en el principio de conservación de la empresa.

CONFLICTOS DE COMPETENCIA³³

De acuerdo a la casi totalidad de las legislaciones las empresas solidarias son organizaciones complejas, integradas por múltiples órganos y con un gran número de competencias asignadas a los mismos. Algunas veces las leyes distribuyen en forma precisa las competencias entre los distintos órganos; otras lo hacen de manera muy genérica y algunas se limitan a remitir la materia al estatuto, lo que en ocasiones lo hace de forma muy específica y, en otras, de manera confusa.

Cuando la competencia es distribuida en forma expresa por la ley, aparentemente no hay problemas, puesto que se sabe a ciencia cierta qué le corresponde a cada quien. Sin embargo, cuando ello no es así, corresponde a los propios miembros plasmar en el estatuto una clara distribución de competencias.

De no ser así, se corre el riesgo de que algunos directivos o miembros del personal gerencial concentren competencias de acuerdo al poder real que hayan

³³ García-Müller, 1997

acumulado en la empresa, invadan las de otros órganos o instancias o, incluso, que se diluya su ejercicio.

Conflictos entre los órganos deliberante y directivo

Comoquiera que el órgano deliberante no tiene carácter de permanencia, con frecuencia se delega el ejercicio sus atribuciones en otros órganos, en particular, el directivo. Ello puede traer como consecuencia que la asamblea apenas ejerce el poder directo, excepción hecha de las elecciones y del ejercicio de un control genérico de las actividades de la empresa, sobre todo negativo.

Por más que su procedencia sea la propia masa societaria y que su formación se haya realizado en contacto con la base, paulatinamente, en la misma medida en que la empresa crece, los dirigentes se van separando progresivamente de sus compañeros (Meister, 1969).

En la práctica, por deficiencias en los sistemas de información a los miembros y por la baja actividad de gran parte de los mismos en las operaciones con su empresa, las sesiones del órgano deliberante se reducen a muy pocos miembros, quienes se limitan a asentir o expresar su conformidad automática con las propuestas de los directivos, en especial, en relación a los informes de gestión, los estados financieros, los planes de trabajo y el presupuesto.

Para Sánchez-Ruiz (2010) en caso en que el órgano directivo decidiese sobre materias no atribuidas por la ley o el estatuto a otros órganos, la asamblea podría adoptar una decisión expresa y previa por virtud de la cual atrajese para sí, en concreto, la facultad decisoria sobre alguno de esos asuntos.

Añade que pareciese que la asamblea debería anticiparse a la actuación del consejo sobre alguna o alguna de las materias no reservadas a otro órgano, pues, en defecto de tal iniciativa de la asamblea, funcionaria la competencia residual reconocida al consejo y, en consecuencia, sería éste el órgano competente para adoptar decisiones vinculantes sobre la materia de que se trate.

En opinión de algunos, para facilitar la gestión empresarial de las empresas solidarias se estima que "... debieran de reforzarse las facultades ejecutivas de administración y gestión empresarial, limitando las intervenciones de autorización previa de la asamblea general, y considerando como línea directiva de la legislación el apartamiento de toda posible interpretación asamblearia de las compañías cooperativas" (Divar, 1992).

Conflictos entre el órgano ejecutivo y órgano directivo

El asunto crucial es la división y asignación de responsabilidades y de autoridad entre el órgano directivo (el consejo de administración) y el ejecutivo (gerencia). El hecho es que existen insuficiencias en la definición más precisa del engranaje de vinculación de la esfera administrativa y las premisas democráticas de la empresa. Es posible detectar problemas en la clasificación y utilización adecuada de los niveles de gestión, en la toma de decisión y en la pronta adaptación a las condiciones cambiantes del entorno (Mora, 1970).

Normalmente se presenta un conflicto entre los dirigentes remunerados que tienden a perseguir el crecimiento y la rentabilidad de la empresa y los directivos (como representante de los miembros) que esperan que su organización cumpla sus propios objetivos, esto es, la prestación de ventajas para el grupo o la satisfacción de sus necesidades con la máxima eficacia y eficiencia.

Este foso entre los objetivos perseguidos por los dirigentes asalariados y el de los dirigentes electos puede ser muy profundo. El gerente se refiere a los objetivos de la empresa en términos "comerciales", mientras que los dirigentes lo ven bajo el aspecto social o ético (Parnell, 1993). En el fondo, existe un desequilibrio entre el poder real del dirigente a tiempo parcial y el profesional a tiempo completo que controla toda la información y los recursos.

Referencias

- Alonso, F. (2010). El consejo rector y el administrador único de la cooperativa. *Derecho de sociedades cooperativas de la Región de Murcia*, Pamplona, Aranzadi
- Althaus, A. (1974). *Tratado de derecho cooperativo*. Rosario. Zeus.
- Divar, J. (1992). *La adecuación de la ley 1/1982, de 11 de febrero, sobre cooperativas. Alternativas jurídicas que dan respuesta a las necesidades de las cooperativas de Euskadi*. Jardun, 8. Vitoria-Gasteiz
- García-Müller, A. (1989). Marco jurídico del sector de la economía del trabajo. *La Economía del Trabajo*. Bogotá. Celatet.
- García-Müller, A. (1997). Distribución de competencias en las empresas solidarias. *Anuario de Estudios Cooperativos*. Bilbao. Universidad de Deusto
- Henry, H. (2013). *Orientaciones para la legislación cooperativa*. Ginebra, OIT
- Koontz, H. y O'donnell, C. (1976). *Curso de administración moderna: un análisis de las funciones de la administración*. México. Mc Graw-Hill.
- Meister, A. (1969). *Los sistemas cooperativos. ¿Democracia o tecnocracia?* Barcelona. Nova terra.
- Montolío, j. (1989). *Consejo rector y dirección en la nueva ley general de cooperativas*. Madrid. Revesco 56-57.
- Mora, f. (1970), Asociación y cooperativa. *Revista de ciencias jurídicas*. San José, Universidad de Costa Rica, 16.
- Parnell, E. (1993). *Economia o etica: sistemi di gestione per risolvere IIR*. *Rivista della cooperazione*, 13. Roma. Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzati
- Sánchez-Ruiz, M. (2010). La asamblea general de socios. *Derecho de sociedades cooperativas de la Región de Murcia*, Pamplona, Aranzadi
- Schneider, j. (1993). Los principios cooperativos hoy. Enfoque latinoamericano. Bilbao. *Anuario de estudios cooperativos*. Universidad de Deusto
- Scordino, F. (1970). *La società cooperativa*. Napoli. Eugenio Jovene.

15. LA ASAMBLEA
16. FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD
17. ÓRGANO DIRECTIVO
18. OTROS ÓRGANOS DIRECTIVOS
19. ÓRGANOS DE CONTROL INTERNO

14. LA ASAMBLEA

Concepto. Clases de sesiones. Reunión en primero y segundo grado. Los delegados. La asamblea virtual. Competencia de la asamblea. Los acuerdos

CONCEPTO

El órgano deliberante o asamblea es la reunión de todos los miembros de una empresa solidaria para deliberar sobre los asuntos de su competencia, emitiendo la opinión de la mayoría legalmente requerida en forma de acuerdos obligatorios para todos los miembros.

Se dice que la asamblea es el órgano de nivel supremo de decisión de la entidad; constituye el rango orgánico de máxima jerarquía en toda la estructura jurídica de la empresa, de forma tal que la asamblea puede controlar a los demás órganos, pero no al revés, con excepción del órgano de fiscalización interna que sí puede controlar la legalidad de los acuerdos o resoluciones de la asamblea. Ello no significa que la asamblea sea omnímoda e invulnerable, decida lo que decida, puesto que –por el contrario- sus acuerdos están sometidos al imperio de la ley y, por ello, al control judicial (Paz, 2002).

Cuesta (2000) afirma que la asamblea no es un órgano propiamente dicho por faltarle los rasgos que lo tipifican, es decir, su carácter complementario y auxiliar. Ahora bien, añade que si consideramos que las funciones de administración y de fiscalización interna de las actividades de la cooperativa están relacionadas y son

examinadas por la asamblea, que es el cuerpo que tiene el gobierno de la entidad, en ese sentido podríamos decir que es el órgano de mayor jerarquía de la cooperativa.

Para Buonocore (1997) la concepción de la asamblea como órgano soberano es la expresión de una cultura que concibe en sentido exasperantemente piramidal los órganos. Afirma que ello no es así, porque cada órgano tiene su propia esfera de competencia, no solo la indicada en la ley, sino la coherente a su función institucional, y la asamblea no puede interferir en su esfera de competencia. Lo que sí tiene es posición de preeminencia, sobre todo porque tiene los dos cometidos fundamentales otorgados por la ley: nombrar a quienes administran y revocar a los administradores sin necesidad de justificación y, además, aprobar las cuentas sociales.

En igual sentido, para Paz (2002) hablar de “soberanía” de la asamblea parece poco riguroso y notablemente equívoco, puesto que no existe ninguna ley que le reconozca la potestad de decidir sobre cualquier asunto concerniente a la cooperativa; es decir, la voluntad asamblearia no puede franquear cualquier aduana o territorio de competencias ajenos a la propia asamblea.

Características:

1. La asamblea es un órgano colegiado, constituido con la participación de todos los miembros en igual de condiciones, con base en el principio de gestión democrática, según las reglas del método colegial. La asamblea se constituye como un *collegium*, caracterizado por el hecho de que su actuación siempre a través de decisiones mayoritarias afecta tanto a presentes como a ausentes (Ávila, 2009).
2. Necesario o imprescindible y obligatorio; posee facultades indelegables y no tiene carácter permanente, sino que funciona sólo cuando es convocada. El poder de la asamblea tiene como límite la ley o el estatuto y, naturalmente, el orden o los intereses públicos (Meinen, 2003).

3. Su frecuencia mínima es anual, bien por determinación de la ley o del estatuto, y actúa de forma esporádica y discontinua, lo que la inhabilita para asumir tareas de gestión (Paz, 2002).
4. Deliberante y no ejecutivo, esto es, toma decisiones (manifestaciones de voluntad) pero no las ejecuta o no las cumple en la práctica, lo que le corresponde a otros órganos. La asamblea, además, es una reunión donde los asociados deliberan y adoptan acuerdos sobre los asuntos de su competencia; de lo que se deduce, pues, que no pueden ser calificadas como asambleas aquellas reuniones (como las puramente informativas) que no tuvieran una finalidad deliberativa.
5. Que un órgano sea colegiado, como lo es la asamblea, significa que sus acuerdos o resoluciones están sometidos a las normas que regulan formalmente el proceso de formación de la voluntad social.

CLASES DE SESIONES

Ordinaria

Es la reunión obligatoria y periódica de todos los miembros de la empresa solidaria que tiene por objetivo principal examinar la gestión social y aprobar, si procede, las cuentas anuales. La asamblea ordinaria, aunque no sea monográfica o esté exclusivamente dedicada a esos asuntos ha de tratarlos con carácter primordial, esto es, con mayor extensión y detenimiento, aunque puede incluir cualquier otro asunto propio de competencia de la asamblea (García-Más, 2001).

Generalmente se reúne al menos una vez por año para resolver los asuntos normales sujetos a su competencia. Se caracteriza –entonces- porque tiene un tiempo de realización y un orden del día preestablecidos por la ley y, o por el estatuto.

Extraordinaria

A petición de los miembros habilitados para ello, se convoca para tratar asuntos urgentes o de especial importancia en la vida de la entidad. De manera que son

extraordinarias todas las demás sesiones de la asamblea, aparte de la ordinaria, con independencia de cuándo se celebren y los asuntos que traten.

En contra, Gadea (1999) dice que son extraordinarias las que no incluyan los asuntos que son objeto privativo de las ordinarias. Cuesta (2000) estima que se distinguen, más que por el aspecto temporal de su realización, por el temario a considerar y, en especial, que no pueden tratar materias que son encomendadas por la ley a la asamblea ordinaria.

Sin embargo y en general, puede sostenerse que en materia de empresas solidarias no hay tema que siendo de competencia de la asamblea no pueda ser tratado por una ordinaria, difiriéndose a una extraordinaria toda cuestión que, siendo de competencia de la asamblea, no admita dilación.

Asambleas especiales

Son asambleas de objeto específico –previstas en el estatuto- como pueden ser la asamblea de planificación, de educación, de evaluación, etc. Paz (2002) propone establecer juntas preparatorias monográficas auto-convocadas por una minoría suficiente de miembros adscritos a cada una de ellas (¿el 10% de ellas?) y exclusivamente dirigidas a debatir y votar propuestas –no vinculantes, por supuesto- dirigidas al consejo rector.

Asamblea Universal (unánime o totalitaria) ³⁴

Es la asamblea en que reunidos todos los miembros deciden por unanimidad constituirse en junta para decidir, ya por régimen de mayorías, los asuntos que crean convenientes. Son dos los presupuestos necesarios para que se pueda celebrar la asamblea sin convocatoria: que asistan todos los socios personalmente o por medio de representante, y que exista unanimidad sobre la constitución de la asamblea y el orden del día.

³⁴ Vargas, 2009 y 2015

Para que sea válida bastará que la presencia de todos los socios se dé al comienzo de la reunión, no siendo necesaria su permanencia durante todo el transcurso de la misma ya que una vez constituida los acuerdos se adoptan por las mayorías legales y estatutarias establecidas, pero no por unanimidad. Se exige que el acuerdo unánime sobre la celebración de la misma y sobre el orden del día, se plasme en un acta que deben firmar los socios, y que puede coincidir con el acta de la propia asamblea o ser un anexo de ésta

A efectos probatorios se exige el levantamiento de un acta previa a la instalación de la sesión, firmada por todos los miembros con el acuerdo de celebrar esa asamblea con un determinado orden del día, separada del acta que recoge los acuerdos adoptados.

Mediante esta fórmula no es preciso que la reunión se haga en la localidad del domicilio social, ni previa convocatoria, si bien debe aceptarse un orden del día acordado por los propios miembros, incluso en el propio momento de la reunión.

Ahora bien, si por la naturaleza de los acuerdos a tratar la ley exige que los directivos suministren a los miembros determinada información previa, la misma no será necesaria si la junta se celebra con el carácter de universal y los asistentes se declaran con suficiente información sobre los asuntos a tratar. En todo caso, las asambleas universales se rigen por las mismas normas que para el resto de las juntas (Monreal, 1997).

Asamblea de gestión

Este tipo de asamblea es prevista para las empresas solidarias de bajo número de miembros como son la pequeña cooperativa, las formas previas y las empresas simplificadas. Con ella se busca entregar a los miembros la administración, identificando la asamblea (necesariamente compuesta por todos los miembros) con el órgano administrativo, también integrado por todos los miembros. Señala Reyes (2010) que se puede permitir la participación de socios no presentes a través de representante.

En relación con las reglas de funcionamiento de ésta asamblea, hay tres opiniones:

1. Pareciera preferente aplicar por analogía a la asamblea gestora las reglas del consejo de administración.
2. En contra, Bonfante (1999) opina que dada la voluntad de la ley de dar a la asamblea en cuanto órgano poderes gestores, parece preferible referirse a las reglas de la asamblea en cuanto tienden al funcionamiento del órgano aun en su vestidura de gestión.
3. Genco (1999) es de la opinión que se determina una tripartición del régimen aplicable a la asamblea, según que ella opere en sede “ordinaria”, “extraordinaria” o “gestionaría”.

REUNIÓN EN PRIMERO Y SEGUNDO GRADO

Reuniones de primer grado

Para algunos, tienen carácter de reunión preparatoria o instrumental que se agota con la elección de los delegados según la proporcionalidad fijada estatutaria o reglamentariamente; no tienen una propia autonomía, puesto que se presentan como un mero acto de un procedimiento (más complejo) en cuanto tal, no idóneo para determinar, por sí mismo, la formación de la voluntad social (Paolucci, 1999).

Algunos, por el contrario, opinan que las sesiones de distrito tienen carácter sustantivo y vinculante. Su objeto es doble: la elección de los delegados y dar a conocer el texto de los acuerdos cuya aprobación se vaya a proponer a la asamblea.

Paniagua (2005) opina que el estatuto debe regular un sistema de reuniones informativas, previas y posteriores a la asamblea general, de los delegados con los socios adscritos a la junta correspondiente. Con ello se pretende instaurar un mecanismo de control y participación de los socios y evitar el alejamiento de los delegados de los socios electores.

Todos los miembros del distrito tienen derecho de voz y de voto en la asamblea correspondiente. Sin embargo, para la elección de los delegados, los directivos de la empresa, aunque sean asociados adscritos al distrito no pueden intervenir como electores ni como elegibles, por cuanto tienen el derecho y la obligación de asistir a la asamblea de delegados (García-Jiménez, 2001).

Señala Vargas (2009) que se plantean dudas sobre si todas las juntas preparatorias se han de celebrar o reunir al mismo tiempo. Y aunque parece conveniente que así sea para evitar maniobras y presiones para orientar el voto de los socios, nada impide la celebración de las juntas preparatorias en fecha distintas. En todo caso sería conveniente la expresa regulación de esta cuestión en el estatuto.

La reunión en segundo grado

La reunión en segundo grado es la sesión de la asamblea integrada por representantes delegados electos por las asambleas parciales o de distrito en que se haya dividido la empresa, que cumple las funciones del órgano deliberante en aquellos casos en que no es posible la reunión de todos los miembros.

En empresas con muchos miembros o que los mismos estén esparcidos en territorios amplios, se constata el bajo número de asistentes a las asambleas y como consecuencia se tiene que la cooperativa, si bien no la asamblea, pierde su carácter democrático. Como medida correctiva se da una especie de representación por medio de delegados por distrito.

Con esta figura se pretende favorecer la participación en aquellas cooperativas en que ocurran circunstancias que dificulten la presencia simultánea de todos los asociados en la asamblea para debatir los asuntos y adoptar los correspondientes acuerdos (Gadea, 1999). Sin embargo, hay quienes opinan (Meinen, 2003) que no es posible porque el voto debe ser hecho *personalmente* por el miembro.

Sin embargo, se estima que el delegado hace las veces del grupo de asociados que representa, tal y como fue prescrito por el conjunto de ellos. Es como si todos

estuviesen presentes en las sesiones. Y que pretender lo contrario equivale a retirar a los asociados (impedidos de comparecencia) el sagrado derecho de manifestarse en las asambleas. Ello implicaría una ofensa explícita al principio del pleno ejercicio de los derechos sociales establecidos.

Se trata de una asamblea de segundo grado, quedando al arbitrio del estatuto según la naturaleza de la cooperativa fijar las modalidades de las asambleas distritales o de primer grado. Electos los delegados, la asamblea sea ordinaria o extraordinaria, funcionará con las mismas reglas y exigencias que las ya vistas.

La asamblea de delegados electos en las asambleas parciales será aquella en cuyo seno se adoptarán los acuerdos que motivaron su convocatoria, vale decir que la asamblea extraordinaria convocada por los órganos facultados para ello se celebra válidamente con los mismos delegados, sin que sea menester una nueva elección o consulta directa a los asociados (Daly, 1993).

A Scordino (1970) le parece que el centro del sistema está en la asamblea de delegados, la que está constituida de delegados y representa una verdadera y propia asamblea, en la que siempre debe formarse la voluntad social y cuyas labores deben, por tanto, producirse del modo consentido a las asambleas normales, o sea, evitando proceder a un mero escrutinio de los votos de las asambleas parciales, como si se tratase de verificar los resultados de un referéndum.

Casos

La asamblea de las empresas solidarias se da en segundo grado, entre otras, por las siguientes circunstancias: contar con un número elevado de miembros; la dispersión geográfica de los mismos; la diversificación de los intereses, de las actividades o por la existencia de grupos diferenciados de miembros; por la onerosidad o por las dificultades graves en la realización de una asamblea con participación de todos los miembros.

LOS DELEGADOS

*Los delegados*³⁵

El cargo de delegado en tanto no medie una limitación estatutaria, es un cargo permanente, que dura, en principio, hasta la siguiente asamblea ordinaria. Esto no significa que una asamblea de delegados tenga esa vigencia temporal, ni que los delegados puedan reunirse en cualquier momento y constituir asamblea, ya que carecen del poder de auto convocación, pero sí que, convocada durante la vigencia de su cargo una asamblea extraordinaria por los órganos facultados para ello, la misma se celebre válidamente con los mismos delegados, sin que sea necesario una nueva elección o consulta directa a los asociados.

Siendo permanente el cargo de delegado, será necesario regular precisamente su régimen de remoción y de responsabilidad. Respecto de la responsabilidad del delegado, en silencio del estatuto le será aplicable la común a todo asambleísta, solución que no ofrece mayores dificultades. En cuanto a la remoción del delegado, consideramos que ella solo puede ser dispuesta por la asamblea de distrito que lo eligió convocada especialmente al efecto.

No creemos que pueda resolverla la asamblea general, porque de ella no emana la designación, y además tal facultad podría afectar la igualdad de los distritos; tampoco y obviamente el Consejo de administración, que no podría inmiscuirse en el funcionamiento de otro órgano cooperativo que es independiente a su respecto y que, incluso, puede disponer su remoción y hacer valer su responsabilidad.

Vamos más lejos todavía, ya que pensamos que debe reconocerse una inmunidad amplia a favor del delegado que lo excluya de la potestad disciplinaria ordinariamente correspondiente al consejo de administración, por la misma razón sostenida en el párrafo precedente.

³⁵ Bertossi, 2012

Resuelta la remoción, o vacante el cargo por cualquier otro motivo, si no se hubiesen elegido oportunamente suplentes, la asamblea de distrito deberá elegir nuevo delegado.

Número de delegados y de votos por delegado

El número de delegados normalmente es proporcional al número de miembros de los distritos. Para Daly (1967) el estatuto deberá definir claramente la relación numérica entre las bases y sus delegados. En otras palabras, cada delegado deberá acudir a la asamblea superior en representación de un número igual de asociados de base. Se trata de una delegación colectiva, de modo que el delegado ejercita el voto de una pluralidad de socios según los términos del estatuto.

Ahora bien, como señala Cruz (2013) en caso que el estatuto no lo determine, cada delegado podría ostentar sólo los votos que recibiera expresamente de los socios o mediante la agrupación con los recibidos por otros delegados (subdelegación de votos). Así, este sistema permite reconducir la voluntad de los socios a la asamblea de delegados, de modo que una pluralidad de delegados con diverso número de votos transmita la voluntad de mayoría y minorías. Pero, también, es posible separar la asamblea de delegados de la delegación del voto

Pero, además, las normas internas deberían regular el sistema de reuniones informativas, previas y posteriores a la asamblea de los delegados, de éstos con los socios adscritos a la junta correspondiente, la obligación de que las juntas sean informadas por al menos un miembro del consejo rector, o a la posibilidad de que la elección de cargos se haga directamente en las preparatorias (Fajardo, 1999).

Voto del delegado

Para algunos, los delegados tienen el voto comprometido con lo decidido por su distrito. La jurisprudencia española entendió (6/3/97, en Maldonado, 2001) que la obligación de que los delegados provinciales ejerzan el voto en la asamblea en el

mismo sentido en que han sido emitidos en dicha reunión, no vulnera ninguna ley previa e incluso aparece más conforme con la condición democrática de los colegios, ya que no sería muy adecuado de acuerdo con aquella condición que lo acordado en las asambleas provinciales quede sin efecto por la voluntad de los delegados, sin perjuicio de que éstos puedan manifestarse libremente en aquellos puntos que no hubieran sido objeto de debate y regulación en las reuniones provinciales. Se alegó, con acierto, que el mandato imperativo en todos los casos convierte a la asamblea en una instancia de mero recuento de votos, según las actas de cada junta preparatoria (Paniagua, 2005).

Es más, para Chuliá (en Baena, 2013), si el delegado trae un <<mandato imperativo>>, es decir, instrucciones concretas en cuanto al sentido en que debe votar, más que un representante es un mero nuncio, un portador de la emisión del voto.

Otros, en cambio, piensan que el delegado tiene el voto libre. En tal sentido, Scordino (1970) sostiene que la asamblea general no se distingue de la ordinaria sino por la singular forma de formación y por los delegados, quienes tienen el derecho de expresar su propio parecer y de votar sin estar vinculados por el mandato de aquellos que los eligieron.

Pero, además, las asambleas distritales tienen la función de meros actos preparatorios de la general, tanto así que las deliberaciones de esta última son impugnables, mientras que las eventuales irregularidades en la elección de delegados constituyen un vicio de formación de las deliberaciones.

Según Daly (1967) los delegados acuden a la asamblea superior con libertad de acción. No constituyen meros portadores de directrices particulares. Las asambleas superiores son cuerpos deliberantes donde se dan y reciben opiniones, se vota en definitiva con plena libertad, según se considere sea más conveniente para el bien común del grupo mayor.

Una tercera posición es aquella que remite al estatuto el carácter del mandato de los delegados, esto es, si ostentan un mandato imperativo sujeto a los acuerdos de la junta preparatoria, o indicativo. Así, para Vargas (2009) es el estatuto, en definitiva, el que ha de determinar el carácter del mandato que se otorga a los delegados. De este modo el mando que reciban los delegados podrá ser facultativo o imperativo con instrucciones de voto de acuerdo con lo acordado en la junta preparatoria, pero en todo caso los delegados deben actuar de buena fe con la diligencia de un representante.

Algunos consideran que los miembros carecen del derecho de asistir a las asambleas de delegados. En cambio, Cuesta (2000) cree que los asociados pueden asistir a las asambleas de delegados. Lo que no pueden es participar con voz y voto, pero ello no impide que puedan oír los debates. El hecho de que los delegados los representen no los priva del derecho de asistencia. Los asociados delegados integran la asamblea; los asociados que no revisten el carácter de delegados, que deseen concurrir, serán meros asistentes.

LA ASAMBLEA VIRTUAL

Concepto

Lo ordinario es que la asamblea se realice en un sitio físico determinado, en una fecha y hora preestablecida, con la presencia física del número de miembros exigido en la ley y, o el estatuto para conformar el quórum, lo que es condición de validez de los acuerdos que adopte.

Sin embargo, cada día es más común el empleo de las tecnologías de la información y de la comunicación, las "Tics" para el desarrollo de las asambleas de las personas colectivas (Vargas et Al, 2015).

No se debe ignorar la existencia de cooperativas que desarrollan sus actividades sin un centro físico definido y cuyos asociados están físicamente dispersos, a tal punto que incluso la celebración de reuniones de delegados se convierte en algo inconveniente, cuando no directamente imposible. Las nuevas formas de

producción y co-municación ya no requieren de una unidad de producción física estable, ni de la existencia de un centro administrativo o de la presencia física de los asociados para la celebración de una asamblea general.

Cuando los asociados consideren que alguno de estos requisitos es imprescindible, pueden establecerlo en los estatutos. De lo contrario, deben tener libertad para discutir y votar utilizando cualquier dispositivo tecnológico, siempre y cuando se eviten los posibles abusos en el ejercicio de los derechos de los asociados. Lo que importa es el control democrático de los asociados y no su presencia física en las reuniones, aunque esto todavía puede ayudar a generar y regenerar la confianza mutua necesaria entre ellos (Henry, 2013).

En las asambleas virtuales se presentan diversas situaciones:

1. Puede ser que se permita a los miembros que no quieran o no puedan asistir a la reunión -con meros fines informativos- seguir a través de canales a distancia (Internet, videoconferencia o dispositivos móviles) el desarrollo de la asamblea, de manera de enterarse a tiempo real de la marcha de la misma.
2. Pueden darse la realización de sesiones asamblearias parcialmente virtuales, en las que en un lugar físico se constituye la mesa y algunos miembros concurren presencialmente, pero otros siguen su marcha a distancia. Puede ser que la asamblea se transmita electrónicamente a asistentes alojados en locales suplementarios, o que la sesión se transmita por videoconferencia u on-line en la que los miembros están interconectados con el lugar de celebración. Si se garantiza la identidad y condición de éstos, no habría problema ya que el lugar de celebración sería único.
3. Sesiones de asamblea transmitidas electrónicamente sin que ningún miembro se encuentre presente en el lugar físico de la celebración de la asamblea. Es la llamada asamblea virtual, que es aquella asamblea que se realiza cuando por medios electrónicos todos los miembros pueden comunicarse simultánea y sucesivamente, para deliberar y adoptar

decisiones, sustituyendo con ello la presencia física de los mismos en un local determinado.

De ésta manera, los socios que las siguen se tengan por presentes o representados en las mismas y puedan participar en su desarrollo y votar los distintos puntos del orden del día.

4. Este tipo de asamblea es el sistema más adecuado para tomar acuerdos democráticos puntuales. Se trata de un sistema muy flexible para resolver problemas, afrontar soluciones y tomar decisiones que se acerca al *referéndum* asambleario más que a la asamblea convencional (García-Gutiérrez et Al, 2004).

Legalidad

Puede ser que la ley exija que las sesiones se celebren en la localidad donde la empresa tenga su domicilio. En tal caso, una sesión absolutamente virtual, que sería una modalidad de la adopción de acuerdos sin sesión, choca con dicho precepto, por lo que sería inadmisibles, siendo necesaria una intervención legislativa en el sentido de permitir que el estatuto regule la materia (Vargas et Al, ídem).

Sin embargo, si la ley no lo prohíbe expresamente (de lo cual no hay referencia) se podría sustituir la presencia física por la presencial virtual de los miembros. De manera que se debe admitir la posibilidad la asistencia telemática a la asamblea y el ejercicio del voto electrónico, y que la asamblea virtual tenga validez, si se está previsto en el estatuto la legalidad de las reuniones por comunicación simultánea, o sea, que el estatuto permita hacer reuniones la asamblea por sistemas como Video-conferencias, Messenger, etc.

Ahora bien, si el estatuto exige la presencia de los miembros, a través de una reforma estatutaria se podría modificarlo y establecer la legalidad de las reuniones por comunicación simultánea. (Varenes, 2010).

La “presencia” de los miembros

El mayor problema para realizar una asamblea virtual, es el requerimiento de la presencia. Según el diccionario de la Real Academia Española presencia es: “Asistencia personal, o estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo sitio que ellas”. Analizando la definición, encontramos que si ponemos a una persona delante de otra u otras, o en el mismo sitio, nos encontramos entre presentes. Mediante las Tics es posible crear el ambiente propicio para poner a varias personas en el mismo sitio, ya sea virtual u holográficamente, o delante de otra u otras personas.

De manera que se puede dar por presente al socio presente virtual y estaría en condiciones de firmar el libro de asistencia mediante la Firma Digital, lo que permitiría identificar a la persona en forma fehaciente y poder manifestar su voluntad durante todo el transcurso de la asamblea. Por firma digital se puede entender la "herramienta tecnológica que permite garantizar la autoría e integridad de los documentos digitales, posibilitando que éstos gocen de una característica que únicamente era propia de los documentos en papel” (Galimberti, en Tajant, 2010).

De forma tal que hay equivalencia funcional entre presencia física y presencia virtual, permitiendo participar de las asambleas a las personas que estén presentes, tanto físicamente como virtualmente, siempre:

1. Qué haya una convocatoria previa a los que tienen derecho a asistir, pues así se les garantiza su derecho a decidir.
2. Qué se cumpla con el quórum requerido de acuerdo a lo que establezca la Ley o el estatuto si fuese superior al de aquella.
3. Que se acredite la legitimidad de los asistentes y del contenido de su voto.
4. Que quede siempre fiel registro de lo discutido, o sea, que se pueda grabar y guardar y el día que sea necesario, se pueda reproducir.
5. Que se asegure la interactividad e intercomunicación en tiempo real y, por tanto, la unidad del acto; que en la convocatoria se haga constar el sistema

de conexión y, de resultar aplicable, los lugares en que están disponibles los medios técnicos necesarios para asistir y participar en la reunión (Reglamento de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas).

COMPETENCIA DE LA ASAMBLEA

Competencias exclusivas de la asamblea

En principio, a la asamblea le corresponde la toma de decisiones relacionadas con el carácter asociativo de la entidad y decidir sobre las materias determinadas en la ley. Esta, normalmente fija competencias exclusivas de la asamblea y termina el listado de las mismas señalando “y todos los demás acuerdos establecidos en la ley”.

Como dice Cruz (2013) la asamblea es competente para fijar la política general de la empresa, de manera que tiene la capacidad de tomar las riendas de la sociedad para reconducir el centro de poder de la empresa a la síntesis de la voluntad de los socios e, incluso, vetar al órgano directivo el desarrollo de determinada política de negocio u obligar a éste órgano a fijarse unos objetivos generales. Claro, que deberá tratarse de indicaciones generales que el órgano directivo podrá concretar según considera oportuno.

Para Paz (2002) los asuntos sociales son esencialmente de orden interno (aprobación de cuentas, modificación del estatuto, etc.) y excepcionalmente de orden externo, pero escapan a su competencia todas las materias relacionadas con la gestión y administración de la sociedad.

De manera que la asamblea puede adoptar acuerdos en las materias propias de su competencia exclusiva, y también en aquellas otras materias que la ley no considera competencia exclusiva de otro órgano (competencia residual de la asamblea), si así está permitido por la ley o el estatuto (Cruz, 2013).

Así, la asamblea tiene competencia para deliberar sobre cualquier asunto de interés para la cooperativa, aunque nos sea de su competencia exclusiva,

pudiendo entenderse que la intervención de la asamblea en estos casos tendrá un alcance meramente informativo (Sánchez-Ruiz, 2010).

Es competencia exclusiva de la asamblea –dice Vargas (2010)- toda decisión que suponga una modificación de la estructura económica, social, organizativa o funcional de la cooperativa (venta, gravamen o cesión del patrimonio) de carácter sustancial (dependiente de la situación patrimonial actual de la cooperativa).

Entre ellas se encuentran:

1. Los actos extraordinarios o de particular trascendencia o cuantía, entre los cuales aquellos que impliquen la transmisión de partes del patrimonio de la sociedad susceptibles de explotación autónoma (Sánchez-Ruiz, 2010).
2. La modificación sustancial de la estructura económica, social, organizativa o funcional de la cooperativa: una modificación es la venta, gravamen o cesión y el carácter sustancial depende de cuál sea la situación patrimonial actual de la cooperativa.
3. Las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación.
4. La política de remuneraciones de los directivos. Aunque es materia de gestión, dada la relevancia que para la empresa tiene la figura del gerente, y por la experiencia latinoamericana de conceder remuneraciones muchas veces excesivas a los mismos, el estatuto podría establecer como competencia reservada a la asamblea la remuneración de los cuadros gerenciales, o de fijar la tabla de remuneraciones del personal asalariado.
5. La transferencia de competencias esenciales al grupo empresarial al que pertenezca la cooperativa.

*Las instrucciones obligatorias*³⁶

La asamblea puede dar instrucciones obligatorias más o menos concretas sobre temas precisos al resto de los órganos sociales sobre los asuntos no atribuidos en exclusiva a estos otros órganos, entendiéndose por tales sólo aquellas

³⁶ Cruz, 2013

competencias que puedan considerarse esenciales, indelegables o inexcusablemente inherentes a los mismos.

En tal caso, la asamblea puede establecer reglas o normas de conducta que vincularán al órgano directivo a la hora de decidir en torno a las materias sobre las que versen las instrucciones recibidas. En tal sentido, la asamblea no solo fija la “política general” de la cooperativa, sino también la “política particular” que deberá inspirar la actuación del órgano directivo en un sector específico de sus competencias o ante un determinado acto o decisión que le competa.

Acuerdos de autorización

Además de lo anterior, la asamblea puede someter a su autorización las decisiones o acuerdos del órgano directivo en relación con determinados asuntos, salvo disposición en contra del estatuto. Así, se reconoce la posibilidad que la asamblea establezca a través de un acuerdo la obligación de que el órgano directivo recabe su autorización previa si decide realizar determinadas gestiones o actuaciones.

Para Paz (2002) este sistema tiene carácter dispositivo, por lo que será posible que el estatuto impida hacer uso de estas vías de interferencia de la asamblea en asuntos de gestión. Incluso, es conveniente que en el estatuto se concreten los sectores o materias en que el sistema puede operar, o aquellos en que se restrinja el alcance o en los que se excluye esa posibilidad.

En todo caso, la intervención de la asamblea en materia de gestión no puede ampliarse hasta llegar a vaciar absolutamente de contenido la función de los directivos. Además, solo puede referirse a materias para las cuales no se requieran particulares habilidades empresariales, de una cierta trascendencia económica, que surjan esporádicamente y cuya decisión al respecto consienta un período de reflexión.

En cuanto a la ejecución de esas instrucciones o acuerdos, señala Vargas et Al (2015) que, su efectividad frente a terceros sólo opera cuando los ejecutan los directivos. La asamblea decide, acuerda y emite declaraciones de voluntad, pero su actuación se reduce a la esfera interna de la entidad. El órgano directivo es el encargado de la administración y representación de la empresa y por ello, independientemente de que la asamblea pueda acordar que se hagan o no determinadas actuaciones, la directa realizaciones de las operaciones corresponde a los directivos.

Sólo a efectos internos los socios pueden adoptar el acuerdo de limitar cuantitativamente la competencia de los directivos requiriendo su autorización para realizar determinadas operaciones. Tales limitaciones e instrucciones, vinculan a los directivos con la sociedad, pero no limitan sus competencias frente a terceros, de manera que si incumplieran sus instrucciones, la operación frente a terceros de buena fe sería válida, si bien la sociedad podría exigirles responsabilidades por haber incumplido los acuerdos de la asamblea. La única solución que tienen los miembros ante la negativa de los directivos de llevar a cabo sus instrucciones o ejecutar los acuerdos tomados, es la destitución y el nombramiento de un nuevo órgano directivo.

Competencia de la asamblea en materia de gestión

Siguiendo a Vargas (2009) hay que distinguir varios planos diferentes en -la participación de la asamblea en la toma de acuerdos que no le incumban *ex lege*. Una cosa es fijar la política general de la cooperativa y el debate y discusión de cualquier asunto de interés para la sociedad de la que no se discute su legitimidad y otra es la toma de acuerdos directos por la asamblea en temas de gestión ordinaria.

Considera Caicedo (2013) que la asamblea no debe aprobar los informes de los órganos directivos y de control de la empresa, sino limitarse a examinarlos, y proceder en consecuencia con los resultados del examen. Ello, porque de aprobarlos, aprueban también el desempeño, la gestión y los resultados de esos

órganos, lo cual equivale a asumir con ellos la responsabilidad por sus acciones u omisiones, con lo cual la empresa se inhiba o limite sus posibilidades futuras de demandar las responsabilidades en que incurran los miembros de esos órganos durante el desempeño de sus cargos, cuando con ello se ha causado perjuicio a la entidad.

Extensión de la competencia³⁷

Ahora bien, a través del estatuto se podrían ampliar las competencias de la asamblea, siempre y cuando no se invadan competencias asignadas por la ley a otros órganos internos con carácter exclusivo. Es lo que se denomina delimitación negativa de la competencia. De manera que la extensión de competencia sólo podría referirse a asuntos concretos de especial importancia, pero nunca injerencias que por su frecuencia e intensidad anulen la posición de ellos con un mínimo de competencia gestora autónoma.

Así, la ley Portuguesa permite que el estatuto pueda acrecentar otras competencias de gestión a ser ejercidas por la asamblea. De este modo, será lícita una cláusula estatutaria que atribuya a los cooperadores el derecho de deliberar sobre otras materias relativas a la gestión de las cooperativas, o que imponga a la dirección el deber de someter a los cooperadores algunas de esas materias, de modo de obtener previo consentimiento para la práctica de determinadas categorías de actos de gestión

Sin embargo, no sería lícita la cláusula estatutaria que atribuya a los cooperadores prácticamente todo el poder de decisión es asuntos de gestión, quedando a la dirección la mera ejecución de tales deliberaciones (hablamos de administración y no de representación de la cooperativa).

En este sentido, la doctrina relevante de la actualidad critica esta posibilidad de intervención directa de la Asamblea en la gestión corriente de la cooperativa, destacando algunos problemas prácticos que resultan de las deficiencias que

³⁷ (Meira, 2015).

presenta la Asamblea: actuación esporádica y discontinua, lentitud y dificultades en la toma de decisiones, mayor posibilidad de impugnación de las deliberaciones, costos económicos de las reuniones, falta de rigor en la toma de decisiones, falta de conocimiento de las exigencias del mercado, ausencia de responsabilidad frente a terceros, entre otros.

De esta forma, debemos tener siempre presente que la Dirección no puede ser encarada como un órgano puramente ejecutivo. Estamos ante un órgano que dispone de competencias propias en materia de gestión y de representación, asignada por la ley y que no pueden ser avocadas por la asamblea, especialmente aquellas cuyo desempeño exige requisitos particulares de carácter técnico y un conocimiento adecuado de la actividad de la cooperativa.

Formas

La competencia puede ser asignada a la asamblea:

1. En forma privativa:

Henry (2000) opina que la ley debería elaborar la lista de las materias de exclusiva competencia de la asamblea, precisando que se trata de poderes inalienables, que la asamblea no puede, ni siquiera por unanimidad, ceder a terceros. Ahora bien, es de advertir que los acuerdos que hayan sido tomados por otros órganos sobre asuntos que corresponden en exclusividad a la asamblea y, que en cambio, no hayan sido adoptados por esta, están viciados de nulidad (García-Más, 2001).

2. De manera atractiva.

El problema es determinar el margen de autonomía del estatuto para ampliar la competencia de la asamblea, limitando las facultades de los administradores en relación con asuntos de gestión.

3. Residual (restrictiva).

Se ha llegado -en su traducción práctica- a negarse a la asamblea su poder clásico de decisión omnímoda, limitando su habilitación a los espacios que expresamente le son reconocidos por la norma, que no son ya, como

anteriormente ocurría, todos los potencialmente posibles. Se llega al punto que el órgano ejecutivo toma el relevo a la asamblea en muchos temas, no resultando ésta la competente en todo caso sino en cuanto a la decisión última de la organización (Santiago, 1999).

En síntesis, puede sostenerse que la competencia de la asamblea es de excepción y está determinada por la ley y el estatuto; de la misma manera que la competencia de los órganos directivos es residual, afirmándose que a estos les compete todo lo que no le compete directa y expresamente a la asamblea.

Delegación de la competencia

La regla general es la vigencia del principio de no delegación. Como señala Gadea (1999) en los supuestos establecidos en la ley en que se exija que los acuerdos sean adoptados por la asamblea, la competencia de ésta es indelegable. Es decir, por su propia naturaleza, las competencias exclusivas o privativas de la asamblea no son delegables y, caso que se hiciera la delegación, la misma es absolutamente nula. Salvo el caso de las competencias que puedan ser delegadas en el grupo cooperativo, tampoco podrán delegarse estas competencias ni aun mediante la modificación del estatuto (Cruz, 2013).

Ahora bien, cuando se trata de competencias adicionales atribuidas por el estatuto a la asamblea, podría ser factible la delegación hacia otros órganos de la empresa solidaria.

Pudiera aceptarse la delegación a otras entidades, como al organismo de integración o al grupo empresarial al que pertenezca la entidad, como lo permite la legislación cooperativa española. Paz (2002) estima que al estar constituido un grupo empresarial solidario y pertenecer a él, es cuando puede producirse un desapoderamiento o desplazamiento de determinadas facultades de cada entidad agrupada en beneficio del órgano competente de la entidad cabeza de grupo.

Lo más aconsejable es que se determinen como consecuencias de la delegación no autorizada, la nulidad de los acuerdos así adoptados y, en ciertos casos, la imposición de sanciones administrativas a la empresa.

LOS ACUERDOS

Concepto

Los acuerdos o resoluciones de la asamblea conforman la voluntad de la empresa solidaria respecto de los asuntos sometidos a su decisión. Para Brunett (en Althaus, 1974) el acuerdo es un acto colectivo que contiene la declaración unitaria de los miembros, porque es la síntesis de la voluntad de todos.

Naturaleza

Los acuerdos son el resultado de la fusión de varias declaraciones de voluntad (votos de los miembros); y constituyen actos colegiales unilaterales que provienen de una sola parte, la colectividad social considerada como unidad. De manera que todos los votos individuales no son sino elementos del proceso de formación del acto colegial, elementos que valen no singularmente sino en su complejidad, según el principio mayoritario (Scordino, 1970).

Tipos

Se pueden diferenciar diversos tipos de acuerdos que adopta la asamblea:

1. La elección y, eventualmente, la revocación de la designación de directivos y de fiscalizadores, así como la aprobación de la memoria y el balance anual.
2. Los dirigidos a la administración y, o control de la empresa que son simples actos jurídicos, y pueden ser, según Sánchez-Ruiz (2010):
 - *Impartir instrucciones* al órgano de administración. En esta caso, la asamblea establece reglas o normas de conducta que vincularán al órgano directivo a la hora de decidir en torno a las materias sobre las que versen las instrucciones recibidas. En tal sentido, la asamblea no

solo fija la “política general” de la cooperativa, sino también la “política particular” que deberá inspirar la actuación del órgano directivo en un sector específico de sus competencias o ante un determinado acto o decisión que le competa. Ahora bien, si el estatuto no lo impide expresamente, el control deberá ser ejercido por quien *ex lege* posee las competencias fiscalizadoras (Lassaletta, 2013).

- *Someter a su autorización* previa las decisiones o acuerdos del órgano directivo en relación con determinados asuntos, salvo disposición en contra del estatuto.
3. Los que tienen por objeto formar y formular la voluntad de la empresa solidaria para contratar con terceros, que son actos jurídicos que pretenden integrar negocios jurídicos.
 4. Los que regulan los deberes y derechos de los miembros, y que deben ser cumplidos si se quiere permanecer en el ente societario.
 5. Toda decisión que suponga una modificación en la estructura económica de la cooperativa de carácter sustancial según la situación patrimonial actual de la empresa.

Condiciones de validez

Para que los acuerdos adoptados por la asamblea sean válidos y, por tanto, obligatorios deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. Que el acuerdo sea adoptado en reunión ordinaria, cumpliéndose los requisitos de forma necesarios para la formación de la voluntad social, esto es, siguiéndose el procedimiento respectivo (conocido también como procedimiento parlamentario) como lo son la convocatoria; el quórum; mayorías; etc.
2. Que el acuerdo sea adoptado dentro de la esfera de competencia que le otorga la ley y, o el estatuto. De manera que es necesario que los acuerdos sean legales (su contenido sea legal) para que puedan imponerse a los miembros. Las decisiones deben ser tomadas según las disposiciones del

estatuto y de la ley, de suerte que el acuerdo adoptado en su violación no obliga a quienes no han dado su consentimiento (Esquea, 1971). Sin embargo, de acuerdo a los principios generales, hasta que no sea declarada su nulidad por el Juez, el acuerdo se puede presumir y considerarse válido (Capizzano, 1969).

Ahora bien, en el evento en que una decisión de la asamblea viole la ley, la Constitución (o el estatuto) los órganos respectivos pueden y deben hacer prevalecer la vigencia de la ley sobre la decisión tomada por la asamblea, dejándose constancia en las actas correspondientes de los ajustes y correcciones que a su juicio se requieran, con el debido soporte documental y procede a convocar nuevamente la asamblea para que revise y corrija la decisión tomada (Caicedo, 2013).

Eficacia

Los acuerdos producen sus efectos desde el momento mismo en que hayan sido adoptados (o a partir del plazo establecido en el mismo); su vigencia o validez no queda condicionada por la posterior aprobación del acta, salvo aquellos que requieran inscripción registral (Vargas et Al, 2015).

Este principio es congruente con la propia esencia y naturaleza del órgano deliberante y decisorio que tiene la asamblea, y que servirá para establecer todo el mecanismo de plazos. En contra, Lassaletta (2013) observa que la regla general es que los acuerdos sólo producirán efectos cuando consten incorporados en acta aprobada. El *dies a quo* en el cómputo del plazo a tomar en cuenta será el día siguiente al de la aprobación.

Confirmación

Los acuerdos de la asamblea son revocables y modificables siempre que los acuerdos sucesivos respeten los derechos de los miembros y de terceros; e, incluso, el mismo acuerdo inválido puede ser sustituido por una nueva deliberación adoptada en conformidad con la ley y los estatutos (Buonocore, 1997).

Cuesta (2000) opina que las resoluciones adoptadas por una asamblea no pueden ser modificadas por la misma asamblea; sí, por una asamblea posterior a través de la exigencia de mayorías especiales. De cualquier manera, la confirmación tiene como límite que el acuerdo inválido que se confirma no sea nulo de nulidad absoluta, por ser este inconfirmable, y los únicos acuerdos que pueden ser confirmados son aquellos que padecen de nulidad relativa (Nissen, 2000).

Referencias.

En el próximo tema

15. FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD SOCIAL

El proceso de formación de la voluntad. Convocatoria. Reunión. Debate. Votación. El voto plural. Mayorías. Representación. Acta

EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD

La asamblea es un órgano colegiado. Se llama colegiado un órgano cuando está integrado por varias personas físicas que se encuentran en un plano que pudiésemos llamar horizontal, de forma que sea la manifestación ideológica (voluntad o juicio) colectivamente expresada por todas estas personas, la que se considere manifestación del órgano.

En los colegios (órganos colegiados) cada componente es portador de un “*quantum*” del poder del órgano, poder que se manifiesta en las propuestas, opiniones y, sobre todo, en el voto.

El voto puede ser definido como la manifestación del poder que corresponde a cada componente del colegio para determinar el contenido de la manifestación colegial (del todo). Comoquiera que el colegio está constituido por una pluralidad de titulares, cada uno con una parcela de poder (de voluntad) el poder o voluntad de los titulares tiene que ser reducida a la voluntad única del órgano.

Para reducir la pluralidad de voluntades a una sola, que valga como voluntad del colegio, se debe seguir un procedimiento, establecido -normalmente- en los reglamentos internos de la persona jurídica.

La actuación del colegio se orienta por el llamado principio de colegialidad. El principio de colegialidad se exterioriza en dos sentidos distintos:

1. En primer lugar, en que la voluntad de la mayoría domina en el colegio y debe ser considerada jurídicamente como la voluntad de todo el colegio, por lo que la actividad propia del mismo, debe ser, y es suficiente que sea, expresión de la mayoría

2. En segundo lugar, en el sentido de que los componentes del colegio están sometidos al conjunto de normas de organización y procedimiento, emanadas del propio colegio; conjunto de normas que constituyen el ordenamiento interno del colegio y que tienen el carácter de normas internas.

La conformidad de la constitución y de la actividad del órgano depende de su adecuación con las normas que lo rigen. Para que la actividad del colegio sea legal, se requiere que el órgano esté regularmente constituido.

En esencia, la constitución legal del colegio se determina por la legalidad de la sesión”

Las partes constitutivas del procedimiento de constitución y funcionamiento del colegio, bien sea que figuren en el reglamento interno, o que no exista normativa específica al respecto, son -necesariamente y en orden consecutivo- las siguientes: convocatoria, sesión, quórum, debate, votación y acta.

CONVOCATORIA

La convocatoria es el llamado, citación o invitación que se hace a todos los miembros de la empresa solidaria a asamblea para deliberar y decidir sobre cuestiones de su competencia. Es la forma de constituir la voluntad del órgano deliberante.

Aspectos formales

Normalmente la asamblea se efectúa con posterioridad al cierre del ejercicio anual, hasta tres o cuatro meses después, o hasta un máximo de seis meses posteriores, aunque la ley puede remitir al estatuto la determinación del plazo. En casos de intervencionismo gubernamental, se exige autorización administrativa para su convocatoria y, en casos, para postergar la asamblea fuera del lapso legal.

Ahora bien, para que la convocatoria sea eficaz no es conveniente que se realice con demasiada anterioridad o en fecha demasiado próxima a su celebración: entre una mínima de 15 días y una máxima de dos meses (Gadea, 2000).

En ciertos casos, transcurrido en plazo sin que se hubiese celebrado la asamblea, nace el derecho de cierto porcentaje de miembros (aunque debería ser de carácter individual) de solicitar al Juez o a la Autoridad de aplicación que la haga, generalmente previo defecto del requerimiento al órgano de control interno para que la realice.

Lo que sí es cierto, es que la convocatoria debe ser formal. Para Gide y Novel (1969) no es admisible una norma estatutaria que confíe a los directivos poder convocar la asamblea según las formas que ellos prefieran. Sin embargo, en caso de silencio del estatuto, el órgano convocante puede utilizar cualquier medio de difusión que considera oportuno, además del establecido como obligatorio en la ley y, o el estatuto.

Por otra parte, los requisitos de convocatoria exigidos por la ley son, por regla general, indisponibles por el estatuto (Cruz, 2013).

Puede ser que la ley exija una comunicación individual de la convocatoria a cada miembro en su domicilio; que se exija publicación en un diario de circulación en el ámbito espacial de actuación de la empresa, en todo caso, o solamente según el número miembros que tenga la misma (a partir de 500, por ejemplo) o según su localización geográfica. Puede, igualmente, permitirse sólo el uso de medios internos: en la sede social y en las sucursales y en, en general, en los centros de trabajo o lugares donde la entidad desarrolle su actividad. Es posible el uso del correo.

Pero, lo importante es que se garantice que el miembro reciba la convocatoria, de manera que pueda utilizarse cualquier procedimiento de comunicación que reúna unas garantías suficientes que aseguren razonablemente la recepción de la convocatoria.

Las irregularidades en la convocatoria atentan contra la validez de sus deliberaciones, comportando su anulabilidad. Sin embargo, la composición universal o totalitaria de la asamblea sirve a sanar tal irregularidad y de esa manera, evitar la anulación de la misma (Scordino, 1970).

Convocatoria por Internet

Para que sea procedente es requisito esencial que la ley y, o el estatuto no exijan que la convocatoria a la asamblea deba ser en forma escrita y publicada en un diario de circulación regional o nacional. Vargas et Al (2015) aconsejan utilizar este medio para comunicar la convocatoria de la asamblea a los miembros, pero únicamente a título informativo, pero la convocatoria propiamente dicha debe cumplir los requisitos formales que establece la ley para evitar posibles impugnaciones,

Para Vargas (2009) se pueden distinguir tres posturas según el margen de maniobra que concede la ley en la materia:

1. Las más restrictivas, cuyo articulado no las permite. Se podrá utilizar internet para comunicar la convocatoria, pero la convocatoria propiamente dicha debe cumplir los requisitos formales que establece la ley: anuncio en el domicilio de la cooperativa, además de otros medios.
2. Legislaciones que sin regular la cuestión expresamente su articulado posibilita la convocatoria electrónica. La ley establece que la convocatoria se puede hacer mediante anuncio o carta remitida al socio, o “mediante cualquier otro sistema previsto en los estatutos o en el reglamento interno que asegure la recepción de la misma por el socio destinatario” (por ejemplo, con un correo electrónico con acuse de recibo).
3. Las leyes que se refieren a tal posibilidad de manera expresa. Que la ley señale que la convocatoria mediante comunicación a los socios, de la forma que determine el estatuto, para lo cual pueden utilizarse medios telemáticos, aunque no sea obligatorio, salvo disposición expresa del mismo.

En todo caso, la utilización de cualquier medio técnico, informático o telemático que permitan las nuevas tecnologías de la información y la comunicación es posible, siempre que se observen los protocolos que el uso de dichos medios lleva aparejados, para garantizar que los miembros tengan conocimiento de la convocatoria. En tal caso, el domicilio puede entenderse como el <<lugar>> al que se envía la comunicación podría sustituirse por una dirección de correo electrónico que, a estos efectos, ha comunicado previamente el miembro a la entidad (Cruz, 2013).

Es de observar que el Reglamento sobre el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea de 2003 prevé que la convocatoria de la asamblea se realice mediante el envío de cualquier medio de comunicación escrito, lo que permite que sea basada en las nuevas tecnologías (Vañó, 2008).

En todo caso, en este tema se debe ser muy cauteloso, ya que un defecto de forma posibilita la impugnación de la asamblea y de todos los acuerdos en ella tomados (Vargas et Al, 2015).

Contenido (orden del día)

El orden del día es el programa de los puntos que han de ser tratados en la sesión para la cual se realiza la convocatoria y es un elemento esencial de la misma. Lo normal es que la agenda de la asamblea sea determinada por el órgano que convoca y por los miembros (o porcentaje de ellos) que solicitan la convocatoria.

El orden del día debe indicar al menos, la fecha, hora y lugar de la reunión, así como los puntos a tratar en la reunión.

Se reconoce generalmente que el orden del día debe establecer de forma clara y precisa los puntos a tratar. Se trata de proteger a los miembros del tratamiento sorpresivo de cuestiones, así como evitar el planteamiento y adopción de acuerdos de asamblea dependiendo de los asistentes y en perjuicio o al margen de la voluntad de los miembros no asistentes que desconocían las cuestiones que se iban a tratar (Cruz, 2013).

Por otro lado, las resoluciones que sean tomadas como consecuencia directa, concordante e inmediata del tratamiento de algún punto del orden del día, son perfectamente válidas, porque no implican ruptura del tratamiento del citado orden, pues no podemos esperar que se detalle lo que se va a resolver, sino lo que se va a discutir (Naranjo, 2014).

Además, y lo que es más importante, el orden del día establece en cada oportunidad la competencia de la asamblea, siendo nulo el tratamiento de cualquier tema no incluido en él, salvo algunas excepciones como son los acuerdos de prorrogar el asamblea o la convocatoria de nueva asamblea, de ejercitar la acción de responsabilidad contra los directivos y administradores, de revocatoria de los mismos, entre otros.

La convocatoria debe ir acompañada de los informes a considerar en ella. De manera que en materia de cuentas, mientras no se hayan emitido el informe o, en su caso, transcurrido el plazo establecido al efecto sin que se haya emitido, no podrá convocarse la asamblea para la aprobación de cuentas (Verdú, 2010).

Generalmente no se admite los <<puntos varios>> en el orden del día, sancionándose con nulidad los acuerdos adoptados bajo esta modalidad. Sin embargo, la normativa de cooperativas de Paraguay los permite solo en la asamblea ordinaria, para debatir cuestiones vinculadas a mecanismos de servicios, pedido de informaciones, sugerencias y comentarios en general, no siendo válida ninguna resolución adoptada durante su tratamiento, salvo el mandato de convocar a otra asamblea (Maidana, 2010).

Además, el incumplimiento de las normas de convocatoria genera la posibilidad de anulación de la asamblea, por vicio de forma.

Órganos competentes

1. Lo normal es que la convocatoria la haga el órgano directivo.
Sin embargo, también puede hacerlo los órganos de control interno por iniciativa propia, o cuando omitiera hacerlo el primero, en el plazo legal. La

convocatoria debe realizarse en sesión del órgano que la convoca y atendiendo a las disposiciones legales como quórum y especificación de si es a sesión ordinaria o extraordinaria.

2. En algunos casos se permite que la convocatoria sea hecha por la misma asamblea.

Ello puede surgir por diversas necesidades, pero la que resulta más conflictiva es la que se produce como resultado de un desacuerdo u oposición entre algún grupo de socios y el consejo rector, que conducen a la asamblea a un estudio más detenido de la cuestión (García-Más, 2001).

3. La convocatoria puede ser hecha por los órganos internos a solicitud de los miembros, de forma individual o por un porcentaje de los mismos (un 10 a 20%).

A Vargas (2009) le parece adecuado permitir que las cooperativas estatutariamente modifiquen, dentro de ciertos límites y en función de su tamaño, los porcentajes que necesita para instar la convocatoria de asamblea extraordinaria o al menos reducir la cifra legal (20% del total de votos) cuando la cooperativa tenga más de un número determinado de socios.

4. Otros:

De acuerdo a la ley y, o el estatuto, podría convocar la asamblea el organismo de integración, la Autoridad de aplicación y el Juez.

Renuncia a la convocatoria

Señala Reyes (2010) que puede ser que la indebida convocatoria o aun la carencia de esta no tenga efectos prácticos adversos para los asociados (lo mismo que la falta de documentación necesaria para ejercer el derecho de inspección), por lo que sea sensato permitirles convalidar el vicio –antes irremediable- a que da lugar el defecto indicado, por medio de la renuncia a la convocatoria, mediante un simple pronunciamiento dirigido al representante legal de la sociedad mediante un escrito comunicado a la sociedad antes, durante o después de la sesión correspondiente.

La renuncia pudiese ser tácita: se aplica la norma procesal llamada notificación por conducta concluyente: Así, aunque no hubieren sido convocados a la asamblea, la ley asume que aquellos socios que hubieren asistido a la reunión correspondiente han renunciado al derecho a ser convocados. No opera, si algunos socios presentes manifiestan su inconformidad con la falta de convocatoria antes de que la reunión se lleve a cabo. En estos casos operan las reglas sobre ineficacia, aun en caso de quórum universal.

REUNIÓN (SESIÓN)

Constituye la presencia de los miembros de la empresa en la sede, en la fecha y hora fijada, para discutir los puntos del orden del día. Puede ser en sesión ordinaria (conoce los asuntos normales y corrientes, la cuenta) o extraordinaria, para tratar asuntos especiales o urgentes señalados expresamente en la convocatoria

Lugar

Lo normal es que sea en un lugar de la localidad donde radique el domicilio social, siempre que sea una dirección concreta. En Italia se declaró inexistente la deliberación de una asamblea debido a la insuficiente capacidad de la sede escogida para la reunión, porque a una parte de los asociados le fue impedido el acceso con la consiguiente imposibilidad de participar a la reunión (Tribunal de Nápoles, 30-01-1962, En: Capizzano, 1969).

*Mesa directiva*³⁸

Es un órgano provisional que tiene por función exclusiva la conducción de la asamblea, lo que comprende controlar la admisión de los miembros a la misma, examinar los poderes de los representantes, dirigir los debates, conceder la palabra, mantener el orden y levantar el acta.

³⁸ Baena, 2013

Si la ley y, o el estatuto no disponen otra cosa, sus integrantes son los mismos del órgano directivo, siendo necesario que cuente con un presidente y secretario, cuya falta determina la imposibilidad de celebrar la asamblea, pudiendo ser declarada nula su constitución en su ausencia.

QUÓRUM

Por quórum se entiende el número mínimo de miembros que deben estar presentes en la fecha y lugar acordado para que la reunión sea válida, es decir, para que sus decisiones puedan ser imputadas a la persona colectiva.

El quórum puede ser único para todo tipo de asamblea; porcentual, esto es, se fija un porcentaje normalmente descendente según el número de miembros de la empresa; o especial, según los tipos de empresa o los tipos de acuerdos a adoptar.

Para el cómputo, o se toman en consideración todos los miembros, o no se toma en consideración los miembros sancionados con suspensión de sus derechos o los que estuvieren afectados por conflicto de intereses. El hecho es que las exigencias de quórum constituyen mínimos inderogables, por lo que con base al principio de la autonomía de la voluntad, el estatuto puede fijar un quórum superior al legalmente requerido.

El quórum se establece al inicio de la sesión y debe mantenerse durante todo el transcurso de la misma. En caso que el número de miembros disminuya por debajo del necesario para que exista el quórum, se dice que el mismo se rompió y procede la suspensión de la sesión, aunque se puede continuar la asamblea si en un lapso establecido en el estatuto se reconstituye, teniendo validez los acuerdos adoptados mientras existió el quórum.

Sin embargo, algunos consideran que debe darse el quórum sólo en el momento de la constitución de la asamblea, con independencia de los posibles avatares que puedan darse, ya que una ausencia de un miembro presente en la instalación

podría considerarse en su caso como una abstención en el voto (García-Más, 2001).

Fonseca (2001) señala que la atención debe centrarse en las votaciones de los diferentes asuntos, de modo que la mayoría requerida se comprobará en función de los asociados presentes y representantes en el momento de la votación y no con base en el quórum de constitución de la asamblea.

Interrupciones

Es necesario distinguir tres situaciones:

1. El cuarto intermedio:

Se da cuando se interrumpe el desarrollo normal de una asamblea, siendo condición que la misma haya sido iniciada previamente, para su posterior prosecución en otra fecha, hora y lugar de reanudación (la que debe ser fijado de antemano por la propia asamblea) no siendo menester nueva convocatoria por tratarse de la misma asamblea la que debe ser fijada de antemano en la misma asamblea y hacerlo constar en el acta (Maidana, 2010). Al reanudarse la asamblea -luego del cuarto intermedio- pueden participar los miembros que no se encontraban presentes al iniciarse la misma y firmar el registro de asistencia.

2. Suspensión:

En cambio, la suspensión de asamblea se da cuando no se ha iniciado el tratamiento de ningún punto del orden del día, como consecuencia de la disposición de los miembros o por factores externos.

3. El receso:

El receso es un breve paréntesis (pudiendo ser minutos u horas) dentro del mismo acto asambleario, el cual es fijado de antemano por la propia asamblea.

Segunda convocatoria

En caso de no darse el quórum en la primera convocatoria, se convoca para posteriores sesiones dentro de un plazo determinado en la ley o en el estatuto. Incluso, puede darse un solo anuncio que incluya tanto la primera como la segunda convocatoria, siempre que las circunstancias de tiempo y lugar permitan a los miembros acudir a ambas.

De manera que, sería contrario a la buena fe convocar a los miembros para ambas sesiones en momentos muy cercanos y en lugares distantes, lo que podría tener como resultado la privación de los derechos de asistencia y voto, lo que podría determinar la nulidad de los acuerdos adoptados (Cruz, 2013).

En estos puede fijarse un quórum diferencial descendente con un límite mínimo no subsanable, o la no-existencia de quórum, de manera que la sesión sea válida con los miembros que asistan. En tal caso, debe darse publicidad a la advertencia de esta situación como requisito “*ad substantiam*”.

La existencia de quórum se comprueba mediante el libro de asistencia (o de actas) a las asambleas, certificada por el secretario, sin necesidad de certificación externa (notario, juez) salvo por expresa disposición legal.

Asistentes

Para participar en la asamblea se requiere tener la condición de miembro, la que puede ser al momento de la convocatoria, o al momento del inicio de la sesión. Sin embargo, teniendo presente que entre el momento de la convocatoria y el de la realización de la asamblea pueda transcurrir bastante tiempo, la segunda solución abre la puerta para posibles manipulaciones del censo electoral por parte del órgano directivo. En ese tiempo puede admitir nuevos asociados afines o, si fuere el caso, sancionar a disidentes o simplemente molestos (Tato, 1999).

En algunos ordenamientos y, o estatutos se exige encontrarse al día en las obligaciones económicas frente a la empresa como requisito para participar en la asamblea. Señala Naranjo (2014) que este requisito puede ser cumplido hasta

antes de la instalación de dicha asamblea, pues no se considera una sanción al miembro, sino que se trata de un requisito o condición, susceptible de ser cumplida o convalidada en cualquier momento.

Reseña Moirano (2005) que en la Argentina para participar en la asamblea, el asociado debe estar incluido en el padrón social, que es diferente al libro de registro de asociados. El padrón es un listado que se confecciona para cada asamblea y solamente registra a los que están en condiciones de participar de la reunión del colegio de asociados. La inclusión o exclusión en el padrón puede ser impugnada por los interesados y debe ser resuelta por el consejo de administración.

Participación por medios electrónicos

El estatuto puede prever que sea consentido al miembro intervenir en la asamblea mediante medios de telecomunicación (como la videoconferencia) pero no es posible si el medio es de solo audio (telefónico). Este medio de intervención podría constituir una alternativa a las asambleas separadas, siempre que estas no sean obligatorias. Aunque estas asambleas son un instrumento para promover una real participación de los socios en las deliberaciones asamblearias, en determinados casos se podría preferir una asamblea reunida mediante videoconferencia antes que un fraccionamiento de la base social en varias asambleas separadas (Cusa, 200).

De la definición legal española se deduce que no puede existir asamblea sin la presencia física simultánea de una pluralidad de asociados (Gadea, 1999). Sin embargo, en cuanto al contenido de la expresión “presentes o representados” que la ley puede exigir de los socios, la reforma de la Ley de Transparencia de España ha equiparado y computa en el quórum de constitución a aquellos socios que deseen ejercitar su derecho de voto a través del correo postal o electrónico (Vañó, 2004).

Vargas (2009) cree que con las debidas garantías (establecida la identidad y condición de los votantes) es admisible la celebración de la asamblea

simultáneamente en varias localidades interconectadas con el lugar central de celebración. Pero, es necesario que se establezca el procedimiento, las condiciones y los requisitos, garantizándose la confidencialidad del voto, como lo hace la ley de cooperativas de Cataluña.

Así, la normativa de la cooperativa europea prevé que el estatuto podrá autorizar el voto por correspondencia o el voto electrónico y fijarán sus modalidades.

Documentación

Es práctica común prever la obligación del consejo de administración de poner a disposición de los miembros con cierta antelación, la documentación a considerar por la asamblea. Adicionalmente, los miembros tienen el derecho de pedir informaciones y aclaraciones sobre la materia objeto de las deliberaciones de la asamblea, el que, para ser legítimo, debe –sin embargo- ser pertinente a los puntos del orden del día y no debe encontrarse obstáculo en exigencias objetivas de reserva en orden a noticias cuya difusión puede acarrear perjuicio a la sociedad (Casación de España, 21/2/2000 en: Paniagua, 2005).

DEBATE

Concepto

Debate o deliberación es la discusión de los asuntos propuesto en el orden del día. La tarea de deliberar constituye la acción de analizar los distintivos aspectos de una determinada cuestión; de permitir que a través de una discusión los miembros manifiesten su voluntad individual, a fin de que se conforme lo que va a constituir en definitiva la decisión de la colectividad. La deliberación es así la fase de formación de una voluntad que trasciende la de las personas físicas que la expresan para configurar la de la entidad subjetiva, a la cual constituyen o integran.

El intercambio de opiniones entre los integrantes de la asamblea, sobre un tema previamente puesto a su consideración, con el objeto de permitir que ésta tome

una resolución adecuada para los intereses y miembros de la empresa (Naranjo, 2014).

Debe recordarse que el derecho de voto estará siempre precedido por el “derecho a voz” de modo que, previo a la votación del asunto, deberán ser escuchadas las opiniones y aclaradas las dudas de los asociados.

Procedimiento

Si la ley no regula este tema, el procedimiento por seguir será el que establezca el estatuto o el reglamento para deliberaciones y votaciones. En caso de que éstos tampoco regulen el tema, lo que corresponde es que la misma Asamblea defina las reglas del debate y la votación, a fin de que ésta pueda desarrollarse ordenadamente y sin violación de los derechos de los asociados (Fonseca, 2001).

El debate se hace siguiendo el orden del día y comprende -de manera general- la siguiente secuencia:

1. Lectura y aprobación del acta anterior;
2. Puntos remitidos de la sesión anterior;
3. Puntos inscritos anticipadamente por los integrantes;
4. Los puntos que a proposición de la reunión, por su gravedad o urgencia, el cuerpo discute si incorpora o no.

El debate se rige por las siguientes normas (reglas del debate):

1. Se discute siguiendo el orden del día.
2. La sesión la preside el Presidente del Cuerpo.

El presidente posee poderes directivos en las sesiones y además tiene la facultad de impulso (legitimidad para hacer convocatorias) de la actuación del órgano y de la coordinación de sus integrantes, correspondiéndoles durante el curso de las sesiones el ejercicio del poder de policía que le permite censurar, expulsar y sancionar a los miembros del colegio, e

incluso a los terceros. Los poderes de policía implican igualmente la suspensión de la sesión y su disolución.

3. El Secretario lleva la lista de intervenciones, la que debe ser respetada. Se limita a dos o máximo tres intervenciones por integrante para cada punto. El secretario es quien da fe de todo lo actuado en la asamblea, desde la existencia del quórum, hasta su clausura; es quien legitima las resoluciones y las ratifica con su firma en las actas (Naranjo, 2014).
4. Nadie puede ser interrumpido, salvo por mociones de información (noticias o hechos cuyo conocimiento sea de utilidad para el cuerpo) o la moción de orden (fuera del punto o situaciones de emergencia).

Moción:

Es la propuesta formulada por uno de los miembros de la asamblea para que la asamblea haga o deje de hacer algo, y que debidamente calificada, apoyada y discutida, debe ser aprobada o negada por los integrantes de la asamblea y, en caso de ser aprobada se convierte en mandato obligatorio para los directivos, administradores y miembros de la organización (Naranjo, 2014),

Proposiciones o mociones que pueden hacerse:

1. Diferimiento
Se remita el asunto a una sesión posterior;
2. Corte del debate
Propuesta al cuerpo para que se agote la lista de inscritos en el derecho de palabra y se proceda a votación el punto en debate.
3. Al fondo del asunto
Conduce a votación para decisión del cuerpo (se vota en orden inverso a las propuestas). Las propuestas al fondo deben ser hechas por escrito.

VOTACIÓN

Concepto

La votación es el medio de reducción de las voluntades de los diversos miembros que conforman el colegio a una sola voluntad que sea tenida como la expresión unilateral de voluntad de la empresa como un todo.

Es la fase en la cual el colegio expresa sus determinaciones en relación con el objeto de la deliberación. Persigue obtener la mayoría, ya que para que las decisiones del cuerpo sean válidas, deben contar con la mayoría.

Derecho de voto

El voto es la libre expresión individual de la voluntad de los integrantes de la asamblea con respecto a una moción o propuesta formulada como solución de un asunto sometido a criterio de la dicha asamblea (Naranjo, 2014).

Sin lugar a dudas, el voto es considerado un derecho del miembro. Para Ávila (2009) se configura como la pieza clave en torno a la que gravita el funcionamiento de las sociedades toda vez que estas operan mediante acuerdos. Con el derecho de voto, el socio manifiesta su declaración de voluntad de formar un acuerdo.

Ahora bien, para que el derecho de voto sea efectivo, parece imprescindible la consagración de otros derechos instrumentales cuales son el derecho de asistencia y el derecho de voz. Y la participación democrática de todos los socios cierra la posibilidad de pactos de limitación de asistencia o de voto.

Además, el voto es a la vez un derecho y un deber u obligación del asociado. En tal sentido, Périus (2001) dice que el voto será obligatorio y que el estatuto debe fijar los derechos, los deberes y las responsabilidades de los asociados y las sanciones a los incumplientes.

Los titulares del derecho-deber son los miembros, aunque actualmente se acepta que puedan votar los asociados adheridos y los miembros excedentes. Sin

embargo, no podrían votar en la misma calidad que los miembros, sino en un porcentaje limitado respecto de éstos, de tal manera que no puedan de por sí adoptar decisiones.

VOTO PLURAL

Número de votos

El principio esencial es uno (una persona = un voto). Sin embargo, se viene planteando cada vez con mayor fuerza la sustitución de ese principio por el voto plural, proporcional o ponderado. De manera que excepcionalmente, puedan otorgarse derechos de voto plural (en cantidad limitada) a través del estatuto.

Opiniones a favor

Fici (2012) considera oportuno admitir por ley la posibilidad de voto plural ponderado en cooperativas de empresarios, si el voto ponderado se asigna en proporción a la cantidad de actividad cooperativizada realizada (o de actos cooperativos realizados) por cada socio con la cooperativa.

Esta previsión estatutaria posibilitaría que se hiciera frente a situaciones de heterogeneidad que no permitirían a la cooperativa actuar bien o incluso constituirse. Esto puede conllevar el éxito de la cooperativa o el uso de esta forma jurídica hasta en presencia de circunstancias desfavorables

Esto, en razón de que el Código Civil de Italia (artículo 2538) permite en las cooperativas en las que los socios integran sus respectivas empresas (o fases de la misma), que el derecho de voto sea atribuido en razón de su participación en la actividad social, cuyo límite máximo por cada categoría de socio no supere el décimo de votos en cada asamblea.

Se trata de una novedad de valoración positiva, conexas a la exigencia de hacer corresponder mejor los intereses de los asociados cooperadores y financiadores al poder administrativo del que pueden disponer en la cooperativa (Genco, 2002).

Opiniones en contrario

El voto plural se aparta de la matriz histórica de las cooperativas al propiciar una diferenciación de los derechos políticos de los cooperadores, pudiendo hacer depender el voto de otros criterios que no la cualidad de cooperativas (Meira, 2015)

Para Münkner (1988) es una desviación del principio de administración y de control democrático; es una indicación de una cierta falta de homogeneidad en el seno del grupo y podría ser un primer paso, en el sentido de fragmentar el grupo de miembros en diversas clases y destruir la estructura interna democrática de la cooperativa.

El Dictamen del Consejo económico y social de Andalucía sobre el anteproyecto de ley de sociedades cooperativas (en Paniagua, 2013) señala que el socio usuario puede tener siete veces más votos que otros, lo que lejos de provocar la implicación de los socios usuarios, va a promover el dominio de los socios titulares de empresas de mayor dimensión en detrimento del resto, con independencia de que entre éstos últimos estén socios que tengan todo su interés económico en la actividad económica cooperativa.

Voto ponderado

Lovis (1974) es partidario que se establezca un sistema de ponderación definido por un reglamento interno y que el estatuto solo establezca el principio.

Como regla general, el índice de ponderación del voto podría ser la resultante de la suma algebraica de varios coeficientes:

1. El coeficiente de antigüedad (experiencia)
Podría adoptarse como criterios de ponderación la antigüedad y la fidelidad (intensidad de relaciones entre el miembro y la cooperativa) que podría ser designado como voto de fidelidad o de lealtad (Meira, 2013).
2. El coeficiente funcional atribuido al puesto ocupado por el cooperador (nivel de responsabilidad);
3. El coeficiente de calificación (nivel personal del cooperador).

El coeficiente de actividad.

Para Meira (2013) atendiendo a la vocación mutualística de la cooperativa, el único criterio objetivo admisible sería el criterio económico –atribución de un número de votos correspondiente al volumen de las transacciones efectuadas entre el cooperador y la cooperativa- por ser el que mejor preservaría la identidad cooperativa, al igual que se hace con la distribución del retorno según el principio de participación económica de los miembros.

De manera que el voto múltiple o ponderado puede calcularse según el volumen de operaciones o de la actividad efectuada por el miembro con la entidad, o de acuerdo a su patrocinio: jornadas de trabajo cumplidas, productos entregados a la empresa para su comercialización, bienes de consumo adquiridos, o tiempo de dedicación a la empresa.

Para Barrero y Viguera (2015) la admisión del voto plural ponderado aparece supeditada en la ley nacional de cooperativas (de España) a un triple límite: *subjetivo*, dado que solo podrán ser sus beneficiarios los socios que sean cooperativas, sociedades controladas por estas o entidades públicas; *objetivo*, en tanto la atribución se realizará en proporción al volumen de la actividad cooperativizada y *formal*, en la medida en que los Estatutos deberán fijar con claridad los criterios de la proporcionalidad.

*Condiciones*³⁹

1. Permisi3n de ley y previsi3n estatutaria
2. Los derechos de voto plural no pueden ser otorgados, en ning3n caso, sobre la base del monto de los aportes financieros de los asociados. Ello pone en causa la vocaci3n mutualista de la cooperativa, irrespetando el principio de gesti3n democrática.
3. Los derechos de voto plural no pueden ser ejercidos cuando se toman decisiones sobre «cuestiones importantes» especificadas en la ley. Estas

³⁹ Fici, 2012 y Meira, 2012

«cuestiones importantes» probablemente sean aquellas vinculadas al carácter asociativo de las cooperativas. Los derechos de voto plural serán otorgados más bien en los asuntos relativos a las actividades de la empresa cooperativa. Al menos las decisiones más importantes deberían ser tomadas mediante el voto secreto para limitar la influencia de ciertos asociados, en particular de quien preside la asamblea general.

4. No podría comprender materias para cuya aprobación se exija mayoría calificada.
5. En ningún caso un solo asociado podrá estar en condiciones de tomar decisiones en virtud de la cantidad de derechos a voto que detente o represente.
6. La norma estatutaria debería establecer límites para que ningún cooperador pudiese detener la mayoría de los votos.

Otros aspectos

Otra situación de interés es aquella en que un miembro de la empresa (como persona física) sea a la vez el representante legal de una persona jurídica miembro de la misma, por lo que tendría dos votos, uno personal y el otro como representante. Igualmente, cuando se acepte como miembros a menores de edad pero sin derecho de voto, el que –en tal virtud- podría ejercer su representante legal.

Además, de acuerdo al principio de unidad de voto, se entiende que un miembro no puede utilizar en la misma asamblea los votos que ostente de modo divergente, unos a favor y otros en contra de una misma proposición, esto es, no se admite el voto fraccionado.

Voto dirimente

Una situación en que se concede el derecho de más de un voto a una persona es el voto de desempate atribuido al presidente cuando dirige los trabajos del órgano de administración. Este derecho está condicionado por aspectos poco conocidos: no se presume sino que debe figurar expresamente en el estatuto y no se puede

ejercer en la asamblea, ni en los procesos electorales (Irion, en Ribeiro, 2002). Para Baena (2013) por el principio de igualdad del voto, se ha de entender prohibido el voto dirimente, o de calidad, a favor del presidente, pues rompería la proporcionalidad del derecho de voto, salvo disposición expresa de la ley.

Formas de votación

La votación puede ser expresa o puede ser tácita, la que se da en casos como aquel en que si nadie pide la palabra la proposición se considera aprobada. En tal sentido, el silencio se interpreta como una declaración tácita positiva y la proposición se presume aprobada por unanimidad.

Puede haber distintas formas de votación:

1. Pública

Mediante el sistema de papeletas o de mano alzada.

2. Secreta

Puede ser para todos los asuntos del orden del día, según previsión legal o por disposición de las normas internas. Alonso (2010) considera que el voto secreto exige la adopción de sistemas que impidan conocer el sentido del voto del socio en el seno de la asamblea lo que excluye todo sistema que permita tal conocimiento previo, durante o a posteriori de la emisión del voto.

El voto secreto es un derecho irrenunciable. También, a propuesta de los órganos sociales o de la minoría de asociados que fijen el propio estatuto, que además deberá incluir cautelas para evitar prácticas obstruccionistas o abusivas (Paz, 1998).

Para Périus (2001) es necesario que el voto sea obligatoriamente secreto para la elección de los directivos porque facilita una mayor participación de los miembros, la alternancia en el ejercicio de los cargos y respeta el foro íntimo y secreto de cada asociado para decidir según su propia conciencia, sin constreñimientos y sin presiones.

Lugar

Los miembros deben votar donde operan: esto es, donde entregan su producción y adquieren insumos, o sea, votan en la filial y no sólo en la matriz. Votan donde moran. Incumbe a la comisión electoral tomar todas las medidas necesarias para que el día de las elecciones funcione una urna en cada filial. Conviene que los estatutos o el reglamento electoral defina los locales de votación (Péruis, 2001).

Voto por correspondencia

Para ser aceptado, debe estar expresamente previsto en el estatuto y se debe mencionar tal facultad en el aviso de convocatoria. Incluso, puede ser impugnada una decisión de asamblea por no haber sido enviada la convocatoria o por no haber incluido en ella el orden del día (Ceccherini, 1999).

Si luego la asamblea delibera sobre una propuesta diversa de la reportada en el aviso de convocatoria, los votos expresados por correspondencia no concurren a formar el quórum constitutivo. Si, por contrario, no es añadida la propuesta de deliberación en el aviso de convocatoria, la sucesiva deliberación asamblearia es solo anulable porque se está de frente a un caso de irregularidad del aviso (Cass, Italia, 17-02-1987, en: Paniagua, 2005). Los sufragios expresados por correspondencia, hasta que no hayan sido escrutados, pueden ser revocados por el votante.

El voto emitido por correspondencia a favor de la deliberación propuesta, diversa de la deliberada por la asamblea, que hubiere sido modificada, equivale a un voto contrario (ídem).

Abstención

El miembro que no emite su voto se considera ausente. Al decir de Naranjo (2014) la abstención es un “dejar de ejercer” el derecho a voto, es una renuncia a la facultad de expresión de la voluntad, de ahí que las abstenciones se consideran como ausencia del votante y no se suman a los votos válidos para efectos de cómputo del número de votantes.

Voto electrónico

En cuanto al voto electrónico, se trata que el miembro exprese su voto antes (y desde fuera) de la asamblea por correo electrónico, a lo mejor a través de la firma digital. Para su validez se requiere clausula estatutaria expresa la que fijarán sus modalidades (Paniagua, 2005), lo que hace la normativa de la cooperativa europea.

La Ley Cooperativa de Cataluña establece los requisitos del voto mediante procedimientos telemáticos, a saber: establecer por reglamento el procedimiento, las condiciones y los requisitos, garantizándose la confidencialidad del voto y expresamente entiende por asistencia a la asamblea, presente o representada, la participación en ésta, tanto si se efectúa físicamente como si se efectúa virtualmente, mediante procedimientos telemáticos (Vargas, 2009).

Limitaciones

1. Ciertas leyes no permiten la votación por el sistema de planchas o listas, sino exigen que la elección de los directivos sea necesariamente de carácter nominativo. Sin embargo, en otros casos si se acepta, aunque se impone la desvinculación de las candidaturas, o sea, las planchas para el órgano de administración serán independientes y separadas de las del órgano de fiscalización. Las planchas se dirigen al elector, libres e independientes, debiendo sus miembros ejercer funciones distintas: unos para administrar, otros para controlar (Péruis, 2002).
2. En el caso de los miembros que ejerzan cargos directivos, se limita su voto en la aprobación de los estados financieros, informes de ejercicio, el establecimiento de su responsabilidad, o en su destitución.
3. También, el voto puede estar sujeto al hecho de haber efectuado un mínimo de operaciones con la empresa solidaria; por morosidad con la empresa particularmente en las de ahorro y crédito, o a tener determinada antigüedad como miembro requerida en el estatuto, para poder juzgar los documentos puestos a consideración de la asamblea (informes de gestión,

estados financieros) ya que el nuevo miembro no tuvo una completa participación o incidencia directa en el resultado de los mismos, por tanto se considera lógico que no pueda juzgar su aprobación o rechazo (Maidana, 2010).

4. La ley y, o el estatuto debe limitar el derecho de voto del miembro cuando se encuentre en conflicto de intereses con la empresa, y el voto del socio que se encuentre en alguna situación de conflicto de intereses se deducirán del total para el cómputo de la mayoría que se requiera en cada caso.

Vargas et Al (2015) indican algunas situaciones de conflicto de intereses: cuando se trate de adoptar un acuerdo que le excluya de la entidad, le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías o así como cuando siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios, se entiende distinta al objeto social.

MAYORÍAS

Concepto

El principio básico que rige la adopción de los acuerdos sociales es el “principio mayoritario”, según el cual se presume que la voluntad de la mayoría es la que mejor resguarda el interés general del ente, atribuyéndosele, por consiguiente, el carácter de voluntad social.

Por mayoría se entiende la cantidad de votos válidos necesarios para la aceptación o negativa de una moción o propuesta, previamente sometida a discusión. La voluntad de la mayoría domina en el colegio y debe ser considerada como voluntad del cuerpo.

En relación con la *unanimidad*, aun cuando en el aspecto cualitativo podría que producir decisiones más perfectas y consecuentes con los intereses de los miembros, resulta incompatible con la realización práctica ya que consagra un

derecho de veto incompatible con el funcionamiento de los órganos colegiados (por cierto, el que sólo es posible en la llamada democracia directa); y es ajena al sistema de expresión de la voluntad en la comunidad; aún más, la subvierte y la perturba.

La inclusión en un estatuto del requisito de decisión unánime no puede ser aceptable en principio. Sólo lo es cuando se establece para un asunto concreto y cuando de su aplicación no resultará dificultado un derecho individual intangible o un principio estructural de la sociedad (Zaldívar, en Nissen, 2000).

Algunos piensan que debería ser previsto el principio de representación proporcional de las *minorías* en la asamblea y, por lo tanto, la adopción del criterio electoral proporcional y no el mayoritario.

En tal sentido, Vargas (2009) aboga por la admisión estatutaria de un sistema proporcional de elección de los directivos (participación de las minorías), especialmente en las cooperativas de mayor tamaño, ya que permite un mejor reflejo de la realidad política de la cooperativa y muchas veces evita luchas fratricidas por acceder al poder y oposiciones destructivas.

Cómputo de los votos

Sobre el particular se presentan cinco posibles situaciones: a) los que manifiestan su postura, afirmativa o negativa a la propuesta; b) los que votan en blanco; c) los que se abstienen; d) los votos nulos; e) los que se ausentan de la sala de votación, ya sea antes de iniciar la reunión, ya durante su transcurso.

El criterio diferencial sería que la propuesta se entenderá aprobada siempre que exista, al menos, un voto afirmativo más que los que la rechacen, sin tener en cuenta los votos nulos, en blanco ni las abstenciones ni ausencias (Monreal, 1997).

La falta de emisión del voto no se puede computar como negativa ni positiva. Para Cuesta (2000) tal conducta se debe interpretar como la manifestación de voluntad

de no emitir opinión sobre el tema sometido a votación. A efectos del cómputo, las abstenciones se deberán considerar como ausencias.

Tipos de mayoría

1. Absoluta:

Se dice de ordinario que es la mitad más uno de los votos válidos emitidos, cuando el número de votos es par. Ahora bien, cuando es impar, este criterio no sería válido, razón por la cual se considera por tal “un número de votos que doblado, supera la totalidad de votantes”. Para algunos, es la mayoría que, salvo norma expresa en contrario, es tomada en cuenta. Para otros, es la mayoría simple.

Al decir de Cuesta (2000) constituyendo las mayorías especiales un régimen de excepción, debería estar determinado en forma expresa en el estatuto; por ello cuando el estatuto se refiera “a mayoría”, se deberá entender “simple mayoría”.

2. Relativa o simple:

Se pone en relación todos los votos emitidos y es mayoría la propuesta que obtuvo mayor número de voto (la mayor minoría).

3. Calificada:

Es una mayoría superior a la absoluta que se emplea para los asuntos más importantes tales como las transformaciones o extinción. Se basa en que no se estima correcto o propio de una organización democrática que tales asuntos se resuelvan por un número poco significativo de asociados.

Las mayorías y los porcentajes fijados en la ley no pueden ser rebajados en el estatuto, aunque es posible, tanto en los acuerdos ordinarios como extraordinarios, que se incremente la mayoría exigible siempre o para determinados supuestos (Gadea, 1999).

La convención de voto⁴⁰

⁴⁰ Díaz, 1999

Son prácticas de las sociedades mercantiles, consideradas como medios tradicionales para formar y consolidar mayorías estables. Algunos las consideran como un instrumento ilegítimo de toma de control y difícilmente practicables en las empresas solidarias que no se compadecen con el principio de gestión democrática.

Formas:

1. Sindicatos de voto:

Se articula mediante un contrato de vinculación entre socios de carácter estable y con intención de permanencia. Resulta difícil su admisión toda vez que supondría una renuncia al libre ejercicio del derecho de voto, por tiempo determinado y para todo tipo de acuerdo en la asamblea. Y es que se encuentran indicios contrarios a los sindicatos de votos en la regulación del sistema de representación en la asamblea, o en la previsión de las juntas preparatorias.

2. Sindicación de votos

En cuanto a los pactos de sindicación, por su carácter ocasional o no permanente, parece que podría considerarse una decisión favorable a su admisión. Si cabe una representación o delegación concreta para una asamblea ¿por qué no admitir un convenio de voto ocasional?

Por su carácter ocasional, en modo alguno podrían servir como técnica de obtención de control: no se estaría contraviniendo con ellos ninguna norma legal ni el principio cooperativo; y en cualquier caso, la decisión seguiría siendo de la asamblea, siendo irrelevante que la voluntad mayoritaria se alcance gracias a previos acuerdos de sindicación, o como consecuencia del abstencionismo de los socios, o incluso, del abstencionismo de éstos. Para Vicent (en Baena, 2013) no basta con considerarlos inoponibles a la cooperativa, sino que deben ser declarados nulos e inexigibles, incluso entre las “partes” o miembros del mismo.

Concepto:

La representación es el hecho por el cual una persona actúa por otra, de manera que lo que ella hace recae sobre aquella, siempre que hubiere actuado dentro de los límites de la representación. La representación de un miembro de empresa se da para la sesión del órgano deliberante. La representación puede ser general, esto es, para todos los puntos del orden del día, o particular, para algunos puntos específicamente determinados por el representado.

*Caracteres*⁴¹

1. La representación tiene carácter personal: es otorgada a por un miembro en favor de otras personal natural que también tenga la calidad de miembro de la misma empresa
2. Limitada a uno u otros pocos miembros
3. Ocasional o eventual, y por tanto, transitorio. Es específica; esto es, para una asamblea determinada, pues no cabe una suerte de delegación múltiple o permanente.

Requisitos:

1. Presentación de poder que puede ser de carácter generalmente privado (carta poder). Se puede exigir su presentación con cierta anticipación y la certificación del mismo por el secretario, o por el órgano de vigilancia. En cualquier supuesto, la representación es libremente revocable, atribuyéndose tal valor al acto concluyente del representado de asistir personalmente a la asamblea (Gadea, 1999).
2. Puede permitirse en todos los casos; sólo cuando se trate de personas jurídicas miembros, en que son representadas por quienes ostenten legalmente su representación, o por las personas que el estatuto designe para ello.

⁴¹ Naranjo, 2014

3. Tener el carácter de miembro; de cónyuge, de concubino (a) o relación afectiva; esto es, personas que convivan regularmente con el miembro titular; así como no ser directivo ni delegado de distrito a la asamblea o delegado al organismo de integración.

Apoderado o mandatario

El representante es diferente del apoderado o mandatario, es decir, de la persona que representa a un miembro ausente en todos los actos y contratos, dentro y fuera de la cooperativa, mediante poder que le ha sido otorgado ante Notario Público y le confiere la calidad de administrador de los bienes del mandante.

Algunas leyes le confieren derecho de voz y voto, pero no de ser directivo. En contra, Naranjo (2014) sostiene que ello distorsiona el ejercicio personalísimo de los derechos del socio en las cooperativas, tanto que la calidad de socio no puede ser materia de transferencia ni transmisión, esto es, que ni se vende, ni se cede, ni se hereda, puesto que lo transferible o transmisible es el valor de las aportaciones, el dinero, no la condición humana.

Voto familiar

Péruis (2001) opina que el voto por procuración debe ser prohibido y en su lugar sea establecida una nueva forma de representación, vía acreditación, del derecho de voto al cónyuge o al hijo del asociado. Se llama voto familiar.

En las empresas agrícolas la ley italiana reconoce a las trabajadoras autónomas que prestan trabajo continuado en la empresa familiar el derecho de representar la empresa ante los órganos estatutarios de la cooperativa y de otras formas.

En la ley vasca para alcanzar una mayor representatividad en las asambleas y con base en que ciertas cooperativas dan respuesta a las necesidades del grupo familiar, el legislador también ha permitido incluir en el estatuto la denominada representación familiar, por lo que si efectivamente el estatuto lo prevé, en las cooperativas dirigidas a la satisfacción de necesidades familiares, los asociados

podrán hacerse representar por su cónyuge u otro familiar con plena capacidad de obrar y hasta el grado de parentesco que admitan el estatuto (Gadea, 1999).

Número máximo de representaciones

Va de una sola hasta un máximo de cinco. La representación de los miembros en las asambleas presenta una particular problemática, cual es la posibilidad de la obtención el control de la empresa por parte de algunos pocos miembros, vía las representaciones múltiples.

De hecho, en Brasil se ha solicitado retirar de la vigente ley la posibilidad del voto por mandatario, porque ese voto en caso de directivas de cooperativas menos escrupulosas han servido para incentivar el “caciquismo” o el “coronelismo”, ya que directivas radicadas en el poder maniobrar gran número de procuradores, aún bajo presión, para garantizar la aprobación de lo que son sus intereses (Meinen, 2003). Además, el voto por poder facilitar al asociado el incumplimiento de su obligación de asistir a la asamblea.

ACTA

Es la relación del contenido de una sesión de un ente colegiado; su documentación y medio probatorio. Es una formalidad *ad substantiam*, es decir, necesaria para la existencia del acto mismo. Ver: tema 45

Referencias

- Althaus, A. (1974). *Tratado de Derecho Cooperativo*. Rosario. Zeus
- Ávila de la Torre, A. (2009). *Las sociedades cooperativas: aspectos societarios. Lecciones sobre trabajo autónomo y economía social*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Baena, P. (2013). I. La asamblea general: (II) Constitución. Celebración. Impugnación de acuerdos. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*. Valencia. Tirant lo Blanch

- Barrero, E. y Viguera, R. (2015). El principio de gestión democrática en las sociedades cooperativas. Alcance y recepción global. *Revista jurídica*, N° 27. Valencia, Ciriéc
- Bertossi, R. (2012). *Delegados y asambleas de delegados*. Buenos Aires
- Bonfante, G. (1999). L' unita di forma giuridiche per la cooperazione un tabu' da superare?. *Rivista della Cooperazione*. Istituto Italiano di studi cooperativi Luigi Luzzatti. Roma
- Buonocore, V. (1997). *Diritto de la Cooperazione*. Bologna. Il Mulino
- Caicedo, M. (2013). *Derecho Cooperativo y Solidario*. Bogotá, Leyer
- Capizzano, E. (1969). *Tutto Sulle Cooperative. Guida Legale-Pratica per tutti con formulari*. Milano, Giovanni de Vecchi,
- Cruz Rivero, D. (2013). I. La Asamblea General: (I) Concepto, competencias, clases y formas y convocatorias. Capitulo V. Organos sociales. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*. Valencia. Tirant lo Blanch
- Cuesta, E. (2000). *Manual de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires. Abaco
- Daly, J. (1967). *Derecho Cooperativo*. Caracas. Universidad Central de Venezuela
- Esquea, E. (1971). *Le régime juridique de la coopération en République Dominicaine*. Toulouse. Thèse.
- Fici, A. (2012). *Cooperative identity and the law*. Euriscse working paper, N° 023/12
- Fonseca, R. (2001). *Manual de Derecho Cooperativo Costarricense*. San José, Editorial Guayacán
- Gadea, R. (1999). *Derecho de las cooperativas. Análisis de la ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas del país vasco*. Bilbao-España, Universidad de Deusto
- García-Gutiérrez, C. et Al. (2004). La red de información INTERNET de la sociedad de la comunicación y del conocimiento promueve la generalización de la participación en los procesos de toma de decisiones en las organizaciones de producción. *Economía Social y Nuevas Tecnologías*. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, 049. Valencia, Ciriéc-España
- 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

- Genco, R. (1999). Piccola società cooperativa e nuove forme di organizzazione dell'impresa. *Rivista della cooperazione* 1/1999. Roma. Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti
- Gide; Loyrette; y Novel. (1969). Les Coopératives Agricoles dans la marche commune. *Etudes Comparées, régime juridique, fiscal, social et financier*. Paris. Dictionnaires André Joly
- Henry, H. (2000). *Cuadernos de legislación cooperativa*. Ginebra. OIT
- Jordá García, R. (2013). Empresas de Economía Social y Constitución Telemática de Sociedades. *Economía Social y Derecho. Problemas Jurídicos Actuales de las Empresas de Economía Social*. Mercatura 48. Granada, Comares
- Lassaletta, P. (2013). I. Los socios. 1. Adquisición pérdida de la condición de socios. Tipos de socios y otras formas de participación social. *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I. Valencia, Tirant lo Blanch
- Lovis, R. (1974). *Organización y funcionamiento administrativo de las cooperativas*. Ginebra, OIT-Intercoop
- Maidana, O. (2010). *Régimen legal de las cooperativas comentado*. Asunción, Servilibro
- Maldonado, F. (2001). Aspectos societarios de las mutuales. Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas
- Meinen, E. (2003). Assembleias gerais: quórum e delegados. *Cooperativismo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte. Mandamentos
- Meira, D. (2013). A relevância do cooperador na governação das cooperativas. *Cooperativismo e Economía social, N° 35 (2012-2013)*. Vigo, Centro de Estudios Cooperativos, Universidad de Vigo
- Meira, D. (2015). Os principios cooperativos no contexto da reformado Código Cooperativo Português. *Revista jurídica, N° 27*. Valencia, Ciriec
- Monreal, L. (1997). Análisis comparativo de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en materia de órganos sociales. *Régimen Jurídico de las sociedades laborales*. Valencia. Tirant lo Blanch
- Naranjo, C. (2014). *Manual de Procedimiento Parlamentario*. Quito, Financoop
- Nissen, R. (2000). *Panorama actual del Derecho Societario*. Buenos Aires. Ad-hoc

- Paniagua, M. (2013). Notas críticas a la ley 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 24, Valencia, Ciriéc-España
- Paz Canalejo, N. (2002). La Asamblea general en la ley 27/1999, de cooperativas. Reflexiones críticas. *Revista de Estudios Cooperativos* 78. Madrid, Aecoop
- Reyes, F. (2010). SAS. *La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá, Legis
- Sanchez-Ruiz, M. (2010). La asamblea general de socios. *Derecho de sociedades cooperativas de la Región de Murcia*, Pamplona, Aranzadi
- Santiago, K. (1999). Algunos viejos debates sobre el trabajo asociado tras una primera lectura laboral de la nueva ley de cooperativas. *Sociedades cooperativas: régimen jurídico y gestión económica*. Madrid. Ibidem
- Scordino, F. (1970). *La Societa Cooperativa*. Nápoles. Jovene
- Tajant, G. (2010). El uso de las tecnologías de la información y comunicación en el ámbito societario. *XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y Derecho de la Empresa, Tomo II*.
- Vañó, M^a (2011). Capítulo VII. Aplicación de las tecnologías de la información y comunicación a las cooperativas. *Cooperativas: régimen jurídico y fiscal*. Tirant. Monografías 738. Valencia, Universitat de Valencia
- Varenes, F. (2010). Asambleas virtuales: equivalencia funcional entre presencia física y virtual. *III Jornada Nacional de Derecho Contable*. La Plata, Universidad Nacional de la Plata
- Vargas, C. (2009). La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 20, Valencia, Ciriéc
- Vargas, C. et Al (2015). *Derecho de las sociedades cooperativas*. Madrid, La Ley
- Verdú, M. (2010). Órgano de intervención. Comité de recursos y letrado asesor. *Derecho de sociedades cooperativas de la Región de Murcia*, Pamplona, Aranzadi

17. ORGANISMO DIRECTIVO (DE ADMINISTRACIÓN)

Sistemas de administración. Órgano directivo. Número de miembros. Especial consideración sobre el presidente. Competencia. Los directivos independientes

SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN

El sistema de administración de la empresa solidaria puede estar unificado en un solo órgano (sistema monista), o estar diversificada en dos órganos (sistema dualista).

Concepción dualista

Es el modelo Alemán que contempla un comité de supervisión o control y un comité de dirección. El órgano de dirección es el encargado de la gestión social y tiene la representación de la persona jurídica. El órgano de control fiscaliza la gestión del órgano de dirección; está formado por los miembros pero privado de competencias de gestión y solo de representación de la base social.

Sin embargo, en la realidad son plenamente responsables de la gestión concretamente ejecutada por el gerente, bajo su más o menos oculta supervisión. Además, lo peculiar de este sistema es que el control de las cuentas o control contable se confía a expertos profesionales ajenos a la entidad, que actúan en beneficio de los asociados, de los terceros y de la sociedad en general (Del Campo, 2004). Es el sistema utilizado en el ámbito iberoamericano.

Concepción monista

Es el utilizado en Italia y Francia en el cual todas las funciones de gestión son asignadas a un órgano único. Sin embargo, es normal que se produzca una diversificación en su seno entre los consejeros ejecutivos o gestores, a los que se encomienda su función a través de la delegación, y consejeros no ejecutivos, a los que corresponde la función de vigilancia, es decir, la supervisión y control de los miembros con facultades gestores (ídem).

Se prevé la reserva de la administración a los asociados. De manera que está implícita la opción a favor de la representatividad del órgano administrativo, frente al criterio de eficiencia de gestión que impondría la escogencia de administradores no profesionales y por tanto, no necesariamente asociados. Ello supone –además– que no se les pueda atribuir la correspondiente responsabilidad social y que la responsabilidad quede en los directivos que no asumen la gestión. El modelo dualístico compagina la representatividad con la eficacia de gestión (Genco, 1999).

ÓRGANO DIRECTIVO

Naturaleza

Tanto en las cooperativas como en las mutuales, el consejo de administración, junta directiva o similar, es el órgano interno encargado de la administración y dirección (gestión cotidiana) de las operaciones de la empresa, de su representación legal –y de la ejecución de los acuerdos del órgano deliberante, así como del cumplimiento de los planes aprobados por este. Es al órgano colegiado de administración, al que corresponde la alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la empresa con sujeción a la ley, al estatuto y a la política general fijada por la asamblea (García-Más, 2001).

El órgano directivo puede ser entendido como mandante del conjunto de los miembros de la empresa, o como el órgano colegiado que administra o fiscaliza internamente a la empresa. Cuesta (2000) objeta la condición de mandatarios a sus miembros toda vez que como los límites del mandato se determinan en una forma más o menos precisa, toda gestión que no esté determinada en el estatuto o que no resulte directamente de los negocios jurídicos encomendados por el mandante, requeriría la ratificación de este para su validez.

Como dice Moirano (2009) en realidad, la relación entre directivos y el ente es una relación compleja que participa de un solo elemento del contrato de mandato, cual es la posibilidad de la revocación de la designación con o sin expresión de causa.

La opinión prevaleciente es la que considera al consejo de administración como un órgano social. De acuerdo a esta teoría, se compagina mejor y es más elástico respecto de la actividad que desarrolla el mismo, "... pudiendo dicho cuerpo, en cumplimiento de su actividad de conductor de las operaciones sociales, realizar todos los actos previstos en la ley, el estatuto, y los que resulten vinculados con dichas operaciones sociales, no solo en forma directa e inmediata sino indirecta y mediata, en tanto ellos resulten conducentes a la consecución del fin perseguido por la institución" (Cuesta, 2000).

*Características*⁴²

El órgano directivo es:

1. Necesario e insustituible

De manera que no se puede concebir la existencia de una empresa solidaria sin la existencia de un órgano de administración; órgano que la acompaña en toda su existencia.

2. Continuo y permanente,

Ya que no la empresa no puede funcionar sin la actividad permanente y continua del órgano de administración (por la necesidad de la atención ininterrumpida de la administración). Además, es de renovación periódica.

3. De origen legal.

Esto es, la composición y el funcionamiento del órgano administrador no pueden quedar librados a la voluntad de los asociados. Es la ley la que determina la forma en que se organiza el órgano y establece cuáles son las facultades mínimas que hacen posible su actuación dentro de la esfera delimitada del objeto social.

4. Autónomo

Goza de las más amplias facultades en lo tocante a la gestión interna de la empresa, sin que pueda ser interferido por la acción de otros órganos, salvo las limitaciones de ley y, o estatuto.

⁴² Baigún y Bergel, 1991

5. Controlado

Está sujeto al control permanente de la sindicatura y de la asamblea, aunque no de manera permanente de ella, dado su carácter transitorio.

Composición

Normalmente es un órgano colegiado, aunque es posible que sea unipersonal lo que se da en empresas en formación, en empresas simplificadas o con un número reducido de miembros, o según el tipo de actividad que desarrollan (trabajo asociado, por ejemplo) con duración del mandato determinado y con presentación de garantías especiales determinadas en el estatuto (Paz, 1998).

Pareciera que lo adecuado es abrir la estructura de la administración a la libertad de configuración estatutaria, dependiendo no de aspectos meramente formales como el número de socios, sino de la voluntad de los socios (flexibilización). Sin perjuicio de lo que, para determinado tipo de cooperativas, cuya gestión *per se* es más compleja pueda resultar adecuado exigir que su administración se lleve por un consejo rector (Vargas et al, 2014).

Se recuerda que la condición de colegiado significa que su desempeño está sujeto a las reglas de quórum y mayorías y que sus resoluciones o acuerdos deben constar en actas.

Administrador único

En los casos en que se admite el administrador único, ello debe tener carácter potestativo, debiendo su titular tener el carácter de persona física miembro o asociado de la empresa. Al mismo se le aplican todas las normas del órgano directivo, en cuanto a sus facultades, duración, elección, etc., cuando ello sea compatible por el carácter unipersonal de un órgano pluripersonal (García-Más, 2001).

Del Campo (2004) piensa que en el caso del administrador único de una pequeña cooperativa se podría permitir, salvo prohibición estatutaria, que una persona no asociada –profesional de la gestión– desempeñase las labores de gestión y

representación, sólo en el caso que no hubiese ningún administrador y los asociados no pudiesen desempeñar las facultades de gestión y representación en la cooperativa con una eficiencia razonable para hacer, de esa cooperativa, una entidad competitiva en el mercado.

A esta variante unipersonal del consejo de administración se le critica que la responsabilidad compartida de la gestión social también hace a la vocación democrática de las cooperativas (Moirano, 2005).

Otras formas

Cabría la posibilidad de la existencia del administrador *solidario* (cada administrador, con plenas facultades de gestión y de representación) o la de los administradores *mancomunados* (actuando por unanimidad) como existe para ciertos tipos de sociedades civiles o mercantiles.

Igualmente, la posibilidad asomada en la legislación italiana (Abadesa, en Pastor, 2002) de la *asamblea administradora*, que da posibilidad al estatuto atribuir a la asamblea los poderes de administración operándose una superposición entre los dos órganos. Sin embargo, cabe suponer en este supuesto una innecesaria o inconveniente lentitud en la toma de las decisiones diarias que requiere la gestión social.

Reglamentación

El órgano directivo requiere de un reglamento interno que delimite claramente las normas de funcionamiento, las funciones de cada uno de los cargos individuales y de sus comisiones internas, dictado por el propio órgano en ejercicio del poder de autorregulación y, o sometido al órgano deliberante para su conocimiento y, o aprobación, según lo establezca el estatuto. Tato (1999) es del parecer que en ausencia de norma estatutaria en relación con el funcionamiento del consejo, deberá ser el propio consejo quien se autorregule.

Se acostumbra crear comisiones internas (de nominaciones, de retribuciones, de auditoría y cumplimiento de las normas de gobierno, etc.) cuya organización

interna se hace en un reglamento propio que delimite claramente las funciones de sus cargos individuales y de sus comisiones internas (Vicent, 1998).

Designación

Circunstancias propias de una empresa solidaria pueden hacer conveniente que sus diversos colectivos queden representados en el órgano de administración. Es lo que se denomina reserva de puestos. De manera que el estatuto podrá prever que la composición del órgano colectivo refleje, entre otras circunstancias, su distinta implantación geográfica, las diversas actividades desarrolladas por la empresa, las diferentes clases de asociados, cuando las hay, los diversos sectores o colectivos diferenciados de la empresa. De igual forma, establecerse la proporción existente entre ellos, estableciendo las correspondientes reservas de puestos para cada uno de ellos.

En este sentido, el Código Civil de Italia permite que el acto constitutivo pueda prever que uno o más administradores sean seleccionados entre los pertenecientes a diversas categorías de socios, en proporción al interés que tenga cada categoría en la actividad social. La designación de uno o más administradores puede ser atribuida por el acto constitutivo al Estado o a los entes públicos. En todo caso, la designación de la mayoría de los administradores es reservada a la asamblea.

Pero, además, hay una tendencia que plantea una ampliación de representación en el órgano directivo de manera que quede integrado por representantes no sólo de los miembros de la empresa, sino –también– de los trabajadores asalariados, de los terceros-usuarios, incluso de los proveedores y de los inversionistas.

Ahora bien, en caso que entidades financiadoras externas pudieran llegar a tener derecho a voto, habría que cerciorarse que no estén en condiciones de adoptar por sí solas decisiones, ni tampoco de constituir una minoría de bloqueo (Henry, 2000). En tal circunstancia, la lista de casos no debería ser cerrada, sino una lista abierta que pueda ser utilizada como un medio de legitimación legal de casos no expresamente previstos en la norma (Del Campo, 2004).

Reuniones

El funcionamiento de los órganos internos está regido por los principios de autorregulación, colegialidad, asistencia física y democracia. Sempere (2002) cree que la asistencia física debe ser objeto de una interpretación flexible (fruto del estado actual del avance de la tecnología en el campo de la telemática) por el que podríamos denominar “*principios de asistencia simultánea*” en atención a los medios que actualmente proporciona la telemática: videoconferencias, circuito cerrado de televisión, sesión virtual, voto electrónico, pero este procedimiento sólo será válido si está regulado por el estatuto, y si se produce según el régimen virtual dispuesto. La frecuencia de sus reuniones es materia del estatuto.

Convocatoria

La convocatoria se caracteriza por su falta de formalismo; no precisa constancia de orden del día, ni de formas especiales en su anuncio (puede ser por teléfono) ni plazos amplios entre el anuncio y la fecha de la reunión (Pastor, 2002) acorde con el carácter permanente y las funciones propias del órgano directivo. No obstante, se puede exigir formas y requisitos específicos. Tal nivel de flexibilidad –señala Vargas (2009)- solo será posible en ausencia de norma estatutaria, o de acuerdo de la asamblea.

Lo que no se debiera hacer es someter a los consejeros a asuntos por sorpresa a no ser que estén todos presentes y estén de acuerdo con su celebración, lo que nos llevaría a lo que se denomina consejos universales, a los que se aplicarían por analogía lo previsto para las asambleas universales.

Quórum y mayorías

Esta materia puede estar determinada en la ley o regularse mediante remisión al estatuto. En cuanto al carácter secreto o no de las votaciones, debería ser materia a establecer en el estatuto, y si así fuese expresamente solicitado por algunos de los miembros.

Incluso, puede permitirse que cuando el estatuto lo prevea, el consejo rector podrá adoptar acuerdos sin necesidad de reunirse, mediante votación por escrito, siempre que ningún consejero se oponga a este procedimiento. (García-Jiménez, 2001). Otros, consideran no posible esta alternativa, requiriéndose, en todos los casos, la efectiva presencia de los consejeros en la reunión.

NÚMERO DE MIEMBROS

El número de integrantes del órgano directivo puede ser igual para todo tipo de empresa solidaria, o según el tipo y el número de miembros que tuviere cada una. El número máximo de 15 es el recomendado en informes internacionales, de suerte que se impidiese una indeseable masificación del órgano de administración que pudiese llegar a entorpecer su operatividad (Tato, 1999).

El Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo de 2006, tras señalar que el número de miembros afecta la eficacia del consejo e influye sobre la calidad de sus decisiones (un número suficiente le da capacidad de deliberación y riqueza de puntos de vista, pero un número excesivo puede favorecer la inhibición de los consejeros e ir en detrimento de la efectividad e incluso cohesión del consejo) recomienda que tenga la dimensión precisa para lograr un funcionamiento eficaz y participativo, entre 5 y 15 miembros. Acá, lo más conveniente es la flexibilidad en la elección de la composición de los órganos sociales (en: Vargas, 2009).

En todo caso, al tamaño y la composición apropiados de una junta directiva dependen del tamaño de la cooperativa, de la industria, y de las capacidades operacionales. En tal sentido, Los estatutos determinan el tamaño y la composición de la junta directiva. La ley no debe prescribir cuotas u otros criterios específicos para seleccionar a la junta directiva más allá de un mínimo absoluto para la toma de decisión colectiva (ej... tres o más miembros) (Clarity, 2006).

Sobre el número mínimo, nada se establece expresamente al respecto. Sin embargo, salvo el caso del órgano directivo unipersonal, el número mínimo de integrantes debería ser de tres, porque con este número se cubren las funciones clásicas de los cuerpos de administración: presidencia, secretaría y tesorería.

Se pueden establecer algunos cargos como obligatorios (por ejemplo, presidente, secretario y tesorero, por ejemplo) y otros facultativos. Sobre el secretario, Vargas (2009) habla de las ventajas de la profesionalización de este cargo que reconocen casi todas las legislaciones al posibilitar que lo ocupen personas no socias (podría ser el letrado asesor). En tal caso, tendría voz pero no voto en las deliberaciones del consejo, y estará obligado a guardar secreto sobre los asuntos concernientes a la cooperativa. Señala que es necesario la independencia, imparcialidad y estabilidad del cargo.

ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL PRESIDENTE

Acerca de su naturaleza

Hay una polémica respecto a si el presidente es órgano de la empresa o simple ejecutor de la voluntad de ésta. Para Alonso (2001) parece más correcto concebir al presidente como titular de las facultades de ejecución de los acuerdos y actuaciones del consejo rector dentro del margen legal o estatutario de sus competencias o del concreto que resulte del correspondiente acuerdo de la asamblea, que se explica cómo técnica de protección de los intereses de terceros de buena fe que se relacionan con la empresa a través de la actuación de su presidente y que se presumen *iuris et de iure* (no admiten prueba en contrario).

Ciertas legislaciones que atribuyen al presidente del órgano directivo el ejercicio del poder de representación que corresponde a éste, también le hacen responder en caso de que ejerza aquel poder de representación de forma contraria a los acuerdos adoptados por la asamblea o por el propio órgano (Tato, 2013).

Urgencias

Señala Vargas (2009) cómo en ciertas leyes se dispone que en casos de urgencia el presidente pueda tomar las medidas que considere imprescindibles para evitar cualquier daño o perjuicio a la cooperativa, aun cuando aquellas se inscriban en el ámbito de competencia del Consejo Rector. Se refiere exclusivamente a supuestos de emergencia, y para determinar qué es urgente se debe valorar

necesariamente cada caso concreto en función de cuales sean las consecuencias de la falta de actuación para la cooperativa.

En cuanto al contenido de las decisiones, parece que no se refiere a aspectos relacionados con la gestión ordinaria de la empresa, sino a decisiones extraordinarias, por lo que su empleo debe interpretarse con carácter restrictivo y tiene que informar al consejo lo antes posible de la situación de emergencia y de las medidas adoptadas. Ahora bien, si aprovechando esta excepción el presidente adoptara decisiones que corresponden al consejo puede ser fuente de responsabilidad por extralimitación, en aquellos casos en los que no esté acreditada la situación de urgencia.

Descentralización del poder del presidente

Con mucha razón, dice Vargas (2009) que las leyes de cooperativas son excesivamente presidencialistas en cuanto que en una misma persona recae la presidencia de la cooperativa, del consejo rector y de la asamblea, y se le otorgan importantísimas facultades representativas que lo convierten en ocasiones en el *factótum* de la cooperativa. El presidente se convierte así en una especie de órgano individual de representación que puede con sus decisiones vincular a la cooperativa con terceros con los riesgos y peligros que para el tráfico y para la propia sociedad esto conlleva.

Se impone la eliminación del excesivo poder al presidente que mal usado, puede comprometer gravemente a la cooperativa y se debería atribuir la representación legal al órgano de administración, y que este sea el que por acuerdo interno de la asamblea o del propio consejo atribuya la representación legal al presidente, de manera que la legitimación de la actuación del mismo dependa de la previa decisión del consejo.

Igualmente, se aconseja la adopción de medidas de contrapeso que eviten la excesiva concentración de poder en una persona (Código Unificado del Buen Gobierno, España, 2006) como son:

1. Que el presidente, como responsable del eficaz funcionamiento del consejo, se asegure que los consejeros reciban con carácter previo información suficiente; estimule el debate y la participación activa de los consejeros durante las sesiones del consejo, salvaguardando su libre toma de decisión y expresión de opinión; y organice y coordine con los presidentes de las comisiones relevantes la evaluación periódica del consejo, así como, en su caso, la del consejero delegado o primer ejecutivo.
2. Aun cuando generalmente la convocatoria del consejo corresponde a su presidente que podrá actuar por iniciativa propia o a instancia de cualquier integrante, se faculte a uno de ellos para proceder directamente a la convocatoria si su petición no es atendida por el presidente pero logra la adhesión de cierto porcentaje de los integrantes. Ello se extendería a la inclusión de nuevos puntos en el orden del día.

COMPETENCIA DEL ÓRGANO DIRECTIVO

Naturaleza de su competencia

Es importante recalcar que es la empresa solidaria quien tiene la capacidad de derecho para el cumplimiento de sus fines, pero son sus órganos -integrados por personas físicas- los que tienen la capacidad de ejercicio de esa capacidad de derecho y según sean los deberes y atribuciones que la ley atribuye a cada órgano queda establecida su competencia (Moirano, 2005).

De manera que de acuerdo con lo que establezca el texto legal, la competencia del órgano directivo puede ser indicativa (enunciativa) o taxativa (sólo aquellas atribuciones que le son expresamente atribuidas). Pero, su competencia puede ser atractiva y residual, a la vez. Se puede afirmar que tiene unas competencias necesarias y una competencia residual. Siempre asume la gestión la empresa. Y, además, podrá asumir todas aquellas facultades que ni la ley ni el estatuto le atribuyan a otro órgano social: competencia residual (Tato, 1999).

En ciertas legislaciones se reconoce expresamente que el estatuto pueda facultar a la asamblea para impartir instrucciones o someter a su autorización

determinadas decisiones que sean competencia del órgano directivo. En opinión de Pastor (2002) esa participación de la asamblea en asuntos de gestión debería acortarse a aquellos que recaigan sobre la gestión extraordinaria, configurándose de este modo la posibilidad apuntada como un importante mecanismo de control inter-orgánico. Por el contrario, la posibilidad de intromisión de la asamblea en asuntos de gestión ordinaria dificultaría el normal funcionamiento del órgano de administración.

Poderes

La función esencial del órgano directivo es el gobierno de la empresa. Y por tal, cabe entender el conjunto de competencias, facultades y obligaciones precisas en función de la explotación profesional del objeto social de la entidad, del desarrollo de la actividad cooperativizada con los socios y de la representación de la cooperativa en las relaciones de ésta con los socios y terceros, ejercidas sobre un principio de corresponsabilidad con los demás órganos de gobierno de la cooperativa y, en especial, con su asamblea como órgano supremo de la misma (Alonso, 2010).

Señala Alonso (ídem) que las competencias le corresponden *in toto* y, por tanto, puede ejercerlas en todo o en parte de forma directa o indirecta. El consejo rector no puede en ningún caso renunciar al directo y efectivo ejercicio de las competencias que en cada caso, supongan alta gestión de la cooperativa y supervisión de los directivos.

El órgano directivo tiene poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, los cuales comprenden, entre otros, los siguientes: poderes de representación; poderes de disposición sobre los bienes sociales; poderes de representación estatutaria interna; y poderes de gestión de personal (Márquez, 2002).

El ejercicio de las facultades o potestades que correspondan a su competencia de acuerdo a la ley y al estatuto, es una actividad que efectúa (como todo cuerpo colegiado) a través de la adopción de decisiones, llamadas acuerdos.

Representación legal

El primer cometido del órgano directivo consiste en la facultad de traducir las concretas decisiones de gestión empresarial en declaraciones de voluntad o manifestaciones de voluntad de trascendencia jurídica (Tato, 1999).

Coincidimos con Alonso (2010) que la facultad de representación ha de atribuirse de forma clara y unitaria al tratarse de un ámbito de competencias que, por razones funcionales a nivel interno y de seguridad del tráfico a nivel externo, no admite bien matizaciones ni limitaciones en el orden legal si lo que se persigue es asegurar el buen funcionamiento de la cooperativa a nivel interno y preservar la seguridad del tráfico jurídico de la cooperativa con terceros e incluso con sus mismos socios

Puede ser el presidente del cuerpo o el gerente quien ejerce la representación de la entidad en todos los actos comprendidos dentro del objeto social, tanto los directamente comprendidos dentro de este, como aquellos otros (actos conexos) que constituyan medios auxiliares para el desarrollo de ese objeto. Ahora bien, como quiera que la representación es de origen legal, para actuar se debe acreditar la realidad del nombramiento.

También, podría darse un sistema de representación colectiva por el que se exige la colaboración de todos los miembros del órgano en el acto de representación, debiendo todos ellos suscribir conjuntamente el contrato en nombre de la entidad (Tato, 2013).

Para algunos, el representante ejerce la representación legal con la mayor amplitud posible, abarcando no sólo los casos de gestión ordinaria (de carácter corriente, habitual o no excepcional) sino, también, los actos de disposición o excepcionales, siempre que no sean total y notoriamente extraños al objeto social, o que afecten su existencia misma, y que no es oponible a terceros cualquier limitación estatutaria para su ejercicio.

No obstante, algunos opinan lo contrario, exigiendo al tercero que contrata con la empresa el conocimiento cabal de las normas internas, aún excepcionales, que puedan limitar o condicionar el poder representativo de la misma.

La opinión prevaleciente es que el órgano directivo representa válidamente a la empresa en los actos de desarrollo o ejecución del objeto social, sea de forma directa o indirecta, o los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes, y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente los actos contradictorios o denegatorios del objeto social (García-Más, 2001).

En sentido contrario, para Martínez (2004) no es posible admitir la introducción de límites en el poder de representación, y que los mismos pueden ser oponibles al tercero, si son conocidos por el mismo o, en atención a las circunstancias del caso, resulte imposible su desconocimiento.

Administración o gestión de la empresa

El órgano directivo tiene facultades de administración del patrimonio de la cooperativa organizado como empresa (Tato, 1999). Lleva a cabo los actos necesarios para el cumplimiento del objeto social en beneficio de la sociedad y en resguardo de su interés social, en el entendido que debe haber algún beneficio o contraprestación para la empresa por todo acto realizado, así sea de carácter unilateral.

Ahora bien, habría que distinguir entre la administración ordinaria y la extraordinaria para determinar al alcance de las atribuciones del órgano directivo. Compartimos con Baigún y Bergel (1991) en que los primeros son los actos de disposición de las rentas y de conservación y goce de los bienes capitales; y actos de administración extraordinaria, todos los demás. De manera que tendría capacidad para efectuar los primeros, más no los segundos, que dependerían de una decisión expresa de la asamblea.

Otras competencias

1. De autorregulación.

Normalmente la ley autoriza al consejo a dictar las normas de funcionamiento, aunque se exige que las mismas sean sometidas a la asamblea. Salvo que el estatuto exija su ratificación por la asamblea o en caso de silencio del mismo en este punto, Tato (2013) considera que la asamblea se limita a tomar conocimiento de las normas aprobadas por el consejo, y que la sujeción a la aprobación de la asamblea implicaría una importante limitación a las facultades de autorregulación del mismo.

2. De supervisión y control

El consejo de administración ha de asumir como función esencial la fijación de la estrategia y control de su ejecución por la dirección, así como hacer cumplir las disposiciones legales y estatutarias que obligan a la entidad. Es más, el órgano directivo debería configurarse como un instrumento de supervisión y de control dirigido a alinear los planes de quienes gestionan la entidad con los intereses de quienes aportan los recursos y soportan el riesgo empresarial (Comisión, 1998).

3. Ejecución de los acuerdos de la asamblea.

Es el caso que existirán ocasiones en las que el consejo rector, por su propia naturaleza de órgano subordinado al órgano supremo de expresión de la voluntad social (la asamblea) deberá respetar y cumplir los acuerdos previamente adoptados por la asamblea (Tato, 1999) aunque no sean partidarios de los mismos o no los compartan.

LOS DIRECTIVOS INDEPENDIENTES

Problemática

En los últimos tiempos se viene hablando de esta figura (común en el ámbito de las sociedades mercantiles). Su traslado al área solidaria (particularmente en las cooperativas financieras) se fundamenta en que es una realidad que el mercado exige la adopción de decisiones en base a experiencias y criterios debidamente

informados, y estos, muchas veces yacen en profesionales, ejecutivos y técnicos de primer nivel, de reconocida trayectoria que no desean ser miembros de cooperativas. Es más, las mismas empresas no pueden incorporarlos a los órganos directivos por no quebrar el principio que exige que éstos sean asociados.

Para su introducción se debe ser especialmente cuidadoso de manera que no se traduzca en un quebranto del principio de democracia interna. Se justifica en que la obligación de tener la condición de miembro podía llegar a provocar que ninguno de los integrantes del órgano directivo reuniese los conocimientos técnicos y profesionales necesarios para la gestión del tráfico ordinario de la empresa. Y ante la evidente necesidad de este tipo de conocimientos, se permitía que el estatuto previera la existencia de un director que asumiese las facultades conferidas por la asamblea, facultades que en todo caso, sólo podrían alcanzar el tráfico empresarial ordinario.

Selección

Se puede discutir si debe tratarse de personas vinculadas de alguna manera al sector solidario o provenir de fuera del sector. En Gran Bretaña (*Co-operative comisión*, 2002) se sostuvo que la Federación respectiva debería postular los candidatos a tales cargos, estableciendo la competencia y los títulos requeridos a los directivos externos, autónomos y sin una misión o atribución ejecutiva. Se trata de un número restringido de directivos externos, no ejecutivos, que tengan la capacidad y la experiencia requerida para asesorar a los directivos electos para el consejo de administración.

Argumentos a favor

1. Lo característicos de estos directivos es la exención de dependencia, es decir, no están sometidos a nadie, no están vinculados con el equipo de gestión, con lo que pueden rechazar toda sujeción y sosteniendo así sus derechos y opiniones personales. Aportan un nuevo *know-how*, una alta calificación, siempre propicio para toda sociedad.

2. Permite una mayor estabilidad al órgano directivo, frente a la gran rotación de los miembros de los órganos (Isasmendi, 2004).
3. Señala Tato (1998) que del ingreso de estos técnicos se derivan dos consecuencias positivas: los técnicos serán designados directamente por los miembros constituidos en asamblea; y, estarán sometidos al mismo régimen de responsabilidad que los restantes miembros del consejo de administración.

Argumentos en contra

1. De ser aceptada la presencia de directivos independientes, debe manejarse con mucho cuidado para no desnaturalizar la identidad cooperativa ya que puede tratarse de personas ajenas a los valores y los principios característicos del sector y que, por tanto, puede inclinar las decisiones en sentido no cónsono con éstos.
2. Además, capacitarse es una exigencia doctrinaria que los directivos deben acatar y estar por lo menos en condiciones de formular las consultas que necesiten con criterios firmes y con un mínimo de conocimiento de problema sujeto a la consulta (Moirano, 2009).
3. Habría que sopesar el posible aporte del directivo independiente con el coste económico que significa su presencia en las sesiones del órgano directivo.

Referencias

- Alonso, F. (2001). Órgano de Administración. *La sociedad cooperativa en la ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas*, Granada, Comares
- Alonso, F. (2010). El consejo rector y el administrador único de la cooperativa. *Derecho de sociedades cooperativas de la Región de Murcia*, Pamplona, Aranzadi
- Baigún, D. y Bergel (1991). *El fraude en la administración societaria*. Buenos Aires. Depalma

- 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
- Cuesta, E, (2000). *Manual de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires. Abaco
- Del Campo, I. (2004). El gobierno de las sociedades cooperativas: estudio de la legislación Cooperativa Vasca. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 38. 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
- Genco, R. (1999). Piccola società cooperativa e nuove forme di organizzazione dell' impresa. *Rivista della cooperazione 1/1999*. Roma. Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti
- Gran Bretaña, Co-operative comisión (2002). Gran Bretaña: per un "rinascimento" della cooperazione. *Revista della cooperazione 2/2002*. Roma. Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti
- Henry, H. (2000). *Cuadernos de legislación cooperativa*. Ginebra. OIT
- Isasmendi, E. (2004). La figura del Consejero Independiente en el Gobierno Corporativo de las Cooperativas. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 38. Bilbao, Universidad de Deusto
- Márquez, V. (2002). *Estudios sobre la relación de trabajo*. Caracas, UCAB
- Martínez, A. (2004). El Director General de las Sociedades Capitalistas. Un estudio interdisciplinar. *Revista de Derecho Mercantil*, N. 253. Madrid
- Moirano, A. (2005). El consejo de administración y la sindicatura en las cooperativas de servicios públicos. *Aportes para el desarrollo de las cooperativas de electricidad*. Buenos Aires, Intercoop
- Moirano, A. (2009). *Revisión de los originales del libro Instituciones de Derecho Cooperativo, Mutual y Solidario*, de Alberto García Müller (documento privado)
- Pastor, C. (2002). Consejo Rector (administrador) y dirección. *Revista de Estudios Cooperativos*, 77. Madrid, Aecoop

- 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
- Sempere, C. (2002). Consejo Rector (administrador) y dirección. *Revista de Estudios Cooperativos*, 77. Madrid, Aecoop
- Tato, A. (1998) La nueva Legislación Cooperativa en Galicia. *La legislación cooperativa en España*. Valencia. Ciriec, 1998
- Tato, A. (2013). La Administración. *Tratado de Derecho de Cooperativas. Tomo I*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Vargas, C. (2009). La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 20, Valencia, Ciriec
- Vargas, C. 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
- Vicent-Chuliá, F. (1998). Mercado, principios cooperativos y reforma de la legislación cooperativa (estudio introductorio y de Síntesis). *La Legislación cooperativa en España*. Valencia. Ciriec

18. OTROS ORGANOS DIRECTIVOS

Delegación de competencias del órgano directivo. El comité Ejecutivo. La comisión de miembros. Órgano educativo. Órgano de conciliación y arbitraje. Las secciones. Secciones autónomas. Comités

DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DIRECTIVO

Las empresas solidarias pueden adoptar modelos muy diversos de organización y actuación de su órgano directivo. Este es un órgano que tiene competencia para deliberar sobre materias de gestión; esa competencia es atribuida al órgano y no a los miembros; los poderes de gestión que se refieren a la toma de decisiones, son ejercidos colectivamente, en reunión, a través de deliberaciones.

Ahora bien, como señala Soveral (2002) puede suceder que el estatuto (dentro de permisión legal) autorice al consejo de administración a delegar la “gestión corriente” de la sociedad (de carácter ejecutivo) en uno o más administradores o en un comité o comisión ejecutiva (además hay la delegación “impropia” cuando se encarga a algunos administradores de ciertas materias de administración). La delegación de atribuciones del órgano directivo hacia otros puede aceptarse expresa o tácitamente, en este caso con previa autorización del estatuto.

En particular, se puede realizar delegaciones esporádicas y delegaciones permanentes a favor de una o varias comisiones (delegaciones pluripersonales) o uno o varios consejeros (delegaciones personales, con mandato de actuación conjunta, indistinta, solidaria o colegiada).

Estima Alonso (2001) que el carácter <<permanente>> no significa delegación por tiempo <<indefinido>> sino que la permanencia en la delegación gira en torno a las ideas de extensión, autonomía e importancia de las facultades delegadas.

La delegación puede tener carácter particular más no puede tener carácter general (cesión de todas sus competencias, puesto que entonces dejaría de tener autonomía). Como señala Saint-Jours (1990) el consejo de administración puede delegar, bajo su responsabilidad y control, parte de sus poderes sea al comité

ejecutivo (*bureau*) sea al presidente, sea a uno o varios directivos, sea a una o varias comisiones temporales o permanentes de gestión cuyos integrantes son escogidos entre los directivos, pero en ningún caso el consejo podría desprenderse de la totalidad de sus poderes, y cada delegación de poderes debe referirse a un asunto determinado. Sería posible la delegación en el gerente, en una empresa solidaria especializada en la gestión o en el organismo de integración.

Limitaciones

Sin embargo, la capacidad de delegación viene limitada por las facultades indelegables, cuestión que hay poner en relación con el concepto de *alta gestión* que es competencia única del órgano directivo, lo que significa que la delegación sólo puede alcanzar los aspectos relativos al tráfico empresarial ordinario. Y la delegación no se puede extender a fijar a las siguientes materias que serían exclusivas y excluyentes del órgano directivo, y tal delegación sería nula (Vargas, 2009):

1. Directrices generales de la gestión.
2. Presentar a la asamblea las cuentas anuales y la propuesta de distribución de resultados.
3. Potestad sancionatoria y decisoria sobre la baja e ingreso de socios.
4. Otorgamiento de poderes generales.
5. Prestar avales, garantías o fianzas.
6. Así como a aquellas materias que hayan sido delegadas expresamente por la asamblea

Regulación⁴³

La delegación de la gestión corriente debe estar sujeta a una normativa que contemple:

⁴³ (Soveral, 2002)

1. Los miembros del comité o comisión ejecutiva lo son en cuanto fuesen miembros del consejo de administración, de manera que para que haya delegación es necesario que haya consejo de administración. De manera que el administrador único, de existir, no puede delegar la gestión corriente de la sociedad porque esa delegación debe ser hecha por el consejo de administración que, en el caso, por definición, no existe.
2. No está excluida la posibilidad de que el órgano directivo nombre mandatarios o procuradores que no sean administradores. Pero eso se puede hacer para la práctica de determinados actos o categorías de actos y no para la gestión corriente de la sociedad. O sea, no pueden tener poderes generales para administrar la sociedad o tener los mismos poderes que los administradores.
3. Puede el estatuto (si la ley nada dice o no lo prohíbe) contener autorización para delegar la gestión corriente, lo que no es obligatorio ni necesario. Pero quien delega es el consejo de administración, a través de deliberaciones. El consejo decidirá si delega o no y quien será el delegado, así como cómo decidir cuál será la composición del comité o comisión ejecutiva. La delegación debe tener límites fijados por la propia ley o por el estatuto, los que deben ser establecidos en el acto de delegación.
4. Al darse la delegación, los restantes miembros del consejo de administración dejan de tener el deber de deliberar, en consejo, sobre las materias delegadas, pero mantienen el poder, esto es, tiene el consejo de administración competencia concurrente para deliberar sobre las materias objeto de la delegación.
5. En cuanto a las materias delegadas, quien pasa a tener el deber de actuar es el administrador o el comité o la comisión ejecutiva que recibió y aceptó la delegación y el consejo de administración deja así de tener el deber de actuar colegialmente en relación a estas mismas materias.
6. En caso de daños causados por los delegados actuando como tales, a socios, a la sociedad o a terceros, los directivos que no fueron delegados, no serían, en principio, responsables, salvo cuando tuvieron conocimiento

de los actos u omisiones causantes del daño; o cuando cumpliendo sus deberes de vigilancia tuvieron conocimiento del acto u omisión del delegado y no provocaron la intervención del consejo de administración para tomar las medidas adecuadas.

7. Los miembros del consejo de administración que no son delegados o miembros del comité o comisión, tienen el deber de vigilancia general en cuanto a la actuación de quienes fue efectuada la delegación, pero no de cada uno de los actos que ellos practican. Se trata de un deber de vigilar la andanza general de la gestión en cuanto a las materias delegadas. Si los actos practicados ya vincularan a la sociedad frente a terceros, la sociedad podría tratar de extinguir las relaciones que se hayan constituido, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de los administradores delegados frente a la sociedad.
8. Los miembros del consejo de administración tienen el deber de actuar con la diligencia de un gestor criterioso y ordenado y son responsables cuando la actuación u omisión de los delegados hubieren causado perjuicios a la sociedad y es solidaria frente a todos los miembros del consejo de administración.

COMITÉ O COMISIÓN EJECUTIVA (MESA DIRECTIVA)

Se parte de la premisa que el sistema colegial de funcionamiento del órgano directivo se revela poco ágil ante el ejercicio del poder de representación, ya que cada actuación del órgano directivo requeriría su convocatoria, constitución, deliberación, acuerdo, documentación y encomendar su ejecución, con lo que se abre la posibilidad de las comisiones ejecutivas (Gadea, 1999).

De manera que en muchas empresas se crea un comité ejecutivo que, para Cuesta (2000) representa un equipo de trabajo, de creación facultativa, que no configura un órgano, que debe figurar en el estatuto o reglamento interno, y su competencia se limita al manejo de los asuntos de rutina, pudiendo el consejo de administración dejar sin efecto las decisiones que adopte, cualquiera que sea la

índole de éstas. Se trata de grupos de directivos que deben actuar colegiadamente.

Supone la creación de un cargo de gestión inmediata que se enmarca dentro del propio Consejo, y su titular es un consejero, con la aplicación de su estatuto legal (remuneración, responsabilidad, elección, etc.) y ostenta el mismo poder de representación y de gestión *ex lege* que el órgano delegante.

El órgano directivo puede realizar delegaciones esporádicas y delegaciones permanentes a favor de una o varias comisiones (delegaciones pluripersonales) o uno o varios consejeros (delegaciones unipersonales), con mandato de actuación conjunta, indistinta, solidaria o colegiada. Las primeras se denominan comisiones ejecutivas o delegadas y los segundos consejeros delegados, y ambos están compuestos o son consejeros a los que se les encomienda la realización separada de todas o algunas de las facultades delegables del órgano directivo.

El Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo, 2006 (CUBC) recomienda que la estructura de la comisión delegada sea similar a la del propio consejo y su secretario sea el del consejo; y que el consejo tenga siempre conocimiento de los asuntos tratados y de las decisiones adoptadas y que todos los miembros del consejo reciban copia de las sesiones de la comisión delegada (Vargas, 2015).

Otros (Pastor, 2002) afirman que no son sino supuestos de delegación de facultades o de apoderamiento, de origen voluntario, y cuyo ámbito, extensión y configuración no vienen delimitados directamente por la ley, sino por la voluntad del órgano social. Afirma que esa delegación da nacimiento a un verdadero órgano social, cuya estructura puede venir determinada por el estatuto o por el propio acuerdo de delegación del consejo.

El comité o comisión ejecutiva se caracteriza por ser un grupo de consejeros delegados cuyas facultades han de ejercitarse según el régimen colegial de funcionamiento. Está integrado por algunos de los miembros del consejo de

administración, normalmente el presidente y varios consejeros, siempre que lo prevean las normas internas.

Está encargado de dar ejecución a las deliberaciones del consejo de administración y asegurar la continuidad de la gestión ordinaria. Está investido de poderes tan vastos que autorizan a sustituir al mismo consejo en la gestión social, siempre que el estatuto lo permita; no se le puede delegar las atribuciones propias del consejo y específicamente la redacción de los estados financieros, aumento y reducción del capital social (Nazzaro, 1972).

LA COMISIÓN DE MIEMBROS

Es un órgano interno previsto en la ley de cooperativas de Quebec cuando la empresa no pase de 25 asociados. La comisión de miembros asume a la vez las funciones de los órganos deliberante, directivo y ejecutivo, y presenta los siguientes caracteres: administración colectiva; la totalidad de los miembros asume las funciones administrativas; inexistencia de órgano ejecutivo; número reducido de miembros, plazo menor de un año; consentimiento de una mayoría muy calificada de los miembros y aprobación de la Autoridad de aplicación (Noel, 1982).

ÓRGANO EDUCATIVO Y DE PROMOCIÓN

Es el órgano interno encargado de impartir la educación solidaria y la capacitación técnica requerida para la consecución de los objetivos de la empresa.

Normalmente es colectivo y tiene carácter obligatorio, permanente y está dotado de autonomía, aunque hay la tendencia a disminuir su importancia y convertirlo en un órgano individual, facultativo y transitorio, sin autonomía propia, y con menos recursos financieros adecuados, sobre todo en empresas de pequeño número de miembros.

Corresponde su designación bien sea al órgano deliberante o al órgano directivo y está integrado por miembros de la empresa, aunque en ocasiones se admite que

lo compongan terceros relacionados. En otros casos, sus funciones se atribuyen a un integrante del órgano de dirección y gestión.

Tiene por atribuciones preparar y ejecutar el plan y los programas de educación y capacitación, para lo cual emplea los fondos destinados a financiar esas actividades. Presenta informe ante la asamblea y el órgano directivo, con la periodicidad determinada en el estatuto. Dentro de esta función, cualquiera sea el órgano o la persona que la desempeñe, es imprescindible también ocuparse, en los términos del principio respectivo, de la información dirigida al público en general y especialmente a los jóvenes y líderes de opinión, según el principio general al respecto.

ÓRGANO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

Concepto

El órgano de conciliación y arbitraje es el órgano interno que tiene la facultad de actuar como conciliador en los conflictos internos de la empresa, y caso de no lograr el avenimiento, actuar como arbitrador. Es el órgano encargado de resolver los recursos presentados contra las sanciones impuestas a los miembros por el órgano de administración, en cuyo caso, sustituye a la asamblea en esta actividad. Obedece a la idea de agilización en la toma de decisiones en el ámbito de sus competencias y, por tanto, eludiendo la lentitud y complejidad del procedimiento asambleario (Parras, 2013).

Tiene su justificación en el descongestionamiento de la asamblea, y en la búsqueda de objetividad y profesionalidad interna. Su existencia puede parecer aconsejable en las cooperativas con elevado número de miembros en las que la convocatoria de una asamblea para la resolución del recurso interpuesto por un miembro pueda generar problemas organizativos y significativos costes económicos (Tato, 1999).

La existencia de este comité tiene singular utilidad por cuanto contribuye a la seguridad jurídica, puesto que elimina la prolongación de situaciones de

descalificación de miembros sancionados por falta grave o muy grave que podrían durar muchos meses hasta la asamblea. Además, como señala Paz (1989) incentiva la participación de los miembros; contribuye a la inmediatez y eficacia del control; otorga mayor independencia y sosiego a la resolución de los recursos; le da mayores garantías al inculcado y descongestiona la asamblea.

Fuentes

Las normas internas deben prever tanto su existencia como su composición, duración de sus integrantes en el cargo, convocatoria, quórum, mayorías y actas. En ausencia de norma estatutaria, se estima que el principio de autorregulación es consustancial a todo órgano colegiado, por lo que se debe reconocérsele, tanto al órgano administrativo como al comité de recursos, si existe (Tato, 1999).

Integrantes

Normalmente son pocos y son designados por la asamblea, por votación, por una duración determinada, pudiendo ser reelectos. Sus integrantes deben ser miembros de la empresa solidaria de comprobada honorabilidad y experiencia. Y deben actuar con ponderación, imparcialidad y con sujeción más a la equidad que a la legalidad.

No pueden la condición de directivo ni tener relaciones de familia hasta determinado grado de afinidad o de consanguinidad con el miembro afectado por la decisión que les toca pronunciar; tener con el mismo amistad o enemistad manifiesta, relación de servicio con este, o tener relación directa con el objeto de la controversia, o intereses en el mismo. En fin, no estar incurso en algún supuesto que pudiere dar lugar a una abstención (inhibición) o una recusación.

Competencias

El comité de recursos tiene competencias resolutorias más allá de las reclamaciones contra las sanciones impuestas por el consejo de administración. Si así no fuese, sería injustificado, pues sería sólo para situaciones graves poco frecuentes. De manera que el estatuto tiene amplio margen para definir y ampliar

las competencias, siempre que sean de carácter revisor (esto es, decidan reclamaciones) y que no traben de alguna manera la actividad empresarial. El estatuto puede prever que sean recurribles no sólo decisiones del consejo directivo, sino que también puedan ser recurribles decisiones del órgano fiscalizador, o del titular de la gerencia.

Su competencia es taxativa, en el sentido que no existe una competencia revisora de carácter implícito, tácito o prescrito en favor del consejo rector (Paz, 1989). En particular, la ley y, o el estatuto asignan al comité de recursos competencias en materia de admisión y baja de miembros, sobre el ejercicio del derecho de información, en materia sancionatoria y de impugnación de acuerdos nulos o anulables.

*Normas de funcionamiento*⁴⁴

1. Periodicidad: obliga a decidir en plazos bastantes breves, por lo que tendrá que celebrar una o dos sesiones al mes, según el volumen de casos a decidir.
2. Convocatoria: el estatuto la regulará.
3. Quórum: mitad más uno; al ser impar, se calcula por defecto (y así, por ejemplo de 7-4).
4. Asistencia: personal. Conviene que haya suplentes. El estatuto debe determinar si determinadas personas que no sean titulares del consejo pueden asistir con voz y por el tiempo estrictamente indispensable.
5. Mayoría: normalmente la mitad más uno de miembros asistentes.
6. Voto: siempre que se trate de materias en las que -si no existiera el citado comité—tendría que decidir la asamblea por votación secreta, en principio, tal habrá de ser el sistema aplicable. La ley española atribuye imperativamente el voto dirimente del presidente.
7. Abstención en conflicto de intereses por parentesco de consanguinidad/afinidad dentro del 2º y la relación de servicio: cubre todos

⁴⁴ (Paz, 1989)

los supuestos: civil, laboral, administrativo, jerarquía. El estatuto puede ampliar los supuestos del conflicto de interés.

LAS SECCIONES

Normalmente, las secciones se vinculan a las cooperativas con funciones múltiples. Cuando una cooperativa se dedica a diversas actividades y cuenta con socios a los que sólo interesa una de ellas, constituye distintas secciones dentro de la cooperativa de manera que el socio, siéndolo de la entidad, se adscribe a una u otra sección según le convenga. Sin embargo, las secciones también pueden aparecer en las cooperativas que desarrollen una misma función porque se considera conveniente distinguir determinadas parcelas de esa actividad común: el desarrollo de unas actividades particulares gestionadas autónomamente (Gadea, 1999).

La ley de cooperativas de Uruguay (2008) prevé secciones que desarrollen actividades específicas complementarias del objeto social principal, en cuyo caso deben llevar contabilidad independiente, y cuya representación y gestión corresponde al órgano directivo de la cooperativa.

La sección de crédito⁴⁵

Cualquier clase de cooperativa que no sea de crédito (salvo que la legislación lo prohíba como es tendencia actual en Latinoamérica) podrá prever en su estatuto la existencia de una sección de crédito, que deberá aprobarse en asamblea, sin personalidad jurídica independiente ni patrimonio propio, que actuará como intermediario financiero en las operaciones activas y pasivas de la cooperativa y de sus socios.

Las secciones de crédito son, como su propio nombre indica, una sección creada dentro de la cooperativa, y cuya finalidad es realizar las actividades propias de las

⁴⁵ (Hidalgo y Bernabéu, 2014; Valenzuela y Valenzuela, 2013)

entidades financieras en el seno de la cooperativa, con el objetivo básico de satisfacer las necesidades de socios y otras secciones de la cooperativa.

Características:

1. No tienen personalidad jurídica propia y se constituyen en el seno de la cooperativa.
2. Debe recogerse su constitución en los estatutos de la cooperativa.
3. La actividad de las secciones de crédito no puede ser la principal de la entidad.
4. Mantienen contabilidad separada y su gestión debe ser independiente del resto de secciones.
5. Funciona con una asamblea propia, aunque controlada por la asamblea de la cooperativa
6. Restringe sus operaciones pasivas y activas al estricto círculo de la propia cooperativa y sus socios

A través de la sección de crédito los socios participan en el mantenimiento de una estructura de pasivo sólida en la cooperativa, actuando como proveedor de recursos cuando realiza un depósito, y como cliente cuando demanda un crédito. Esta actividad se extiende a asociados, familiares directos, trabajadores e incluso ex-socios, dependiendo de dónde se localice la cooperativa, de manera que se genera un amplio abanico de actividad que posibilita la consecución de los objetivos de la sociedad cooperativa con el apoyo de la actividad desarrollada a través de la Sección de Crédito.

En este sentido, es importante destacar que la finalidad de las secciones de crédito, se puede resumir en la contribución a la consecución del objeto social de la cooperativa, concretándose en las siguientes facetas:

1. Contribuir a la financiación de las operaciones de la sociedad.
2. Contribuir a la financiación de las actividades de las personas socias vinculadas a la actividad de la sociedad.

3. Gestionar de manera conjunta las disponibilidades líquidas de las personas socias y de la propia entidad

Con el objeto de gestionar eficazmente sus fondos, podrá colocar sus excedentes de tesorería en depósitos de otras entidades financieras, fondos públicos y valores emitidos por empresas públicas, siempre y cuando el depósito realizado reúna garantías suficientes de seguridad y liquidez.

El volumen de las operaciones de las secciones de crédito no podrá superar en ningún caso un porcentaje (normalmente no mayor del cincuenta por ciento) de los recursos propios de la cooperativa.

La sección de crédito deberá llevar una contabilidad separada e independiente, sin perjuicio de la general de la cooperativa. Las cooperativas con sección de crédito someterán anualmente sus estados financieros a auditoría externa y depositarán el informe de auditoría junto con las cuentas anuales aprobadas.

SECCIONES AUTÓNOMAS

Concepto

Las secciones autónomas son departamentos de una empresa solidaria que se crean para la gestión de servicios o para la realización de actividades diversas en forma autónoma. Son secciones que desarrollan, dentro del objeto social, actividades económico-sociales específicas con autonomía de gestión, patrimonio separado y cuentas de explotación diferenciadas, sin perjuicio de la contabilidad general de la cooperativa (Henry, 2000).

Son las demarcaciones dentro de una empresa solidaria que asumen el desarrollo de unas actividades económicas o sociales particulares y específicas, derivadas o complementarias de su objeto social y que van a ser gestionadas en forma autónoma. En las mismas se pueden involucrar todos los miembros que se interesen en esa actividad específica o sólo un sector o un grupo de miembros.

Tienen su justificación en las características especiales que presentan un sector o grupo que exigen un amplio margen de autonomía o de independencia para actuar

Objetivos

El desarrollo de actividades especializadas: desarrollar, de manera separada, actividades económicas específicas, derivadas o complementarias a su objeto social. La actividad en desarrollo debe estar contemplada en el objeto social, pero no tiene por qué ser una actividad homogénea a la actividad principal. Se trata de una concreción o especialización del objeto social.

Para Santos (1981) dentro del objeto, una parcela o aspecto de este, o una función determinada, son llevados a esta especial instrumentalización en qué consiste la sección. También, por la ubicación geográfica de algunos sectores de la empresa, o la existencia de grupos de miembros con caracteres específicos. Las secciones de componen por un grupo de miembros (todos o algunos) de la entidad.

Ofrece una opción válida para la diversificación de actividades de la cooperativa y de separación de patrimonios y riesgos, siendo un instrumento adecuado para superar las dificultades jurídicas de las cooperativas para tener filiales.

Órganos internos:

Las secciones autónomas pueden contar con:

1. Órgano deliberante:

Integrado por los miembros de la sección, en la que pueden delegarse competencias propias de la asamblea sobre aquellas materias que no afecten el régimen general de la cooperativa y cuyos acuerdos se incorporan al libro de actas de la sección, que obligarán a todos los inscritos en ella (García-Jiménez, 2001).

Esta asamblea es la que decide cómo debe gestionarse la sección, pudiendo estar sujetos sus acuerdos a suspensión por el órgano deliberante de la empresa.

2. Órganos directivo, de control y ejecutivo.
Fajardo (1997) afirma que no existe un órgano de gestión propio de la sección y distinto del de la cooperativa; el mismo consejo rector de la cooperativa es el que ostenta la facultad de gestión de la sección.
3. Un órgano de control interno y una gerencia propia, sin que ello altere las facultades de la gerencia general de la unidad.

Normativa operativa

1. Aspectos generales:
Previsión en ley y el estatuto; viabilidad; contabilidad separada o independiente, sin perjuicio de la contabilidad general; Registro de miembros adscritos.
2. Advertencia a terceros contratantes.
Los terceros deben comprometerse a no perseguir directa o indirectamente los demás bienes de la cooperativa mientras queden bienes afectos a la sección. La obligatoriedad de esta prelación viene, por tanto, del consentimiento expreso de las partes, y no de la estructura cooperativa” (Fajardo, 1999);
3. Sujeción de la sección al plan general; a los acuerdos de asamblea, así como a las directrices de los órganos directivos y ejecutivo general. Control por parte del órgano directivo, quien podría acordar la suspensión de los acuerdos de la asamblea de la sección, motivando debidamente su decisión, hasta decisión de la asamblea de la cooperativa.
4. Distribución de resultados diferenciada, salvo norma estatutaria en contra.
Aclara Viguera (2011) que la contabilidad diferenciada lleva consigo una aplicación de resultados separada de la de la cooperativa en general, puesto que la existencia de un patrimonio separado debe posibilitar la aplicación de sus propios excedentes y pérdidas.
De lo contrario, la responsabilidad de primer grado (de la sección) quedaría diluida o vacía de contenido con el paso del tiempo, dado que, al insertarse todos los resultados en la contabilidad general directamente, el patrimonio

quedaría petrificado e inmóvil desde un primer momento, perdiendo, además, el dinamismo intrínseco a una masa que se expone al riesgo derivado del desarrollo de su objeto social.

5. En cuanto al derecho de reembolso, parece que el socio adscrito a la sección tendrá derecho de reembolso de sus aportaciones, valorado exclusivamente sobre el patrimonio de la sección, independientemente del resto de la cooperativa (ídem).
6. La representación y gestión corresponda únicamente al consejo de administración. Sin embargo, es posible delegarle competencias propias de la asamblea, sobre materias que no afecten el régimen general de la entidad.

Patrimonio separado

La sección puede tener un patrimonio propio afecto a la actividad que se desarrolla, siempre que haya sido autorizado expresamente en la ley y figure en el estatuto. Sin embargo, no es en realidad un patrimonio independiente del patrimonio de la cooperativa; el patrimonio de la cooperativa es único, pero por razones funcionales se destina parte de este al desarrollo de una determinada actividad que es el objeto de la sección (Fajardo, ídem).

En cuanto a su relación con el patrimonio total, está restringido a sus operaciones y es ilimitado por actos de la empresa. Ese patrimonio se destina o aplica exclusivamente al objetivo o actividad especial que desarrolla la sección y está afectado a él, con una relación instrumental, casi de medio a fin. Se trata de un "Instrumento para el funcionamiento y desarrollo de la sección, para la satisfacción de las necesidades de esta, para la promoción y consecución de los fines que a la propia sección se atribuyen" (Santos, 1981).

Naturaleza

El patrimonio destinado a un específico negocio realiza una forma de sub-escisión societaria: se constituye una suerte de sociedad en la sociedad, que aún se relaciona a un objeto más específico y preciso. Podemos decir que aunque existen

como masas patrimoniales delimitadas y afectas a fines distintos, existe una incomunicación de responsabilidad en una sola dirección: los bienes constituidos como patrimonios de afectación no responden de las deudas de la entidad ajenas a su empleo; pero el resto del patrimonio sí responderá de las deudas generadas en el empleo de este fondo, una vez agotados los bienes en que se materializa este (Fajardo, 1997).

Responsabilidad patrimonial frente a terceros

Del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la actividad de la sección responden, en primer lugar, las aportaciones hechas o prometidas y las garantías presentadas por los miembros integrados en la sección, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la cooperativa (Ley de Cooperativas de España, de 1999).

Señala Vargas (2009) que las secciones responderán frente a terceros hasta el límite de su patrimonio y responsabilidades complementarias pactadas, sin que en ningún caso tales terceros acreedores puedan accionar contra el resto de los bienes de la cooperativa, contra otras secciones o, en su caso, contra otros socios. Las secciones tienen un pasivo propio y ello tanto porque responden sólo los bienes que integran aquellos centros de imputación como porque tales bienes están especialmente afectos a su pago.

Sin embargo, hay una responsabilidad subsidiaria o de segundo grado de la propia cooperativa por las deudas de la sección, aunque en el estatuto se haga uso de la posibilidad que concede la ley y se constituya un patrimonio separado afectado a las actividades de ésta.

La sección conforma un centro autónomo de imputación de derechos y obligaciones, responsable del cumplimiento de sus deudas, aunque no completamente independiente o formalmente desvinculado de la cooperativa, puesto que el patrimonio general también responde de las deudas de la sección, si bien en segundo grado. Por lo anterior, si la cooperativa paga se convierte en acreedora de la sección (Viguera, 2011).

Los acreedores de la sección son acreedores privilegiados ya que se les reconoce prioridad para el cobro de sus créditos sobre el patrimonio separado y, posteriormente, si ese patrimonio es insuficiente podrán dirigirse contra el resto del patrimonio de la cooperativa, en concurrencia con los acreedores generales de ésta. Por ello, los acreedores generales de la cooperativa son quienes más deben ser informados de esa circunstancia excepcional y anómala en detrimento de sus acreencias.

El patrimonio de la sección cumple una función residual de garantía: por ello el legislador permite que se establezca una prelación entre los bienes que garantizan la responsabilidad de la cooperativa por las deudas procedentes de actividades desarrolladas bajo una sección. Para Paniagua (2005) la ley permite sostener que para que juegue la prelación patrimonial comentada bastará con que el tercer contratante conozca, o dadas las circunstancias debiera conocer, que había contratado con una sección cooperativa.

COMITÉS

Son los órganos internos de la persona jurídica; las comisiones de trabajo designadas por el estatuto, asamblea u órgano directivo. Son unidades o cuerpos a quienes las normas externa o internas asignan funciones determinadas, bien sean consultivas o ejecutivas.

Pueden ser de creación obligatoria o facultativa y sus decisiones tienen el valor que les asignan la ley, el estatuto y las decisiones de los órganos internos que las establecen.

Si el estatuto que lo crea nada dicen al respecto y la ley no lo obliga a acoger la opinión de los comités, debe entenderse que las decisiones adoptadas por los comités son simples recomendaciones, pues de otra manera se le cercenaría el poder de decisión al consejo de administración (Ardiles, 1979).

Tienen como justificación incentivar la participación en actividades de la empresa al mayor número de miembros y la distribución de tareas entre ellos, de manera de promover la autogestión.

Según Ezai (2006) la regulación legal de las secciones sólo tiene verdadera utilidad cuando incluye disposiciones específicas que hacen posible configuraciones organizativas o económicas que, a falta de tal regulación, no serían legalmente posibles, o cuya viabilidad legal sería al menos dudosa.

Como criterio general, esta regulación de las secciones debe permitir la máxima diferenciación de actividades tanto a nivel organizativo como patrimonial y, en concreto: la posibilidad de distribución diferenciada de resultados por las operaciones de las cooperativas con sus socios. La posibilidad de establecer juntas de socios y órganos de administración específicos por secciones, sin perjuicio de las responsabilidades globales asumidas por los órganos sociales de la cooperativa.

Tipos de comités⁴⁶

1. La comisión electoral encargada de dirigir el proceso electoral en los casos en que se efectúe la elección de los directivos fuera del ámbito de la sesión del órgano deliberante.
2. Comité financiero: sugerir medios para un financiamiento adecuado y emprender campañas para aumentar el capital; sugerir medidas de largo alcance para el financiamiento de la cooperativa; colaborar en el análisis de los resultados financieros; y recomendar al consejo la forma de distribución de los remanentes (excedentes) al final del ejercicio (Molina, 1968).
3. Comité consultivo; en empresas escolares, integrado por maestros o profesores y representantes legales de los menores.
4. De morosidad: en empresas de ahorro y crédito para gestionar la recuperación de créditos en mora.

⁴⁶ Molina, 1968

5. De inventarios: cuya función es asesorar al gerente en los inventarios periódicos de existencias;
6. En las cooperativas agrícolas de mercadeo, "...se suele nombrar un comité de clasificación que, además de clasificar los productos entregados por los miembros, los valora para su mercadeo. Este valor en definitiva, determinará casi siempre "la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas" (Daly, 1967).

Los comités de base:

En empresas de grandes dimensiones, de elevado número de miembros o cuya actividad organizativa dificulta la personalización en las acciones de los miembros y para potencializar su participación, se estructuran los comités de base. Se trata de núcleos de miembros que por su carácter pequeño e informal, por la mayor homogeneidad cultural y económica de sus integrantes, son más ágiles, más flexibles y más identificados con las reales necesidades de las bases (Schneider, 1993).

Todas estas son herramientas que facilitan la imprescindible participación del asociado y su compromiso con la cooperativa. En su medida y de acuerdo con sus características particulares, son también de aplicación a las mutuales, excepción hecha de lo referido a la producción ya que estas entidades no producen bienes ni los reciben de sus miembros para volcarlos al mercado (Moirano, 2009).

Referencias

- Alonso, F. (2001b). Órgano de Administración. *La sociedad cooperativa en la ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas*, Granada, Comares
- Ardiles, F. (1979). *La Empresa obrera cooperativa*. Valencia. Universidad de Carabobo.
- Cerda, B. (1959). Las Sociedades Cooperativas en particular (Organización y funcionamiento de las diferentes clases de Cooperativas). *El Régimen Cooperativo*. Tomo III. Barcelona. Bosch
- Cuesta, E, (2000). *Manual de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires. Abaco

- Daly, J. (1967). *Derecho Cooperativo*. Caracas. Universidad Central de Venezuela
- Ezai, European Foundation for Public Policies (2006). *Bases para la reforma de la legislación cooperativa*. Position paper. Arrasate-Mondragón,
- Fajardo, G. (1997). *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*. Valencia. Tecnos
- Fajardo, G. (1999). La Reforma de la legislación cooperativa estatal. *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, Nº 10*. Valencia. Ciriec
- Gadea, R. (1999). *Derecho de las cooperativas. Análisis de la ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas del país vasco*. Bilbao-España, Universidad de Deusto
- García-Jiménez, (2001). Autoempleo y trabajo asociado. *El trabajo en la Economía Social*, Córdoba
- Henry, H. (2000). *Cuadernos de legislación cooperativa*. Ginebra. OIT
- Hidalgo, A y Bernabéu, F. (2014). Un análisis de la regulación andaluza de secciones de crédito. *Revesco 114*. Madrid, Aecoop
- Moirano, A. (2009). *Revisión de los originales del libro Instituciones de Derecho Cooperativo, Mutual y Solidario*, de Alberto García Müller (documento privado)
- Molina, C. (1968). *Curso monográfico sobre la Ley General de Asociaciones Cooperativas. Mimeógrafo*. Caracas. Universidad Central de Venezuela
- Nazzaro, C. (1972). *Le Coopérative edilizie*. Milano. Pirola
- Noel F. (1982). *Droit Québécois des Coopératives. Les Coopératives*. Sherbrooke, Irecus.
- 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
- Parras, A. (2013). IV. Órganos potestativos. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Pastor, C. (2002). Consejo Rector (administrador) y dirección. *Revista de Estudios Cooperativos*, 77. Madrid, Aecoop
- Paz Canalejo, N. (1989). El comité de recursos. Madrid. *Revista de Estudios Cooperativos*, 56-57. Aecoop

- 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
- Santos V. (1981). Las secciones de las cooperativas en el derecho Español. *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Busto*. Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas
- Schneider, J. (1993). Los principios cooperativos hoy. Un enfoque latinoamericano. *Anuario de Estudios Cooperativos 1993*. Bilbao, Universidad de Deusto
- Soveral, A. (2002). A responsabilidade dos membros do conselho de administração por atos ou omissões dos administradores delegados ou dos membros da comissão executiva, *Boletim da faculdade de direito*, vol. LXVIII, Coimbra, Universidade de Coimbra
- Tato, A. (1999). Os órgãos sociais. *Estúdios sobre a lei de cooperativas de Galícia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galicia
- Valenzuela, F. y Valenzuela, F. (2013). Cooperativas de Crédito. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo II*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Vargas, C. (2009). La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, 20*, Valencia, Cirioc
- 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
- Viguera, R. (2011). *El derecho de reembolso en las sociedades cooperativas*. Tesis doctoral. Sevilla, Universidad de Sevilla

19. ORGANOS DE CONTROL INTERNO

Aspectos generales. Objetivos. Necesidad. Naturaleza. Integrantes. Atribuciones.
El Revisor Fiscal

ASPECTOS GENERALES

Concepto:

En las empresas solidarias en que el sistema de administración se encuentra diversificado en dos órganos: uno, de dirección y otro, de control, se entiende que el órgano interno de control tiene por función la fiscalización del funcionamiento de las actividades administrativas, contables, financieras, económicas, educativas y sociales de la empresa, así como velar por el cumplimiento de las normas legales y estatutarias.

Se denomina indistintamente consejo de vigilancia, junta de supervisión, sindicatura, comisarios, interventores, etc. Generalmente es un órgano colegiado, aunque la ley puede remitir al estatuto que –en ciertos casos- pueda acordar tener carácter individual, con su correspondiente suplente.

Naturaleza

Para algunos, se trata de un mandato especial de carácter obligatorio, otorgado en forma unilateral por la asamblea, por tiempo determinado, expresamente revocable y sin más limitaciones que las de la ley y el estatuto; mandante de la asamblea que se aparta sensiblemente del mandato ordinario, considerándolo como un mandato legal en lo que se refiere a sus atribuciones legales, un mandato voluntario en lo que exceda de tales atribuciones; y un órgano social por ser una función que atañe a la esencia de la empresa (Satot, en, Verón, 2009).

Para otros, en cambio, el órgano interno de control no es un mandatario de la sociedad, porque no está sujeto a órdenes o instrucciones del directorio de la misma, y ni siquiera, de la asamblea, sino que, por el contrario, los controla. Incluso, puede y debe -en ocasiones- actuar en contra de estos. Puede no cumplir

las órdenes de la asamblea, no solo cuando son contrarias a la ley y el estatuto (incluso, debe impugnarlos judicialmente) sino también cuando pugnan con los intereses sociales (Satot, en, Cuesta, 2000). Constituye una institución de control revestida de derechos y de obligaciones determinadas por la ley. En el caso de las mutuales, se configura como un órgano no técnico, elegido por la mayoría para controlar a la junta rectora (Maldonado, 2001).

OBJETIVOS

262

Control de la gestión

Control de gestión de las acciones adoptadas por los órganos directivos para cumplir el objeto social, así como vigilar en forma permanente y metódica los actos de los administradores de la empresa. Como dice Scordino (1970) aunque no del todo discrecional, la función de vigilancia tiene alcance general y comporta el respeto de cualquier norma incluso que incumba la administración.

Señala Verón (2009) que el órgano de control deberá examinar que las decisiones tomadas por el órgano directivo cumplan las normas que son esencialmente inherentes a ellas; que dichas decisiones se adopten de acuerdo con las mayorías que requiere el estatuto o normas internas de la empresa; que se transcriban en el respectivo libro de actas; que se contabilicen adecuadamente sus efectos en los libros de contabilidad y que se cumplan los requisitos legales y reglamentarios pertinentes.

Salvo que la ley (o el estatuto por remisión legal) lo contemple expresamente, el órgano de control no puede aprobar o desaprobado los actos fiscalizados, sino que podrá vetarlos (si la ley así lo autoriza); informarlo al órgano directivo e informar a la asamblea o, en caso de urgencia y gravedad, informarlo directamente a los miembros de la empresa.

Control de objetivos

Control de cumplimiento de los objetivos y, o de la finalidad de la empresa; del personal y de los resultados obtenidos en la gestión. Para Cuesta (2000) sus funciones son de control de legitimidad (de la legalidad de las acciones y no del mérito) de las funciones del órgano de administración.

En igual sentido, Nissen (2000) considera que estando investido el órgano de administración de discrecionalidad en cuanto a la oportunidad y bondad de los actos sociales, no pueden ser vetados por el órgano de fiscalización, el que sólo podrá pronunciarse sobre sus atribuciones y el régimen de adecuación de la conducta a la ley y al estatuto.

Sin embargo, pareciera que estos planteamientos atentan contra la finalidad del órgano de control de este tipo de empresas de orden participativo, que es garantizar, en nombre de los miembros (propietarios y usuarios o trabajadores de la misma) que los administradores estén actuando en función de sus intereses. Y, ello pasa por confirmar (y participarlo a los miembros) acerca de la oportunidad, conveniencia, intensidad o calidad de sus actuaciones.

Injerencia en la administración

Cierto que no puede inmiscuirse o efectuar actos de gestión ni de administración. Es claro que si su actuación se convierte en un verdadero estorbo con requerimientos permanentes o infundados, al órgano de administración le queda el recurso de solicitar su remoción a la asamblea (Moirano, 2001).

Señala Verón (2009) que sus amplias atribuciones le permiten indagar, preguntar, compenetrarse e investigar todo lo concerniente a la vida societaria, pero sin dificultar el normal desenvolvimiento de los órganos, principalmente el consejo de administración cuyas funciones de administración y de gestión no pueden verse arriesgadas por incompetencia, negligencia o dudosa intención del síndico, pues para que el administrador no caiga en acciones de responsabilidad debe cuidar en

todo momento, de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, principio general que al parecer el síndico no puede alterar de manera alguna, a pesar de que su aplicación en cuanto al principio rige fundamentalmente para los consejeros.

De manera que –dice el mismo autor- no es posible que el órgano de control se inmiscuya en la administración de modo de hacerla imposible o dificultarla en grado sumo, lo que, en definitiva es una cuestión de tacto y de circunstancias.

NECESIDAD

El órgano de control interno es un órgano necesario, e irrenunciable porque no puede constituirse la entidad prescindiendo de este órgano, salvo que la ley así lo permita. En esta vía existen tendencias actuales para eliminarlo como órgano necesario de la cooperativa, y sustituirlo por una auditoría externa profesional.

Como señala Tato (1999) no son pocas las voces que dudan de la eficacia de una censura contable efectuada por los propios asociados, los cuales, en ocasiones, no tienen por qué contar con conocimientos necesarios para acometer aquella tarea. A estas personas se les crea un nivel de responsabilidad que, en no pocas ocasiones, provocan que el cargo sea una especie de “regalo envenenado” del que ninguno se quiere hacer cargo.

Y para paliar dichos inconvenientes se han diseñado las siguientes medidas: posibilidad de designar, a una minoría de sus integrantes, a técnicos que no tengan la condición de miembro; ampliación de la auditoría externa; exención de la obligatoriedad de emitir informe de censura de cuentas cuando estas sean sometidas a auditoría externa; reconocimiento de la posibilidad de contar con asesoría externa en el desenvolvimiento de su tarea por profesionales especializados, incluso en aquellos supuestos en que no resulte precisa ni obligada una auditoría externa.

Ahora bien, un amplio sector considera que no debe renunciarse a él, ya que además de la fiscalización realiza otras funciones, diferentes a las del simple control contable, y si se suprimiera, cuando la sociedad cooperativa no tenga obligación de auditar sus cuentas, no habría control en la cooperativa (García-Más, 2001).

Sin embargo, se acepta su supresión como excepción en las formas simplificadas o previas. Como dice Genco (1999) no tiene sentido la presencia obligatoria en las cooperativas de menores dimensiones y sus funciones podrían ser subrogadas por particulares derechos de control atribuidos a una minoría calificada de asociados. Incluso, en ciertas leyes solo es exigible en empresas con un número importante de miembros.

Périus (2001) considera que el camino de mejoría del consejo fiscal (en Brasil) pasa por la ampliación del mandato de uno al menos a tres años, para que los consejeros puedan adquirir experiencia y capacitación, además de poder hacer estudios comparativos de tres ejercicios sociales y la contratación por el propio consejo fiscal de servicios de auditoría y consultoría.

De manera que el órgano de intervención no es *per se* inútil, sino que está mal configurado y se ha generalizado en exceso. Y es que en el marco de la gran cooperativa a este órgano se le pueden atribuir reales funciones de control y supervisión del ejercicio de la gestión social, e incluso con un importante papel en la designación y nombramiento de cargos (Vargas, 2009).

Caracteres

1. Es un órgano permanente porque actúa desde la constitución de la empresa solidaria hasta que finalice su liquidación. De manera que su continuidad es esencial para la entidad. Sin embargo, sus titulares son temporales aunque alternativos.

2. Es, además un órgano colegiado; en este caso, como todo colegio, sujeto al principio del quórum y de la mayoría y sus acuerdos e informes vertidos en actas.

Ahora bien, Moirano (2005) es de la opinión que la actuación de cada síndico en la comisión es absolutamente autónoma; si bien actúan en colegio, sus dictámenes u observaciones no tienen obligación de ser unánimes ni están sujetos a la ley de mayorías; en su caso, el síndico disidente tiene todos los deberes y facultades de la sindicatura unipersonal, por lo cual ante la inacción, desidia o complacencia de sus pares, el disidente o los disidentes incluso con la oposición de la mayoría puede actuar según sus convicciones y salvar así su propia responsabilidad. Cada fiscalizador tiene individualmente los mismas obligaciones (y las facultades para cumplir con estas) como si el órgano de fiscalización fuese unipersonal, por lo cual, en caso de disidencia o de inacción de los otros integrantes del órgano, el disidente, a título personal puede actuar en consecuencia.

3. Sus funciones son irrenunciables e inderogables; está dotado de autonomía en su ejercicio, y en el cumplimiento de sus funciones no está sujeto a subordinación alguna de otro órgano social, por lo que sus funciones no pueden ser aumentadas, disminuidas o modificadas ni siquiera por decisión de asamblea, ya que éstas son de origen legal, si fuese el caso.
4. Su función contralora no está limitada en el tiempo, por lo que puede revisar los períodos anteriores a su designación, procediendo en consecuencia con lo que verifique.
5. En el ejercicio de sus funciones, sus integrantes están acogidos a una suerte de <<secreto profesional>>, ya que no deberán manifestar el resultado de sus investigaciones si no es a través del correspondiente informe (Cordones, 2013).
6. Sus atribuciones no pueden ser disminuidas ni limitadas y deben ser ejercidas de manera personal (no delegables) con la asistencia personal o con los profesionales que sean necesarios (Moirano, 2001).

Périus (1988) observa que en la práctica, la acción fiscalizadora independiente sobre el consejo de administración es ineficaz, además de serlo meramente formal y no técnica y material, por el estrecho amalgamiento que tiene con el mismo. En tal virtud, los miembros del consejo de administración buscarán, a largo plazo, orientar su administración de forma de no conflictuar directamente con el consejo fiscal.

INTEGRANTES

267

Número

Puede ser fijado por la ley, aunque es materia que debería ser referida al estatuto de manera de adecuarse a las circunstancias de cada entidad. Normalmente su número es impar, aunque en empresas de pequeñas dimensiones puede ser – incluso- unipersonal.

Requisitos:

1. Tener la condición de miembro

Aunque se asoma la posibilidad de la designación de algún integrante como “directivo independiente” de entre expertos externos. Kesselman (en Verón, 2009) lo que no comprende es la idea: qué vinculación existe entre la calidad de asociado con el sistema democrático de designación. Desde el momento que dicha designación es producto del voto universal e igualitario de los asociados, el régimen democrático está preservado.

La buena práctica aconseja que, en materia de contralor, cuanta menos vinculación exista entre fiscalizador y fiscalizado, tantos mayores son las garantías de fiscalización.

Además, debe ser prohibido ejercer al mismo tiempo en el consejo de administración y en el de vigilancia, o en un ejercicio precedente que pudiese estar sujeto a control de la parte del comité de vigilancia (Henry, 2006).

2. No ser trabajador dependiente de la empresa.
Verón (2009) rechaza considerar los fiscalizadores como dependientes de la empresa solidaria, ya que forman parte de la estructura funcional de la sociedad, máxime si se toma en cuenta el hecho que son sujetos de responsabilidad por culpa in *vigilando*, condición que no se da para un simple subordinado. Señala, siguiendo a Martorell, que su actividad se cumple mediante una prestación personal, atípica, indispensable, trascendente y temporaria, con un perfil propio que repugna toda idea de subordinación.
3. Tener calificación o especialización para el cargo.
Para Genco (1999) no tiene sentido la falta de previsión de requisitos de profesionalidad de los síndicos. Se supone que las personas a quienes se delega vigilar permanentemente los actos de administración (poder fiscalizador) posean las condiciones personales para el ejercicio de sus cargos, además de que se den las condiciones objetivas para la realización de sus obligaciones.
En tal virtud, dice Durán (2004) sus integrantes deben tener voluntad de capacitarse permanentemente para desarrollar su profesionalidad; capacidad de analizar con sentido crítico las operaciones de la empresa y formar su propia opinión al respecto, además de poder dimensionar la actividad y el tamaño; adquirir conocimientos en asuntos jurídicos, económicos y financieros.
4. Podría ser una persona jurídica, en cuyo caso se podría nominar la persona física que la represente en el ejercicio de las funciones propias del órgano, la que –necesariamente- debería reunir los requisitos exigidos para sus integrantes.
5. Sus integrantes son electos por el órgano deliberante o mediante elecciones.
Algunos consideran que pueden ser revocables *ad nutum* (esto es, sin causa justificada). Sin embargo, esta afirmación es discutible ya que abriría las puertas a revocatorias interesadas por parte de directivos

administradores como mecanismo para evitar u obviar las acciones de control que estén ejerciendo los fiscalizadores.

6. Remuneración

Se discute si el trabajo de los controladores debe ser voluntario o no recompensado. Genco (1999) es de la opinión que debería ser sancionado el derecho del síndico a la retribución por el trabajo realizado, como está acogido en algunas legislaciones, análogamente a lo que sucede en la sociedad ordinaria.

Péruis (1988) afirma que por regla, los miembros del consejo fiscal no son suficientemente competentes para una plena fiscalización. La función fiscal tiene carácter honorario. No hay, por lo tanto, estímulo financiero fuerte para ocupar un cargo fiscal. La inexistencia de estímulos genera la no concurrencia entre los asociados para ocupar una plaza en el consejo fiscal, sino la casi imposición de ese encargo a estos con alguna proyección dentro de la cooperativa.

Del Campo (2004) propone que se incluya en la normativa legal que sus miembros no podrán ser retribuidos con sujeción a los resultados de la empresa, ya que sus funciones no son las de realizar una buena gestión, sino realizar un buen control.

ATRIBUCIONES

Las funciones o atribuciones del órgano de control son trascendentes en el sentido que son electos para tutelar no solo los intereses de los miembros, sino también los de la empresa solidaria e, incluso, de los terceros (Verón, 2009). Cumple, además, una función de interés colectivo que trasciende la simple empresa solidaria de base, y tiene que ver con el cumplimiento de los valores esenciales del sector, como son la honestidad y la transparencia.

1. El órgano de control tiene a su cargo ejercer la fiscalización y el control interno de la entidad, con la periodicidad establecida por la ley.

Ese control del órgano de vigilancia se puede hacer a través de la revisión del informe de gerencia del consejo de administración; de la inspección de la documentación de la empresa; a través de inspecciones propias; y mediante el control social, entendido como el control de resultados sociales, de los procedimientos para el logro de dichos resultados, así como a los derechos y obligaciones de los asociados (Durán, 2004).

Comprende –además- la fiscalización en materia electoral por disposición del estatuto, así como el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores en representación de la sociedad.

2. Asumir el control de gestión o de oportunidad consistente en el análisis de actos propios de la administración.

Para algunos, éstos actos están exentos de fiscalización, salvo los casos en que presuntivamente se haya incurrido en dolo, negligencia culpable o abuso de facultades" (Hugo, 1974).

Para otros, en cambio, no existe límite en las funciones de inspección y plantean que aunque no sea del todo discrecional, la función de vigilancia es de ámbito general y comprende el respeto de cualquier norma que tenga relación con la administración. Es más, plantean que la adopción de acciones por parte de éste órgano no requiere la violación o el incumplimiento macroscópico, siendo, por el contrario, suficiente una fundada sospecha (Scordino, 1970).

Velar por el ejercicio de los derechos de los miembros

Para callejo (2013) la función del órgano interno de control no es de mero contralor técnico (para lo que está la auditoría externa); se trata –y en esto la cooperativa se separa absolutamente de la sociedad anónima- de que es atribución del síndico el verificar y facilitar el ejercicio de los derechos por asociados.

En esos derechos, que pueden ser políticos o económicos y en muchos casos similares a los de los socios de sociedades comerciales, se comprende que es causal y que constituye la razón de ser del asociado como tal y también de la asociación, y este es el derecho al uso de los servicios sociales.

Si ese derecho se ve afectado individual o colectivamente por prácticas del órgano de administración (y por debajo de él, todo el *staff* gerencial y demás ejecutores de la gestión cooperativa) que resultan violatorias de las leyes vinculadas al consumo, el asociado no ha menester de ocurrir fuera del ámbito asociativo.

Es cierto que en el marco de las atribuciones que le asigna la doctrina mayoritaria no podría el síndico observar que el Consejo de Administración decida ofertar o no a los asociados productos de una determinada marca o la selección que haga del rango de calidad de los mismos; pero sí puede válidamente observar el que no se cumplan las condiciones de la oferta o se omitan garantías a que están obligados por la ley, por ejemplo.

Cree el mismo autor que una gestión activa del síndico ante el reclamo del asociado puede ser la llave para la solución de muchos conflictos, que se generan normalmente por errores involuntarios.

Es el síndico aquel en quien el asociado confía en primera instancia la normalidad en el ejercicio de sus derechos como tal y no siendo, como no lo es, un apéndice del Consejo de Administración, está en capacidad por atribución legal de contribuir a esa normalidad ejerciendo cabalmente sus funciones.

También, a la recíproca, está en capacidad práctica por su acceso a la documentación y registros, tanto como por su natural interacción con la administración, de ilustrar al asociado cuando pese a la denuncia de éste no ha mediado violación de sus derechos.

En el área contable

Revisión de la contabilidad (de los libros contables y, lógicamente, de los sistemas electrónicos en que la contabilidad es llevada, así como de los programas informáticos correspondientes) y de toda la documentación de la empresa, incluida la certificación del balance, revisiones, auditorías y control de las inversiones.

El análisis de los estados financieros e informes del órgano directivo debe ser realizado por el órgano de control con anterioridad a la asamblea, la que no puede ser convocada hasta tanto no se haya emitido el informe o haya transcurrido el plazo para hacerlo. En caso de disconformidad, los integrantes deberán emitir su informe por separado (García-Más, 2001).

Ahora bien como señala Verón (2009) si para realizar eficazmente el control contable de la empresa, conducente a cumplir con sus funciones, ha de emplearse la técnica denominada auditoría, es incuestionable que el síndico ocupará los auxiliares que estime necesario para el mejor desempeño de su función, como empleados administrativos, *seniors, semiseniors, etc.*, con lo cual, aunque la ley no lo prevé, hay que entender que el síndico está autorizado a contratar terceras personas que colaboren con su desempeño, siendo más notorio en los casos de dispersión geográfica de la empresa (sucursales) o la especialidad técnica de la actividad social o la incorporación de elementos innovadores en el tratamiento de la información (computadoras, fórmulas matemáticas de conversión, indexación o revaluación técnica).

Es más, en caso de incorporar auxiliares o especialistas que informen, dictaminen o presenten informes periciales al órgano de control, o a quienes el mismo pueda delegar en colaboración actividades de información bajo su posterior supervisión y control, el órgano de control siempre retiene para sí el carácter personal de su decisión en cuanto a la adopción de tales asesoramientos y pericias, lo mismo que la responsabilidad total por la tarea realizada.

En el área administrativa

Análisis del cumplimiento de los deberes de los directivos, revisión de los contratos a otorgar; dictamen sobre los informes de los órganos directivos y ejecutivo, y sobre los estados financieros, salvo cuando estén sujetos a auditoría externa obligatoria (Paz, 1998); procesar denuncias de los miembros y plantear irregularidades observadas.

Tienen un amplio derecho de información sobre las actividades sociales, y no pueden revelar fuera de los cauces estatutarios, ni siquiera a los miembros de la cooperativa, el resultado de las investigaciones producidas o de las informaciones obtenidas (Gadea, 1999).

Los integrantes del mismo pueden asistir a las reuniones de los otros órganos sociales por derecho propio, y no como invitados, aunque debe ser ejercido con moderación, ya que una asistencia permanente a las sesiones del consejo de administración los haría –de hecho- coadministradores.

Respecto de la asistencia a las sesiones del órgano directivo, se resalta que los fiscalizadores no concurren invitados, sino que lo hacen por derecho propio; el secretario del consejo debe hacerles saber con antelación suficiente –como lo hace con los directivos– de cada reunión que vaya a realizarse. En las reuniones del órgano de administración los fiscalizadores tienen voz pero no votan, porque no integran ese cuerpo.

La firma del acta es una constancia de su asistencia, pero no una convalidación de lo actuado, ya que el cuestionamiento a una resolución del consejo deberá ser por escrito, en la misma acta o por otro medio fehaciente, además de hacer constar la observación en el propio libro de actas de la junta fiscalizadora y, en su caso, dar cuenta a la autoridad de aplicación. Con esta última medida queda a salvo su responsabilidad (Moirano y García, 2016).

En el área social

1. Competencia para convocar la asamblea si el consejo de administración no lo hace dentro del plazo legal, o por solicitud de determinado porcentaje de los miembros. En los momentos de extrema gravedad para la vida de la entidad, ante la inactividad o negligencia del consejo de administración, es el síndico quien puede sacar a la cooperativa de su parálisis y superar la crisis (Moirano, 2005).
2. Además, de tramitar reclamos de los asociados; de solicitud de aplicación de sanciones y de determinación de la responsabilidad de los otros directivos, entre otras.
3. En forma excepcional, tendría poder de representación en caso de que promueva una acción judicial contra el órgano directivo

Presentación de informes

El órgano de control debe presentar informe de sus actividades tanto anuales como puntuales. De forma tal que la presentación del informe del órgano de control es obligatoria y, de no presentarse deberán ser removidos sus integrantes y designarse a otros, quienes tendrán como cometido fundamental preparar el informe para su presentación a la asamblea.

Se debería establecer que este informe sea tratado antes de la presentación del inventario, balance, estado de resultados, proyecto de distribución de excedentes y la memoria, para que antes de decidir sobre ellos, el colegio de los asociados tenga una opinión técnica previa (Moirano, 2005). Cuando la presentación del informe anual es obligatoria por ley o por el estatuto, su existencia es condición de validez del tratamiento de la documentación asamblearia.

Los informes y dictámenes deben constar en las actas del libro rubricado correspondiente. En el supuesto de existir dictámenes en disidencia, el órgano directivo tiene la obligación de darlos a conocer a la asamblea. Esto así, porque no puede dar a conocer el dictamen que lo favorece y ocultar a los asociados el

conocimiento del dictamen que lo critica o que no aconseja la aprobación de la documentación asamblearia (Moirano y García, 2016)

El derecho de veto u objeción de actos del órgano directivo

En algunos ordenamientos se otorga al órgano de control derecho de veto de las decisiones del órgano directivo. El veto consiste en la potestad de objetar o de frenar, en ciertos casos, los acuerdos del órgano directivo que puedan ocasionar un daño grave a la empresa solidaria o que estén viciados por ilegalidad.

Se discute si la objeción se limita sólo a la ilegalidad de los actos, o también abarca el <<demérito>> del acto, esto es, porque se tenga temor o se presuma que la oportunidad o conveniencia del acto o acuerdo no sean las aconsejables u oportunas para la empresa. De cualquier manera, el poder de veto requiere de texto legal que lo autorice bien sea en forma expresa o que remita su posible existencia al estatuto.

En todo caso, la objeción debe ser hecha por escrito y de manera fehaciente, dentro de un plazo razonable (establecido en el estatuto) de la obligatoria comunicación –por escrito- que debe exigirse presente el órgano directivo, de las decisiones acordadas. El veto debe ser motivado, es decir, darse las razones o argumentos que se tienen para ejercer la objeción.

Efecto

El efecto de la objeción es que impide la ejecución del acto y obliga a la reconsideración (re-examen) por parte del órgano directivo. De forma que el veto no tiene otro efecto que obligar al consejo de administración a estudiar de nuevo su decisión. Pero puede no tomarlo en cuenta y mantener su resolución, en cuyo caso es a la asamblea a quien corresponderá la decisión definitiva (Esquea, 1971). Asamblea que, en tal caso, debe ser convocada por el órgano de control interno.

Responsabilidad

La objeción realizada exime de responsabilidad a los miembros del órgano de control por el daño efectivo y significativo que pueda causar a la empresa el acuerdo objetado. Sin embargo, parece procedente que se requiera de norma expresa el establecimiento de responsabilidad de los controladores internos por la no objeción de actos perjudiciales para la empresa.

Por otra parte, como señala Verón (2009) su responsabilidad no se extiende a los casos de desfalcos u otras irregularidades cometidas sobre la base de falsificaciones, adulteraciones o documentación apócrifa, excepto que la documentación adulterada, que fuera objeto de revisión por el síndico, presentara rasgos flagrantes e inequívocos de invalidez, fácil e indudablemente perceptibles.

276

EL REVISOR FISCAL

Concepto

El revisor fiscal es un profesional del área de gestión especializado en el examen contable y administrativo permanente de las actividades de la empresa solidaria. Tiene su justificación en la inoperancia del órgano de control interno de carácter amateur. En efecto, los consejeros, la mayor parte de las veces, no son competentes para una asidua y minuciosa fiscalización de los actos administrativos y, a veces, no tienen un campo de acción controladora independiente de la influencia de la administración. Además, los bajos honorarios y el sistema electoral, tornan en la práctica, el autocontrol poco eficaz (Périer, 1988).

Las legislaciones más recientes, frente a la reiterada inoperancia de los órganos colegiados de control interno, bien sea por su falta de capacidad técnico-administrativa, por su alternatividad, o por tratarse generalmente de funciones no remuneradas, han optado por crear un órgano especializado en el control administrativo de la empresa, con competencias más precisas en orden a la

fiscalización de la actuación de los demás órganos, en particular, del directivo y del gerencial (Divar, 1992).

Naturaleza:

La revisoría fiscal es la actividad de fiscalización y de control interno que se ejerce en la empresa solidaria en representación de los miembros ante la administración (y de la comunidad en general) sobre los aspectos contables, administrativos, jurídicos, ecológicos e informáticos, efectuados de manera permanente, constante, concomitante en lo posible con las decisiones administrativas que deben estar enfocadas al cumplimiento del objeto social.

La revisoría de cuentas debe ser independiente y referirse directamente a la asamblea, así como encargarse a funcionarios independientes y cualificados y tener el apoyo completo del órgano de control interno.

De acuerdo a lo que disponga la ley, su existencia puede tener carácter facultativo según el monto del capital de la empresa, el volumen de operaciones que realice, la situación geográfica o el número de miembros. Puede ser, también, obligatorio, con posibilidad que la Autoridad de aplicación lo exima por circunstancias especiales.

Se intenta transformarlo en un órgano permanente de control de la gestión social en su conjunto, que pueda librar a la asamblea informes de auditoración sobre la gestión, así como advertencia de censura ante los actos o líneas de actuación concreta de los ejecutivos sociales (Divar, 1992).

Algunas legislaciones han intentado suprimir su carácter obligatorio y traspasar el ejercicio de sus funciones de control a organismos especializados de control del sector cooperativo, social o solidario.

Características:

1. **Permanencia:** su actividad es permanente, pudiendo a su criterio ejercer un control previo, perceptivo y posterior;

2. Cobertura total: cubre toda la empresa en forma íntegra, sin que puedan existir limitaciones administrativas u operativas a su alcance;
3. Independencia de acción y criterios de quien la ejerce, inclusive para nombrar auxiliares pagados por la empresa. Es completamente independiente de quienes ejercen la administración de la empresa. Es responsable civil, penal, administrativa, disciplinaria y socialmente;
4. Función preventiva sobre el cumplimiento de las normas legales y estatutarias y la preservación de los bienes patrimoniales o de terceros.

Requisitos:

Normalmente se exige ser profesional titulado o en ejercicio, designado por el órgano directivo, el deliberante o por el organismo de integración, por la entidad de tutela, la de fomento o financiadora, o la cabeza del grupo empresaria al que pertenezca la empresa; ejercido por una unidad del sector especializada y mediante contrato.

En ciertos casos se exige la certificación de la especialización de los profesionales responsables, mediante inscripción en registros específicos llevados por la Autoridad de aplicación o por el Registro de las entidades cooperativas o solidarias.

Funciones:

1. La revisión y fiscalización de los actos administrativos los cuales inciden directa e indirectamente sobre el patrimonio, a través de los ingresos y egresos de toda índole y de terceros vinculados; la inspección asidua de los bienes en su poder; la evaluación y recomendación oportuna para establecer o mejorar el sistema de control y de los registros contables, pudiendo impartir instrucciones sobre tales aspectos; la colaboración con las entidades del Estado; la información a la asamblea sobre la fidedignidad (razonabilidad) de los estados financieros (dictamen) y demás hechos que

considere relevantes para la sociedad, en concordancia con las determinaciones ordenadas por la ley.

2. Presenta informes parciales, finales o eventuales y efectúa recomendaciones que deben presentarse, en su orden, a quienes tengan capacidad de decisión: representante legal, órgano directivo, asamblea general, con capacidad legal (en Colombia) para dictaminar con fuerza de fe pública sobre los estados financieros (Peña, 2000).
3. En la Unión Europea actualmente se incorpora dentro de sus funciones la certificación del balance que consiste en verificar la actividad cumplida por los administradores acerca de los criterios utilizados en la gestión social (Mosconi, 1992).

Referencias

- Callejo, A. (2013), Sindicatura y cooperativas de consumidores y usuarios. *Jornadas de Derecho Cooperativo. Cooperar*. Revista Idelcoop. Buenos Aires
- Cordones, M. (2013). Los Interventores. *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*. Valencia, Tirant lo Blanch
- Cuesta, E, (2000). *Manual de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires. Abaco
- Divar, J. (1992). La adecuación de la Ley 1/1982, de 11 de Febrero, sobre cooperativas. *Alternativas jurídicas que dan respuesta a las necesidades de las cooperativas de Euskadi* Nº 8. Mayo/Agosto Vitoria/Gasteiz. Jardun
- Durán, A. (2004). *El rol de la junta de vigilancia en el sistema de control interno de las cooperativas de ahorro y crédito de América Latina y el Caribe*. Documentos para Discusión, N. 9. San José, DGRV
- Esquea, E. (1971). *Le régime juridique de la coopération en République Dominicaine*. Toulouse. Thèse.
- 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

- Genco, R. (1999). *Piccola società cooperativa e nuove forme di organizzazione dell'impresa. Rivista della cooperazione 1/1999*. Roma. Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti
Geneva, International Labour Office. ISBN 92-2-217210-8
- Henry, H. (2006). *Guide de législation coopérative*. Deuxième édition, revue et corrigée
- Moirano, A. (2001). *La fiscalización pública y privada en cooperativas y mutuales*. Córdoba. Internet
- Moirano, A. (2005). El consejo de administración y la sindicatura en las cooperativas de servicios públicos. *Aportes para el desarrollo de las cooperativas de electricidad*. Buenos Aires, Intercoop
- Moirano, A. y García-Müller, A. (2016). *Las mutuales en América Latina*. En preparación. Buenos Aires
- Mosconi, R. (1992) Certificación anual de balanceo e necesidad de coordinación legislativo. Roma. *Rivista della Cooperazione*, 4. Istituto Italiano di Studi Cooperativi Luigi Luzzatti
- Nissen, R. (2000). *Panorama actual del Derecho Societario*. Buenos Aires. Ad-hoc
- Paz Canalejo, N. (1998). La próxima legislación cooperativa madrileña. *La legislación cooperativa en España*. Valencia. Ciriec
- Peña, J. (2000). *Control, auditoría y revisoría fiscal. Incluye contraloría y ética profesional*. Bogotá. Ecoe
- Périus, V. (1988). Atenuação ou eliminação estatal tendo vista o projeto de autocontrole. *A interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre.
- Scordino, F. (1970). *La Società Cooperativa*. Nápoles. Jovene
- Tato, A. (1999). Os organos sociais. *Estudios sobre a lei de cooperativas de Galícia*. Santiago de Compostela. Xunta de Galicia
- Vargas, C. (2009). La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 20, Valencia, Ciriec-España
- Verón, V. (2009). *Tratado de las cooperativas*. Tomo II. Buenos Aires, La Ley