



UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
ÁREA DE DERECHO MERCANTIL**

TESIS DOCTORAL

“EL RETORNO COOPERATIVO”

M^a Alejandra Cobo del Rosal Pérez

**Bajo la Dirección del Prof. Dr. D. Alberto Alonso Ureba, Catedrático de la
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y del Prof. Dr. D. Aristides Jorge Viera
González, Profesor Titular de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.**

Madrid, 2012.



**UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

EL RETORNO COOPERATIVO

TESIS DOCTORAL

M^a ALEJANDRA COBO DEL ROSAL PÉREZ

MADRID, 2012

PARTE PRIMERA
ASPECTOS JURÍDICO-CONCEPTUALES Y DE POLÍTICA JURÍDICA DEL
RETORNO COOPERATIVO EN EL REPARTO DE EXCEDENTES. LA
CONFORMACIÓN DE LOS MODELOS NORMATIVOS EN EL DERECHO
COMPARADO Y POSICIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL

PARTE SEGUNDA
EL RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL APLICABLE AL RETORNO
COOPERATIVO

EL RETORNO COOPERATIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL

ABREVIATURAS.....	IV
INDICE.....	1
INTRODUCCIÓN.....	10

PARTE PRIMERA ASPECTOS JURÍDICO-CONCEPTUALES Y DE POLÍTICA JURÍDICA DEL RETORNO COOPERATIVO EN EL REPARTO DE EXCEDENTES. LA CONFORMACIÓN DE LOS MODELOS NORMATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO Y POSICIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL

CAPITULO I

EL RETORNO COOPERATIVO: PRINCIPIO INFORMADOR DEL TIPO SOCIETARIO COOPERATIVO DESDE SUS ORIGENES

1. El fenómeno cooperativo y el retorno: orígenes históricos.....	15
1.1. Antecedentes doctrinales del movimiento cooperativo.....	15
1.2. Rochdale Society of Equitables Pioneers.....	18
1.3. Descubrimiento y difusión del sistema del retorno cooperativo.....	23
2. Los principios cooperativos en el surgimiento de la Alianza Cooperativa Internacional. El acogimiento del principio del retorno.....	26
2.1. Origen de la Alianza Cooperativa Internacional.....	26

2.2. Objetivos y estructura organizativa.....	27
2.3. Principales Congresos.....	29
2.3.1. El Congreso de Paris de 1937.....	29
2.3.2. El Congreso de Viena de 1966.....	32
a) Introducción.....	32
b) Declaración de los seis principios cooperativos: enunciación y contenido.....	33
c) Función caracterizadora del principio del retorno en la propuesta de Sociedad Cooperativa de la Alianza Cooperativa Internacional.....	36
2.3.3. La influencia de los principios de la Alianza Cooperativa Internacional en los distintos ordenamientos jurídicos comparados.....	39

CAPITULO II

LA MUTUALIDAD: PRESUPUESTO PRINCIPAL PARA LA CONFORMACIÓN DE LOS MODELOS NORMATIVOS DE SOCIEDADES COOPERATIVAS Y EL RETORNO COMO RASGO CARACTERIZADOR DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA MUTUALISTA

1. Introducción.....	43
2. La mutualidad.....	44
2.1. Concepto.....	44
2.2. Elementos caracterizadores tradicionales de la mutualidad.....	46
2.3. El resultado de la aplicación de un sistema mutualista: la ventaja mutualista.....	52
2.2.1. La ventaja mutualista. Concepto y clases.....	52
a) La ventaja mutualista directa o inmediata.....	56
b) La ventaja mutualista indirecta o mediata. En particular, el retorno cooperativo	58
2.3.4. Consideraciones finales: incidencia del objeto y del fin social en el análisis de la ventaja mutualista.....	59
3. La mutualidad en los ordenamientos jurídicos europeos en materia de sociedades cooperativas. En particular, el caso italiano.....	62

3.1. Primera aproximación al marco jurídico europeo.....	62
3.2. La relevancia de la mutualidad.....	64
3.3. La singular influencia del principio «mutualista» en el ordenamiento italiano.....	65
3.3.1. Introducción.....	65
3.3.2. La mutualidad como exigencia de las sociedades cooperativas.....	68
3.3.3. La clasificación de las sociedades cooperativas <i>a mutualità prevalente</i> y diversas.....	70
a) El concepto de mutualidad prevalente.....	70
b) Aspectos comunes de las cooperativas <i>a mutualidad prevalente</i> y de las cooperativas diversas.....	74
c) Consecuencias jurídico-conceptuales de la clasificación:	77
c.1.) Introducción.....	77
c.2.) El retorno cooperativo.....	78
c.3.) Primeras conclusiones sobre la respuesta doctrinal italiana.....	80
4. El proceso europeo de des-mutualización cooperativa.....	83

CAPITULO III

EL RETORNO EN LA CONFORMACIÓN DE LOS MODELOS NORMATIVOS DEL DERECHO COMPARADO VIGENTE EN MATERIA DE SOCIEDADES COOPERATIVAS

1. Algunas consideraciones sobre la conformación del modelo mutualista cerrado....	91
2. Especial significación del estudio del retorno como instrumento eficaz para la conformación de los modelos normativos.....	96
3. Los modelos normativos en el Derecho europeo.....	99
3.1. El modelo cooperativo «mutualista».....	99
3.1.1. La sociedad cooperativa cerrada.....	99
a) Italia.....	99
b) Francia.....	101

c) Portugal.....	104
d) Inglaterra.....	106
e) Derecho comunitario.....	108
3.1.2. La sociedad cooperativa abierta.....	112
a) Italia.....	112
b) Francia.....	115
c) Derecho comunitario.....	116
3.2. El modelo cooperativo no mutualista: Alemania.....	120
4. Conclusiones sobre la posición del retorno en los modelos normativos Resultantes.....	123

CAPITULO IV

EL RETORNO EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL DE SOCIEDADES COOPERATIVAS EN EL MARCO DE LOS MODELOS NORMATIVOS COMPARADOS VIGENTES

1. Introducción.....	127
2. Evolución legislativa estatal española en materia de sociedades cooperativas...130	
3. Los modelos normativos en la evolución legislativa estatal española en materia de sociedades cooperativas, especial referencia al instituto del retorno.....	135
3.1. La sociedad cooperativa mutualista cerrada.....	135
3.1.1. El periodo previo al Congreso de Viena de 1966.....	135
a) La sociedad cooperativa no lucrativa en la Ley General de Cooperativas de 9 de septiembre de 1931.....	135
b) La sociedad cooperativa imperfecta en la Ley de cooperación de 2 de enero de 1942.....	141
3.1.2. El período posterior al Congreso de Viena de 1966.....	156
a) Ley 52/1974, de 19 de diciembre de cooperativas.....	156
b) Ley de 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas.....	160

3.2. La sociedad cooperativa mutualista abierta: reflexiones sobre la apertura del modelo mutualista en la evolución legislativa española en materia de cooperativas hasta la Ley 27/1999, de 16 de julio de cooperativas.....	172
3.3. La nueva configuración de los modelos cooperativos mutualistas en la Ley 27/1999, de 16 de julio de cooperativas.....	175
3.3.1. Introducción.....	175
3.3.2. El régimen económico como principal instrumento de inserción de mecanismos de apertura en la sociedad cooperativa. En particular, el tratamiento del retorno cooperativo en la redacción legal vigente.....	178
3.3.3. Caracteres de los modelos normativos cooperativos-mutualistas resultantes.....	186
a) Preliminar.....	186
b) El modelo normativo cooperativo mutualista abierto.....	187
b.1. Introducción.....	187
b.2. La Sociedad Cooperativa lucrativa.....	188
b.3. La Sociedad Cooperativa no lucrativa.....	189
c) El modelo normativo cooperativo mutualista cerrado.....	190
4. La desmutualización en España en el marco del proceso europeo de desmutualización.....	191
5. Los modelos normativos en la vigente regulación autonómica en materia de sociedades cooperativas (País Vasco, Valencia, Andalucía y Cataluña).....	193
5.1. Introducción.....	193
5.2. Estudio de los presupuestos jurídicos necesarios de las leyes autonómicas para la conformación de los modelos normativos mutualistas abierto y cerrado...	198
5.3. Consideraciones finales: el retorno cooperativo en los modelos normativos resultantes en el derecho autonómico.....	201

PARTE SEGUNDA
EL RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL APLICABLE AL RETORNO
COOPERATIVO

CAPITULO V
EL DERECHO A PARTICIPAR EN LOS RESULTADOS SOCIALES COMO
PRESUPUESTO PARA LA EXISTENCIA DEL DERECHO DEL SOCIO A UN
RETORNO COOPERATIVO

1. Introducción	204
2. El derecho al resultado cooperativo	207
2.1. Planteamiento.....	207
2.2. Clases de resultados.....	212
2.2.1. Los criterios jurídico-positivos que clasifican las actividades en las S.Coop. como presupuesto para conocer los diversos resultados económicos.....	212
2.2.2. El resultado cooperativo.....	215
2.2.3. El beneficio extracooperativo.....	217
2.2.4. El beneficio extraordinario.....	218
2.2.5. La contabilidad separada como mecanismo de obtención del resultado cooperativo y su régimen jurídico facultativo en la Ley 27/1999, de 16 de julio de Sociedades Cooperativas como problema abierto.....	219
3. El derecho al retorno	225
3.1. Delimitación jurídico-positiva del retorno cooperativo.....	225
3.2. Algunas consideraciones previas en torno a la naturaleza económica del retorno: incidencias con el dividendo y corrientes doctrinales.....	227
3.3. El derecho y la obligación de participar en la actividad económica-social cooperativa.....	238
3.4. El derecho al reparto periódico de la ventaja mutualista	
3.4.1. Planteamiento.....	245
3.4.2. Cuestiones previas: especial atención a la «aparente» obligatoriedad de la distribución de resultados en el ordenamiento italiano.....	247
3.4.3. Límites al poder de la mayoría en la Asamblea General respecto al acuerdo de distribución de retornos.....	252
a) La Ley.....	252
b) Los Estatutos.....	256

c) El Interés General.....	258
3.4.4. El derecho al retorno acordado.....	259

CAPITULO VI

LA EJECUCIÓN DEL RETORNO COOPERATIVO EN EL MARCO DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL DERECHO POSITIVO ESTATAL ESPAÑOL DE SOCIEDADES COOPERATIVAS

1. Introducción.....	264
2. Presupuestos jurídicos del reparto de los retornos cooperativos.....	266
2.1. Presupuestos subjetivos.....	266
2.1.1. Titularidad.....	266
2.1.2. El «falso» retorno del art. 58.3 de la Ley 27/1999, de 16 de julio de Sociedades Cooperativas que se reparte entre los socios.....	270
2.2. Presupuestos objetivos.....	274
2.2.1 Determinación del resultado.....	274
2.2.2.. Aplicación de los resultados: Relación de las partidas previas a la ejecución de los retornos.....	275
a) Régimen jurídico imperativo.....	275
a.1.Planteamiento.....	275
a.1. Pérdidas de ejercicios anteriores.....	278
a.2. Los fondos obligatorios.....	279
a.3. El impuesto de sociedades.....	281
b) Régimen jurídico facultativo.....	283
b.1. Planteamiento.....	283
b.2. Los instrumentos financieros encubiertos o especiales: los socios capitalistas.....	285
b.3. Los fondos voluntarios.....	286
b.4. Las retribuciones especiales de los trabajadores.....	287
2.2.3. El acuerdo de la Asamblea General como órgano competente para decidir sobre el reparto de los retornos cooperativos.....	289
a) Planteamiento.....	289
b) Convocatoria.....	291
c) Constitución.....	291
d) Deliberación y adopción del acuerdo.....	293

3. El pago del retorno cooperativo. Modalidades.....	294
4. La falta de tratamiento jurídico positivo del dividendo en relación con el retorno cooperativo	298
CONCLUSIONES.....	302
ANEXO I.: CUADRO COMPARATIVO DEL REGIMEN JURIDICO REGULADOR DEL RETORNO COOPERATIVO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.....	313
BIBLIOGRAFIA.....	320

INTRODUCCIÓN

La Tesis que a continuación se presenta versa sobre el instituto del retorno cooperativo en el marco jurídico español. Pero como no podía ser de otra manera, se ha intentado siempre exponer de manera breve la regulación que al respecto recogen nuestras Comunidades Autónomas, con la finalidad no tanto de desarrollar el régimen que ahí se dispone sino de compararlo por su estrecha similitud o frontal oposición con el régimen estatal. El elevado elenco de normas existentes al respecto en nuestro país no ha hecho más que crecer con el tiempo. En la actualidad, nuestro derecho positivo en materia de Sociedades Cooperativas se caracteriza por contener la normativa más extensa y dispersa con la que se haya contado jamás, lo que sin duda constituye el principal motivo de la complejidad que conlleva el estudio de cualquier aspecto relativo a este tipo societario.

Así las cosas y a pesar de la actual importancia que en general tiene el derecho comunitario en materia de sociedades, y en particular, en lo relativo a la regulación de las Sociedades Cooperativas, España las regula lejos de toda tendencia simplificadora y unificadora. La consecuencia es que nuestro derecho español en materia de Sociedades Cooperativas está caracterizado por presentar un mapa jurídico fragmentado, tan fragmentado como nuestro mapa autonómico, desarrollado sobre la base de las competencias que las Comunidades Autónomas vienen ejerciendo con base en las respectivas normas que desde los Estatutos de autonomías entienden que las facultan para regular a las Sociedades Cooperativas.

Las primeras Comunidades Autónomas que legislaron la materia fueron, por este orden: el País Vasco, Cataluña, Andalucía y Valencia. Aunque este no sea el lugar para explicar con detalle la complejidad que entraña el marco jurídico que se presenta en España, no querríamos dejar de señalar que esa complejidad radica no sólo en su profusa regulación sino también en el mismo régimen que se establece en torno al reparto de competencias, toda vez que los criterios de tal adjudicación no son uniformes. Sucintamente puede afirmarse que hay dos criterios rectores. De un lado, está el criterio de delimitación territorial o espacial que fija el Tribunal Constitucional (STC 72/1983, FJ 4º y STC 44/1984, FJ 2º), y determina que la norma de aplicación

será la autonómica siempre que la actividad cooperativizada típica se desarrolle de manera exclusiva dentro de los límites de una Comunidad Autónoma, sin perjuicio de que determinadas actividades instrumentales, pero necesarias para el desarrollo del fin social, puedan realizarse en otras Comunidades Autónomas. Este es el criterio que acoge p.e. la Comunidad de Madrid (art. 2 Ley 4/1999 de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid). De otro lado, encabezado por el legislador estatal (art. 2 L 27/1999, de 16 de julio de Sociedades Cooperativas), se opta por el criterio cuantitativo de aplicación de la norma autonómica en el caso de que la actividad cooperativizada se desarrolle con carácter principal en una Comunidad Autónoma, sería el caso también de la Ley 8/2003, de 24 de marzo de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, comunidad que en su anterior redacción se acogía, sin embargo, al criterio del Tribunal Constitucional (art. 1 DL 1/1998, de 23 de junio, del Gobierno Valenciano). Los problemas pueden surgir cuando la actividad se desarrolle en varias Comunidades Autónomas. Entendemos que hay incertidumbre en cuanto al significado y alcance de los distintos términos que utilizan tanto el Tribunal Constitucional como el legislador estatal puesto que no queda claro si el término de «actividad cooperativizada típica» al que alude el Tribunal Constitucional es exactamente el mismo que «actividad cooperativizada con carácter principal». En caso de que la respuesta sea afirmativa quedan cerrados otros problemas que de ahí se derivan, como la posibilidad o no de desarrollar las actividades accesorias fuera de la comunidad autónoma y que igualmente sea de aplicación el régimen en donde se desarrolla la actividad típica o principal, pero si los términos no son coincidentes no sabremos qué norma aplicar en el caso que la actividad que se desarrolle en dos Comunidades Autónomas no lo haga en ninguna de manera preferencial, o no sea sólo actividad-accesoria la que se realiza en una de las dos comunidades.

A su vez, al problema que puede derivarse de los conflictos competenciales, se añade otro también vinculado. Nos referimos a una cuestión que ha suscitado arduos debates en materia de sociedades cooperativas, esto es, la mercantilidad del tipo que algunos han cuestionado. El Profesor GIRÓN TENA, defendió ya en 1976 la mercantilidad de tales sociedades, incluso bajo el mandato de leyes de Sociedades Cooperativas que proponían modelos sumamente cerrados y alejados al actual modelo aperturista o desmutualizado, y sin embargo no dejó por ello de reconocer en la actividad de la Sociedad Cooperativa la actividad propia de un empresario, como

posteriormente hicieron también el Profesor URÍA y el Profesor SANCHEZ CALERO. Entendemos en todo caso, que el marco jurídico español resultante, tanto estatal como autonómico, no es, por razones evidentes, el adecuado y el exigido a los poderes públicos en el art. 129 CE. Sin embargo, la previsión que se hace a través del art. 149.1.6 CE en los siguientes términos: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] legislación mercantil, penal y penitenciaria [...]», no ha sido interpretada por el mismo Tribunal Constitucional (STC 72/1983 de 29 de julio) como un obstáculo para que la S.Coop., a pesar de constituir un tipo de sociedad mercantil, se legisle por la totalidad de las Comunidades Autónomas y así se reproducen y suceden de forma muy similar normas en materia de Sociedades Cooperativas dentro de nuestro ordenamiento vigente.

El estudio de la eventual obligación del mecanismo de distribución de los resultados cooperativos entre los socios cooperadores a través del instituto del retorno cooperativo en el marco estatal español ha ido siempre acompañado de las singularidades que respecto del mismo se van encontrando no sólo en nuestro derecho autonómico sino también como es lógico en el derecho comunitario y en el comparado. Es por ello por lo que nos ha resultado de especial relevancia arrancar el estudio indicando que el retorno cooperativo es un principio de la Alianza Cooperativa Internacional, organización a la que voluntariamente nos sometemos en nuestro derecho interno, y así es recogido expresamente en el primer precepto de la Ley de Sociedades Cooperativas Estatal, como sucederá en alguna medida siempre en el derecho autonómico, comunitario y comparado. Bien es cierto que tal sometimiento a las reglas de la Alianza Cooperativa Internacional no figura a menudo de forma expresa, aunque sí puede afirmarse que siempre será su contenido mínimo atendido por todos los legisladores.

La ventaja mutualista indirecta que supone la distribución entre los socios del retorno cooperativo es estudiada desde la estructura que se ha construido principalmente en Italia, por ser claramente su derecho positivo y su doctrina la que sin duda se ha preocupado con mayor intensidad y detalle de tales aspectos desde un inicio de su regulación. Es por ello por lo que de la mano de su doctrina circunscribimos dentro del complejo concepto de mutualidad el estudio del retorno. Recordemos que la mutualidad es un concepto al que nuestro legislador no alude de manera directa en la Ley de

Sociedades Cooperativas, y es principalmente por ello por el que nos hallamos visto obligados a estudiar primero, la parte jurídico conceptual del mismo por la siempre destacada doctrina italiana y luego, su concreción en la norma para conocer la parte jurídico material que se recoge principalmente hoy en el *Codice Civile* Italiano. Es de crucial interés conocer pues qué es considerado mutualista o no dentro de la Sociedad Cooperativa, porque es en el contexto mutuo de la Sociedad Cooperativa donde tiene auténtica significación la realización de los retornos cooperativos. Para ello deberemos escindir los instrumentos mutuales (p.e.: sistema de contabilización separada; socios-usuarios; retornos cooperativos...) de los que no (p.e.: sistema de contabilización conjunta de los resultados; socios capitalistas; dividendos etc...) y así poder establecer en el derecho comparado y en el autonómico los posibles modelos normativos que surgen o pueden surgir y ubicar en estos al modelo o modelos que surgen en nuestra norma vigente estatal, como medio para conocer y entender las opciones que *lege-data* nuestro legislador propone en el marco jurídico autonómico, comunitario y comparado .

Sin duda, el mecanismo consistente en repartir los resultados cooperativos en proporción a la participación del socio en la actividad cooperativa, y nunca por el mero desembolso de capital de éste en la sociedad, o lo que es lo mismo, el retorno cooperativo, no es la única forma posible de distribución de los resultados. Expondremos las otras modalidades de reparto que son también propias de este tipo societario y en particular, la que hemos entendido que es más interesante por su frecuente uso en los demás tipos societarios y sus interesantes coincidencias y divergencias con el retorno, esto es, el dividendo. Para ello, se irá explicando paralelamente el tratamiento de derecho derogable que reciben ambas figuras desde nuestro derecho, como sus diferentes naturalezas, fundamentadas precisamente en el carácter mutualista consustancial de la figura del retorno cooperativo.

En una segunda parte de nuestro trabajo se atenderá el derecho jurídico material relativo a la figura del retorno. Por ello se abordará el régimen que aluda a sus posibles formas de concretar su reparto; el que regule el órgano competente para la correcta adopción de su acuerdo; y el relativo también al momento jurídico-económico y contable en el que quepa su acreditación, teniendo que exponer por ello con anterioridad el régimen jurídico-económico de todas las singulares partidas que son previas a la realización de los retornos. Comprobaremos ahí la concreción de la importancia de las

reglas de la Alianza Cooperativa Internacional y de la mutualidad. Entenderemos finalmente cómo la exigibilidad de muchas de las partidas previas al retorno cooperativo tiene su justificación precisamente en los Principios que se han ido recogiendo a lo largo de los Congresos que realiza Alianza Cooperativa Internacional y en el concepto mismo de mutualidad que le debemos principalmente a la doctrina italiana.

Abreviaturas

ACI:	Alianza Cooperativa Internacional
AG	Asamblea General
AIEE	Agrupación de interés económico europea
Apdo.:	Apartado
Art.:	Artículo
CCAA:	Comunidades Autónomas
C.C.:	Código civil español de 1889
C.Coop.:	Código Cooperativo portugués de 1966
Cfr.:	Confróntese
CCI:	Código civil italiano de 1942
CE	Constitución española
CIRIEC:	Centro Internacional de Investigación e Información de la Economía Social y Cooperativa
CR:	Consejo Rector
Dir.	Director
Disp. Ad.:	Disposición adicional
EGC:	Estatuto General de Cooperación francés de 1947
Ed.	Edición
Exp. Mot.:	Exposición de Motivos
FEP:	Fondo de Educación y promoción
FRO:	Fondo de reserva obligatorio
Gazz. Uff..	Gazzeta ufficiale
IPSA:	Industrial and Provident Societies de 1965-78
L31:	Ley de sociedades cooperativas de 4 de julio de 1931
L42:	Ley de 2 de enero de sociedades cooperativas de 1942
L74:	Ley 52/1974 de 19 de diciembre General de Cooperativas
LCA:	Ley 2/1985 de 2 de mayo de sociedades cooperativas de Andalucía
LCC:	Ley de sociedades cooperativas de Cataluña
LCCM:	Ley 4/1999 de 30 de marzo de sociedades cooperativas de la Comunidad de Madrid
LCV:	Ley 11/1985 de 25 de octubre de sociedades cooperativas de Valencia
	Cooperativas
LCE:	Ley 2/1998, de 26 de marzo de Sociedades Cooperativas de Extremadura
LCoop.:	Ley 27/1999 de 16 de Julio de Sociedades
LCPV:	Ley 1/1982 de 11 de febrero de sociedades cooperativas del País Vasco

LGC:	Ley 3/1987, de 2 de abril General de Sociedades Cooperativas
LSA:	Ley de Sociedades anónimas
LSC:	Ley de sociedades de capital
LSRL:	Ley de Sociedades de responsabilidad limitada
L74:	Ley de 19 de diciembre de Sociedades Cooperativas de 1974
L.1989:	Ley de 1 de mayo de Sociedades Cooperativas de 1889 de Alemania
L 20/1990:	Ley 20/1990 de 19 de diciembre de Régimen Fiscal de Cooperativas
Núm.:	Número
Op.cit.:	Obra citada
Párr.:	Párrafo
p.e.:	Por ejemplo
Pg.:	Página
Pgs.:	Páginas
PGC:	RD 1514/2007 de 16 de noviembre de 2007 por el que se aprueba el Plan General Contable
PYMES:	Pequeñas y medianas empresas
REVESCO:	Revista de estudios Cooperativos
RdS:	Revista de derecho de sociedades
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RRM:	Reglamento del Registro mercantil
RSCE:	Reglamento europeo de sociedades cooperativas
R71:	Reglamento de 13 de agosto de Sociedades cooperativas de 1971
SA:	Sociedad Anónima
SCE:	Sociedad Cooperativa europea
SCoop.:	Sociedad Cooperativa
SE:	Sociedad anónima europea
SPE	Sociedad privada europea
SRL:	Sociedad de responsabilidad limitada
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
Vid.:	Véase
Vol.	Volumen

CAPITULO I

EL RETORNO COOPERATIVO: PRINCIPIO INFORMADOR DEL TIPO SOCIETARIO COOPERATIVO DESDE SUS ORIGENES

1. El fenómeno cooperativo y el retorno: orígenes históricos

1.1. Antecedentes doctrinales del movimiento cooperativo

El actual movimiento cooperativo se inicia entre finales del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX, aunque Sin embargo, las ideas que sentaron sus bases, como son la «ayuda mutua» y la «solidaridad», se gestaron muchos siglos antes¹.

¹ Las tendencias hacia la colaboración y el apoyo común pueden considerarse como antecedentes de las modernas organizaciones de las actuales Sociedades Cooperativas (en adelante S.Coop.). Así, los estudios realizados sobre épocas prehistóricas demuestran que el hombre vivió originariamente agrupado en tribus. Las unidades familiares surgieron más adelante tras un largo proceso. Las tribus tenían la propiedad conjunta de los bienes y sólo se admitía la propiedad individual sobre determinados elementos de uso personal. Las diversas actividades económicas se desarrollaban en común y se practicaban formas de cooperación en los grupos dedicados a las tareas de caza, pesca etc... También las comunidades aldeanas, constituidas durante esas épocas prehistóricas, utilizaban los medios de producción de propiedad común y obtenían los bienes necesarios para el consumo del mismo grupo. Los miembros del mismo, trabajaban conjuntamente con cierta jerarquía establecida por voluntad de las personas que formaban el grupo. Bien es cierto que muchas de esas comunidades habían desaparecido cuando la humanidad pasó de la prehistoria a la historia y la vida económica en el periodo que se conoce como Edad Antigua (hasta el siglo V) ya se asienta en distintas bases. La «solidaridad» y la «ayuda mutua» no caracterizaron en este período a civilizaciones como las de Egipto, Asiria, Babilonia, Persia o Roma, que fundamentaban su riqueza y economía con base en el trabajo forzado de los esclavos, aunque puntualmente existieran atisbos de una especie de «cooperación» como en la misma Babilonia, dónde hubo diversas organizaciones para el arrendamiento y la explotación en común de las tierras de labor; y entre los griegos y los romanos, las asociaciones de seguros de artesanos y ciertos fondos voluntarios de ayuda mutua, principalmente para procurar sepultura. En la Edad Media (siglos V a XV), se evidencian actividades y sistemas de organización que revisten ciertos caracteres cooperativos por todo el mundo tanto en los ambientes rurales como en los urbanos. Ejemplo de ello es lo que sucedía en los territorios que hoy corresponden a Francia, Italia, Suiza o Inglaterra, en donde se producían agrupaciones de campesinos para realizar conjuntamente la transformación y algunas veces incluso la venta de la producción lechera; o las «frutières» en Francia, que conservan hoy esa denominación y constituyen queserías-cooperativas; o las primitivas granjas danesas o las comunas rurales suecas en las que se aplican reglamentaciones tradicionales similares. A medida que la población fue creciendo, también surgieron nuevas condiciones socio-económicas. Las ciudades traen consigo un sin fin de exigencias que en ocasiones se conseguían precisamente con el trabajo común. Es el caso de las clases medias, representadas por artesanos y comerciantes. Éstos se

En efecto, es durante los siglos XVI y XVII, en particular, cuando surgen en Europa las obras de una serie de filósofos y economistas que procuran subsanar los graves males de la organización socio-económica existente y cuando verdaderamente podemos hablar de los precedentes inmediatos de nuestra actual «cooperación». Sus novelas y otros escritos de intención social describen con detalle lo que deberían ser las nuevas comunidades, que a juicio de ellos, son lugares mejor organizados y más justos. Proponen conceptos nuevos acerca del gobierno, la propiedad privada, el trabajo, la familia y la educación. Estos pensadores reconocen como lejano antecedente a Platón (428-347 a.d.C.) por su obra la *República* y tienen entre sus representantes más destacados a Tomás Moro (1478-1535) por su obra *Utopía*².

Sus ideas, muchas veces originales y extrañas, estaban siempre inspiradas en la noble intención de lograr una mejora de las condiciones generales de la vida, lo que a su vez se entiende que sirvió de influencia en el pensamiento de los que hoy se reconocen como los precursores directos del cooperativismo. Entre estos últimos, se han destacado por la doctrina diversos nombres, pero la constante la constituyen Charles Fourier³ en Francia y

organizaban en «corporaciones» que tenían rasgos similares a los que en la actualidad revisten los sindicatos y también las S.Coop. Dichas «corporaciones» constituyen una importante manifestación pre-cooperativa y debe destacarse que desarrollaron interesantes prácticas de autogobierno y de ayuda mutua en materia económico-social. La Edad Moderna viene marcada por dos grandes períodos en este sentido, el primero, entre los siglos XV y XVI, es precisamente en el que aparecen en Europa las obras de referencia del origen directo del cooperativismo, principalmente encabezado por Robert Owen; y el segundo período que comprende los siglos XVII y XVIII, se caracteriza tanto por las inquietudes espirituales, como la intolerancia y las persecuciones de la época, lo que a su vez sirve de base para impulsar a algunos movimientos religiosos a organizar colonias de economía colectiva en diversas regiones del continente europeo y americano. En este período también, en particular en España, algunos gobernantes procuraron vanamente que en América se conservasen ciertos rasgos de la organización económica indígena las cuales contenían instrumentos tales como la propiedad común, la explotación común, el trabajo directo con el fin de evitar acaparadores o intermediarios etc... Igualmente merece la pena destacar de este período las misiones jesuíticas que se desarrollaron en América hasta la expulsión de los jesuitas decretada por Carlos III en 1767, dentro de los territorios que hoy pertenecen a Paraguay y a Argentina. Dichas misiones promovieron experiencias comunitarias y de colonización de caracteres muy específicos. En efecto, en el sometimiento de los indios americanos se combinó la dirección teocrática de los sacerdotes con un sistema que incluía caracteres como la igualdad, la propiedad privada y la propiedad comunal. *Vid.* KAPLAN DE DRIMER, A. y DRIMER B., *Las Cooperativas. Fundamentos. Historia. Doctrina*, 2ª edición, Buenos Aires, 1975, pgs. 197 y ss.

² *Ibi idem*, pg. 203.

³ Charles Fourier (1772-1837). Humilde empleado de comercio, y luego rentista divulgó ideas progresistas y borradores de muchas de las instituciones actuales. Al igual que Owen, creyó encontrar la solución de los problemas sociales a través de la asociación de las personas en colonias autónomas o comunidades agrícolas e

Robert Owen⁴ en Gran Bretaña. A ellos principalmente es a los que se les ha adjudicado a lo largo del tiempo la gestación de la mayor parte del conjunto de ideas que más tarde han desembocado en las reglas de la cooperación o el cooperativismo⁵. Así, los principios recogidos en los Estatutos de los primeros cooperativistas, es decir, de los que formaron parte de la Sociedad de Rochdale, conocidos como los «pioneros», proceden en su mayor parte de las ideas reformistas de estos pensadores del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, que se conocen con el nombre de socialistas utópicos. Sus ideas tuvieron continuidad en la obra de otros muchos que pretendieron, en suma, reconducir la sociedad hacia nuevos esquemas⁶.

Ahora bien, aunque la cooperación se haya concebido principalmente como «una reacción espontánea de la clase obrera contra los abusos del capitalismo»⁷, las primeras S.Coop. fueran incluso anteriores a Owen y Fourier y ninguno de ellos se ocupara de las S.Coop. de consumo de su tiempo, nada ha impedido que la doctrina más autorizada en esta materia afirme que tanto Owen como Fourier impulsaron de manera sobresaliente el movimiento cooperativo. Son precursores del cooperativismo porque son precursores de sus reglas; bien es cierto que cada uno apoyándose con diversa intensidad en uno u otro principio, pero tanto Owen como Fourier son los responsables de la enunciación y desarrollo de los principios de: 1. La asociación, 2. La naturaleza voluntaria de la

industriales, donde se organizaría la producción y el consumo de manera comunitaria. *Vid.:Ibi idem*; pgs. 211 y 212.

⁴ Robert Owen (1771-1858). Hijo de unos modestos artesanos de Gales, se inició como aprendiz pero rápidamente ascendió hasta convertirse en un fuerte industrial textil. Sus preocupaciones sociales lo indujeron a llevar a cabo una obra amplia y multifacética. «A través de ello, Owen se adelantó indudablemente a su época y marcó rumbos en materias sociológicas, económicas, políticas y educativas.», *Vid. Ibi idem*; pg. 208.

⁵ *Vid.* LAMBERT, P., *La doctrina cooperativa*, 2ª edición, Buenos Aires, 1961, pgs. 42-44, HURTADO LLOBREGAT, M^a. L; *La mutualidad y empresas cooperativas*, Barcelona, 1990, pg. 8, not. n. 13 bis; KAPLAN DE DRIMER, A. y DRIMER B., *cit.* pg. 203; MATEO BLANCO J., *El retorno cooperativo*, Zaragoza, 1990, pgs. 133 y 134.

⁶ Destacan entre ellos William King, Michel Derrion, Philippe Buchez, Louis Blanc, P.C. Plockboy, John Bellers entre otros. Para un ulterior estudio de la doctrina científica precursora del movimiento cooperativo, *Vid.:* LAMBERT, P., *cit.*, KAPLAN DE DRIMER, A. y DRIMER B., *cit.* pg. 207 a 228;

⁷ *Vid.* LAMBERT, P., *cit.*, pg. 43; en términos similares, refiriéndose al cooperativismo, se ha afirmado que se trata de «un movimiento espontáneo de carácter social, de una reacción de las capas menos favorecidas de la población, orientada hacia el objetivo esencial de dar cobertura-bajo un signo antiespeculativo y acapitalista- a aquellas necesidades de sus asociados no atendidas adecuadamente por el sistema», *Vid.* HURTADO LLOBREGAT, *cit.* pg. 1.

cooperación, 3. La empresa estructurada sobre la base de la democracia y 4. La finalidad de la empresa de ofrecer servicios y no la búsqueda del lucro⁸.

En una primera aproximación, podría parecer que en las cuatro reglas o principios centrales citados no se encuentra el retorno, al que, de hecho, no se refirieron ni Owen ni Fourier⁹. Sin embargo, se ha entendido que el retorno queda igualmente contemplado, ya que éste se integra en el cuarto principio, habiéndose afirmado que el retorno es el «principio más general de la actividad para el servicio»¹⁰.

1.2. Rochdale Society of Equitables Pioneers

A finales del año 1843 el mercado de la franela, una de las actividades manufactureras más importantes de Rochdale (Lancaster, Inglaterra), estaba marcado por la prosperidad. Los tejedores, con la sola intención de mejorar su remuneración y aprovechándose precisamente de tal prosperidad, comenzaron a solicitar de sus patrones la mejora salarial, a lo que éstos responderían que accederían siempre y cuando así lo hicieran los demás fabricantes. De hecho, con la finalidad de encauzar la situación, una o dos fabricas concedieron a sus obreros un aumento de salario pero con la condición de que el mismo quedaría anulado si la mayoría de los patrones no lo concedían del mismo modo. Así ocurrió y el aumento de salario no se mantuvo¹¹.

⁸ Así lo ha entendido la doctrina. Vid. LAMBERT, P., *cit.*, pg. 44. Para el mejor estudio sobre la vida y la obra de Robert Owen v.: DOLLEANS E., *Robert Owen*, Paris, 1908. Los principales estudios sobre el pensamiento de Fourier son los de Charles Gide, para un estudio detallado del mismo, Vid GIDE CH., «Les prophéties de Charles Fourier», *conferencia impartida en la Sociedad de economía popular*, Nîmes, el 8 de abril de 1886, 2ª edición, Nîmes, 1894 y *Fourier, précurseur de la coopération. Cours donné au College de France*, 1822-1923, Paris, 1924.

⁹ De todos modos, la doctrina moderna nos recuerda que si bien Fourier no descubrió el retorno sí que es precursor de otras formas de distribución de las utilidades que no corresponden al tradicional sistema de potenciación única del capital. En particular, Fourier, establece un original sistema de reparto de los resultados atendiendo en diversos porcentajes a tres elementos: trabajo, talento y capital, preponderando en todo caso el trabajo respecto de los otros dos elementos. Para un ulterior estudio del sistema de distribución de resultados propugnado por Fourier, Vid. MATEO BLANCO, J., *cit.* pgs. 55 y 56.

¹⁰ Vid. LAMBERT, P., *cit.*, pg. 44.

¹¹ Vid. HOLYOAKE, J.J., *Historia de los Pioneros de Rochdale*, trd. Bernardo Delom, Aecop. Zaragoza, 1973, pgs. 13 y ss.. Holyoake, autor coetáneo de la Sociedad de Rochdale, ha contribuido eficazmente con esta obra, cuya primera edición data de 1893, a difundir los conocimientos sobre la sociedad de los pioneros, así, Vid. KAPLAN DE DRIMER, A. y DRIMER B., *cit.* pg. 108, not. núm 2.

La situación en la que se encontraban los obreros estaba marcada por dos notas: de un lado, el capital era de los manufactureros y de otro, los comerciantes eran los titulares de las provisiones. Esas fueron las dos premisas de las que partieron los pioneros de Rochdale para configurar el nuevo sistema que se avecinaba. La adopción de medidas como la emigración o permitir la pérdida de la independencia, a través de la intervención del Estado con su Ley de amparo a los menesterosos, no resultaban, en modo alguno, soluciones atractivas¹². Ante semejante panorama, los obreros resuelven utilizar sus propios medios, convirtiéndose al mismo tiempo en comerciantes, industriales y capitalistas, bien es cierto que sin experiencia, conocimientos ni dinero. De hecho la ejecución de un sistema tan teórico por personas con enormes carencias formativas fue harto complicado. Tras diversos debates y propuestas¹³ se realizaron secretamente reuniones y se elaboraron planes para abrir un almacén cooperativo de consumo¹⁴.

Así, estos seguidores de las ideas principalmente de Robert Owen y de otros pensadores, decidieron fundar en 1844 una sociedad con la finalidad de crear un almacén de ventas, y así constituyen la «Rochdale Society of Equitable Pioneers»¹⁵. La sociedad se puso finalmente en funcionamiento el 21 de diciembre de aquel año con 28 socios fundadores obreros y artesanos¹⁶. No fue este almacén la primera entidad de carácter

¹² Vid. HOLYOAKE, J.J., *cit.*, pg 15.

¹³ Para una breve exposición de las principales posturas, encabezadas por los «cartistas», que proponían el sufragio universal y que el pueblo fuese el que dictaminase las leyes y los «teetotalers», que propugnaban la austeridad de los obreros para poder poner en marcha la sociedad, Vid. HOLYOAKE, J.J., *cit.*, pg 16 y 17.

¹⁴ Vid. HOLYOAKE, J.J., *cit.*, pg 18.

¹⁵ La sociedad tuvo que observar y adaptarse en cualquier caso en su origen a las leyes vigentes relativas a sociedades mutualistas, como son, la «Friendly Societies Acts» de 1829 y 1834 y ocho años después, a la «Industrial and Provident Societies Act», donde aparecieron las primeras disposiciones legales que reconocieron a las S.Coop. como entidades jurídicas autónomas.

¹⁶ «La actuación de aquellos hombres casi parece de leyenda. No eran sino unos pocos obreros, en su mayor parte tejedores, abrumados por el problema de los bajos salarios y la carestía de las subsistencias. No poseían sino una instrucción elemental, y algunos de ellos, la cultura y la vocación social que habían adquiridos con las lecturas de Robert Owen, aquel sugestivo y un tanto extraño reformador de la sociedad. Mediante el pago de cuotas de dos o tres peniques semanales, crearon un fondo que les permitió abrir una tienda de comestibles y artículos de consumo doméstico, a fin de satisfacer por sí mismos las necesidades que sentían como consumidores, sin tener que comprar los productos en los comercios», Vid. HOLYOAKE, J.J., *cit.*, prólogo de J. M^a Nasarre, pgs. 5 y 6

cooperativo creada en el mundo¹⁷, pero la doctrina se hace eco de la consideración de esta sociedad como la promotora del movimiento cooperativo mundial¹⁸

El resultado de su educación socialista les hizo considerar el crédito como un mal social, por lo que consideraban que la supresión del crédito tendría como consecuencia que los intercambios comerciales fueran más transparentes y fáciles. Se declararon así partidarios de la venta al contado y nunca más se separaron de esta regla en su conducta¹⁹. Copiaron de la «Sociedad de Socorros para Casos de Enfermedades y Sepelios» todas aquellas disposiciones que entendían que más se amoldaban a sus propósitos²⁰. En sus Estatutos se recogía lo que luego, en gran medida, ha desembocado en los actuales principios o reglas de la cooperación, por lo que estas primeras propuestas se pueden considerar que fueron el motor para poner en marcha el movimiento cooperativo. «Su base consistía en administrar el establecimiento democráticamente, con dirigentes elegidos por el grupo, y abonar un interés limitado a cada socio por el capital aportado, así como distribuir los beneficios entre todos en proporción a las compras efectuadas por cada uno»²¹, peculiar sistema de distribución de los excedentes y que hoy en día es entendido como el reparto de los retornos cooperativos. Si consideramos, como hace la doctrina por unanimidad, que Los Estatutos de Rochdale son el verdadero inicio estructurado de la cooperación, sobra decir que el retorno ha estado presente siempre, no sólo como un sistema de distribución aplicable sino como un principio configurador.

¹⁷ Se hace a la Sociedad de Rochdale responsable popularmente del nacimiento de las S.Coop. de consumo en particular y de potenciar el movimiento cooperativo en general. Se puede decir, que las S.Coop. como entidades jurídicas singulares surgieron en Europa en el S.XIX y crecieron dentro de cinco tradiciones distintas así: 1. Las S.Coop. de consumo surgen con la Sociedad de Rochdale; 2. la S.Coop.de trabajo en Francia; 3. Las S.Coop. de crédito en Alemania; 4. Las S.Coop. agrícolas en Dinamarca y Alemania; y 5. Las S.Coop. de servicios en diversos puntos de la Europa industrial. Estas cinco tradiciones, que corresponden en la actualidad a cinco clases de S.Coop., se difundieron en diverso grado por el resto del mundo a lo largo del siglo XX, cfr.: el informe realizado en el Congreso de 1995 en Manchester reproducido en INTERNATIONAL CO-OPERATIVE ALLIANCE 1995, *Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la Identidad Cooperativa. Los Principios Cooperativos*, 2ª edición (especial para COCETA e INFES) 1996, pg. 25.

¹⁸ Vid. HOLYOAKE, J.J., *cit.*, introducción de Bernardo Delom, pg. 11.

¹⁹ Tanto es así que casi 100 años después se elevó por la Alianza Cooperativa Internacional a principio Cooperativo en el Congreso de París de 1937, al que nos referiremos en apartados posteriores al abordar la organización de la Alianza Cooperativa Internacional.

²⁰ Vid. HOLYOAKE, J.J., *cit.*, pg 19.

²¹ *Ibi idem*, pg 5.

Las propuestas de los pioneros de Rochdale, que aparecían en el mismo art. 1 de los Estatutos, fueron las siguientes²²:

*La Sociedad tiene por finalidad y por objeto realizar un beneficio pecuniario y mejorar las condiciones domésticas y sociales de sus miembros, mediante el ahorro de un capital integrado por las acciones de un libra esterlina, a fin de llevar a la práctica los siguiente planes:

-Abrir un almacén para la venta de provisiones, ropas, etc...

-Comprar o construir un cierto número de casas destinadas a los miembros que deseen ayudarse mutuamente para mejorar su condición doméstica y social.

-Iniciar la fabricación de los artículos que la Sociedad estimare conveniente para proporcionar trabajo a los miembros que estuvieran desocupados o sujetos a repetidas reducciones de salarios.

-A fin de dar a sus miembros más seguridad y mayor bienestar, la Sociedad comprará o adquirirá tierras que serán cultivadas por los socios desocupado o cuyo trabajo fuera mal remunerado.

-Tan pronto como sea posible, la Sociedad procederá a organizar los factores de producción, la educación y su propio gobierno, o en otros términos, establecerá una colonia indígena que se bastará a sí misma y en la cual los intereses estarán unidos. La Sociedad ayudará a las otras sociedades cooperativas para establecer colonias similares (proyecto éste que nunca se ha llevado a la práctica en nación alguna).

-A fin de propagar la sobriedad, la sociedad establecerá tan pronto como sea posible, un salón de templanza.

²² *Ibi idem*, pg 20 y 21.

Considerando lo anterior, podemos pues afirmar que el movimiento cooperativo desde sus orígenes se configura como un organización económica con una finalidad de ayuda mutua, centrando en los propios beneficiarios de la actividad económica el protagonismo en la gestión y en el desarrollo del objeto social de la misma. Como hemos indicado, surge como reacción de las clases obreras ante su padecimiento por lo que entendían como injusticias del capitalismo. Promovidos por la solidaridad y la ayuda recíproca, comienzan a agruparse todos aquellos que se identificaban entre sí por adolecer de las mismas necesidades, con la única finalidad de producir bienes y servicios a un costo inferior al del mercado.

La «Sociedad de los Equitativos Pioneros de Rochdale» no constituye la primera cooperativa del mundo, pues fue precedida por numerosas experiencias²³, por lo que el auténtico valor y relevancia de esta Sociedad que ha marcado un punto de inflexión en el cooperativismo, radicó en que fue la primera S.Coop. que supo verdaderamente sistematizar sus ideales y su funcionamiento en unos principios. Aunque los pioneros de Rochdale no tuvieron la pretensión de dictar las normas para todo el movimiento cooperativo, sin embargo su éxito fue tal que se difundieron como modelo por todo el mundo²⁴.

En la actualidad, los Estatutos de Rochdale mantienen vigente su importancia a través de la Alianza Cooperativa Internacional (institución de la que nos ocuparemos más adelante), puesto que se ha considerado que los principios que ésta a día de hoy proclama en el movimiento cooperativo²⁵, tuvieron su origen y base en el estudio y adecuación de las reglas de los pioneros²⁶.

²³ Es precisamente Alexander Campbell, descubridor del retorno cooperativo, el que se proclama fundador de la primera S.Coop. en 1829 en Glasgow, v.: MATEO BLANCO, J., *cit.* pg. 47.

²⁴ Cfr. KAPLAN DE DRIMER, A. y DRIMER B., *cit.* pgs. 108 y 109.

²⁵ La última declaración de principios de la Alianza Cooperativa Internacional ha sido en Manchester en 1995.

²⁶ «Era pues necesario extraer los principios rochdalianos, estudiar su aplicación en épocas posteriores y realizar una formulación de los principios cooperativos; tal ha sido la obra emprendida por la Alianza Cooperativa Internacional», KAPLAN DE DRIMER, A. y DRIMER B., *cit.* pg. 109.

1.3. Descubrimiento y difusión del sistema del retorno cooperativo

Alexander Campbell fue el primero en propugnar el sistema de remuneración de los asociados en función de su participación y no del desembolso de éstos al capital en las sociedades de consumo²⁷, sistema que más tarde se elevó a principio cooperativo. Es, sin embargo, a la actuación de Charles Howarth, a la que se debe su inserción en la Sociedad de Rochdale e incluso su descubrimiento por segunda vez²⁸.

En el caso de las S.Coop. de trabajo asociado, se ha adjudicado a Buchez²⁹ su titularidad³⁰ tras fijar éste en 1931 entre las reglas fundamentales de las S.Coop. autónomas de producción, un sistema de reparto de salarios a los obreros proporcional a su intervención o trabajo en la S.Coop.³¹

²⁷ Alexander Campbell, de Glasgow, partidario de las ideas owenistas y uno de sus discípulos más notables, anuncia este principio en 1822 y lo introduce en 1829 en el Estatuto de la Sociedad de Cambuslang, aunque ese principio ya figuraba en las reglas de la Sociedad de los molinos de Meltham, en 1827, cfr.: KAPLAN DE DRIMER, A. y DRIMER B., *cit.* pg. 125, not. núm. 23; LAMBERT, P; *cit.*, pg. 56; HOLYOAKE, J.J., *cit.*, pgs. 30 y 31; el mismo autor, en la obra que citamos, hace un breve recorrido sobre la vida y obra de Campbell, reseñando particularmente el compromiso que a lo largo de toda su vida tuvo con el cooperativismo, principalmente en las pgs. 47-49.

²⁸ Partidario de la atribución a Howarth como descubridor del retorno cooperativo: TOTOMIANZ, «La cooperazione», *Rivista della Cooperazione*, Roma 1960, pg. 21. Las dobles invenciones, narra la doctrina, son frecuentes, siendo ello lo que aconteció al descubrimiento del retorno según algunos, ya que se ha señalado el desconocimiento de Howarth sobre lo que ya había expuesto algunos años antes Campbell, en este sentido, HOLYOAKE, J.J., *cit.*, pg. 31. Escéptico con respecto a esta solución se muestra MATEO BLANCO, J., *cit.* pg. 52, cuando señala que: «Otro punto sin dilucidar es si Howarth conocía la obra de Campbell, lo que es muy posible, al ser los dos owenitas y sobre todo por la vida de agitador del escocés, que como hemos visto recorrió casi todo el país en actos de propaganda».

²⁹ Philippe Buchez, (1769-1865), discípulo de Saint-Simon, tiene una inspiración reformadora que le viene del cristianismo; es católico, pero al mismo tiempo es un revolucionario muy activo. Se separará de la doctrina de Saint-Simon por motivos religiosos aunque no por motivos de doctrina económica, *vid.* LAMBERT, P; *cit.*, pg. 46.

³⁰ En principio la Escuela de Saint-Simon nada tuvo que ver en el cooperativismo, pero se ha dicho que fue Buchez, un saint-simoniano, el que «partiendo de la idea de trabajo asociado, llega a ser el teórico sistemático de la cooperativa de producción», pg. *Ibi idem*, pg. 46. La titularidad de Buchez no le resta mérito a los pioneros, a los que se les ha reconocido que ellos supieron de una forma más concisa y adecuada recoger el principio del retorno cooperativo, así: *Ibi idem*, pg. 82.

³¹ Los pasajes de su proyecto relativos a este tema se publicaron en el *Journal de sciences morales et politiques*, del 17 de diciembre de 1831 y se reproducen íntegramente en LAMBERT, P; *cit.*, pg. 329, anexo I, en los siguientes términos: -refiriéndose a los trabajadores- «2. Cada uno de ellos continuaría cobrando un salario según los usos adoptados en la profesión, es decir, por jornal o a tarea, y según la habilidad individual. 3. Una cantidad equivalente a la que los empresarios intermediarios descuentan cada jornada, ser reservaría; a fin de año, esa cantidad, que sería el beneficio neto, se repartiría de la siguiente forma: veinte por ciento para

Como quiera que fuese, con la aplicación de este sistema de reparto, con independencia de la clase de S.Coop. ante la que nos encontremos, se consigue inexorablemente lo que resulta difícil o casi imposible para otra clase de empresa, esto es, que el consumidor se preocupe por la marcha del negocio, lo que estrecha claramente el vínculo entre cliente y almacén. Esto supone, sin duda, la concreción de la idea originaria de los obreros-tejedores de Rochdale: trabajar en común para así poder repartir los resultados y mejorar las economías de todos los que sean miembros de la sociedad, evitando a los comerciantes, industriales y capitalistas, los cuales, por su parte, encarecen la producción y se adueñan del resultado sin haber intervenido directamente en el trabajo necesario para el funcionamiento del almacén³².

A finales del año 1845, el almacén de los pioneros de Rochdale contaba con más de ochenta socios y un capital de 181 libras esterlinas. El capital del almacén de las provisiones, que recibía el nombre de «Store», recibía un interés de 2.5 por 100, lo que se elevó a 4 y después a 5. Cuando estuvieron pagados el interés y los gastos de administración, se repartían el resultado de las compras efectuadas por cada uno. Por eso a los pioneros se les ha atribuido el mérito de hacer valer el principio de repartir los resultados en proporción a las compras y no en proporción al capital³³.

En los almanaques, de publicación anual, de la Sociedad de Rochdale, figuran sus progresos y vicisitudes y es donde se exponen las reglas establecidas para la admisión; las medidas a adoptar en caso de divergencias y la distribución de las utilidades³⁴. En relación a esta última tarea, se fijó que tras una serie de dotaciones obligatorias previas³⁵, los

formar y aumentar el capital social; el resto se emplearía en socorros o se distribuiría entre los asociados, a prorrata de su trabajo».

³² Cfr.: HOLYOAKE, J.J., *cit.*, pg.21 y 22.

³³ Vid. LAMBERT, *cit.* pg. 82; HURTADO LLOBREGAT, *cit.* pg. 392 y HOLYOAKE, J.J., *cit.*, pg 32

³⁴ Los primeros reglamentos se publicaron en 1844 y desde entonces se han producido diversas modificaciones pero en lo básico se mantuvieron, *vid.* HOLYOAKE, J.J., *cit.*, pg. 40.

³⁵ Las dotaciones previas al retorno o reparto de los excedentes entre los asociados de forma proporcional a sus compras eran: «La devolución de las utilidades se efectúa trimestralmente, después de haber descontado: 1. Los gastos de admisión; 2. Los intereses sobre los capitales obtenidos en préstamo; 3. El porcentaje de amortización sobre las mercaderías en existencia. 4. Los intereses al capital accionario. 5. Las reservas para la extensión de las operaciones y 6. el 2'5 por 100 de la suma restante para ser empleado con fines de educación.», así lo recoge HOLYOAKE, J.J., *cit.*, pg. 43.

excedentes que todavía resultaran se dividirían entre los socios del almacén en «proporción al monto de las compras efectuadas por cada uno durante el trimestre»³⁶, sin repartir entre los aquellos excedentes que no resultasen de la intervención de los miembros, o dicho de otro modo, no se podía ya en la época de la Sociedad de Rochdale repartir entre los socios los resultados obtenidos de las operaciones entre la Sociedad y los terceros³⁷.

Con lo que, con independencia de quien fuera el descubridor del original sistema de reparto de excedentes en una S.Coop., es unánimemente reconocido tanto que son los pioneros de Rochdale los que verdaderamente lo impulsan, como que la Alianza Cooperativa Internacional lo mantiene vigente en sus sucesivas declaraciones de principios, como a continuación podremos comprobar en los siguientes apartados. En fin, está claro que la difusión de la práctica del retorno entre las S.Coop. encuentra su verdadero impulso en la Sociedad de Rochdale porque, como ya hemos reiterado, aunque ni los pioneros constituyeron la primera S.Coop., ni fueron los inventores del retorno, la influencia en el resto del mundo cooperativo del contenido de sus Estatutos no tiene parangón.

³⁶ Sistema que se recogió en el art. 22 de los Estatutos de Rochdale: «En cada asamblea general trimestral, los directivos, en su informe financiero, publicarán el importe de los beneficios realizados por la sociedad durante el trimestre precedentes, el cual será repartido como sigue: un interés del tres y medio por ciento anual se pagará a todas las participaciones liberadas antes del principio del trimestre; los beneficios restantes se pagarán a cada miembro en proporción al importe gastado en la despensa», recogido y publicado el texto íntegro de los Estatutos en LAMBERT, P; *cit.*, anexo II, pgs. 335 y ss., y que se reiteró diez años después en el art. 11 del texto de los Estatutos adoptados en la Asamblea General de los miembros, el 23 de octubre de 1854 en los siguientes términos: «Los beneficios netos de cualquier comercio que ejerza dicha sociedad, que no sea el comercio al por mayor que se mencionará, después de haber pagado o previsto los gastos de administración, el interés de los capitales recibidos en préstamos, la reducción lógica del valor de las mercancías en existencia y, como se ha dicho más arriba, los intereses (dividendos) al capital suscrito, (los beneficios netos) se aplicarán periódicamente y por indicación de las asambleas trimestrales ordinarias, bien a aumentar el capital o los negocios de la sociedad, o bien a un fin de previsión autorizado por las leyes en vigor que rigen las Friendly Societies, la cantidad que reste, menos un dos y medio por ciento, se repartirá entre los miembros de la sociedad a prorrata del importe de sus compras en la despensa durante el trimestre», *vid.* EGUIA VILLASEÑOR, F., «Los principios del cooperativismo. De Rochdale a nuestro días. (compilación y notas)», México, 1984, pg. 21.

³⁷ Como claramente se recoge en HOLYOAKE, J.J., *cit.* pg. 44.

2. Los principios cooperativos en el surgimiento de la Alianza Cooperativa Internacional. El acogimiento del principio del retorno cooperativo.

2.1. Origen de la Alianza Cooperativa Internacional

La Alianza Cooperativa Internacional es uno de los organismos internacionales no gubernamentales con mayor antigüedad y está reconocida e inscrita en la Organización de las Naciones Unidas con la categoría de miembro de la clase A³⁸. Es conocida en muchos países con las siglas A.C.I. (Alliance Coopérative Internationale, Alianza Cooperativa Internacional) ó I.C.A. (International Cooperative Alliance). La ACI asocia a la mayoría de las organizaciones cooperativas que existen, con el fin de su representación, asesoramiento y promoción. Su interés desde sus comienzos por conseguir una formulación universal de los principios cooperativos tiene como fin principal unificar conceptos y distinguir las verdaderas de las falsas S.Coop.

Como uno de los antecedentes directos de la ACI, puede mencionarse «la Asociación de todas las clases, de todas las naciones» creada por Robert Owen en 1835; como también le precedieron una serie de congresos de S.Coop. que se celebraron a lo largo del siglo XIX, hasta que finalmente se produjo el Congreso de Londres en 1895, que fue el que decidió la creación de la Alianza Cooperativa Internacional³⁹. Así, queda fundada ese mismo año la ACI en Londres, donde mantiene su sede en la actualidad. Al año siguiente de su constitución se elaboraron y aprobaron los primeros Estatutos en el Congreso de Paris.

En un principio ejercieron gran influencia en la ACI los partidarios de las cooperativas obreras de producción y los defensores de la participación de los trabajadores en los beneficios de todo tipo de empresas, pero esa tendencia ha ido desapareciendo de la ACI. En la actualidad, la ACI mantiene una total neutralidad política y religiosa, sus miembros

³⁸ Vid. WATKINS, W.P. *L'Alliance Coopérative Internationale 1895-1970*. ACI Londres, 1971.

³⁹ Vid. KAPLAN DE DRIMER, A. y DRIMER B. *op. cit.*, pg. 392.

son esencialmente federaciones y otras asociaciones nacionales de cooperativas, los cuales financian la organización a través de sus suscripciones anuales⁴⁰.

2.2. Objetivos y estructura organizativa

En relación con su interés por elaborar unas reglas básicas para toda la cooperación, su postura ante los principios rochdalianos consistió en que éstos debían perdurar en sus aspectos más esenciales pero que en modo alguno debían ser concebidos como principios inamovibles⁴¹.

Desde que la ACI se constituyera en 1895 no ha dejado de celebrar congresos⁴², como sistema eficaz de promover el cooperativismo y sus principios.

Los objetivos que se propone la ACI principalmente son: 1. Ofrecer una información de los métodos y progresos de la materia cooperativa a través de su investigación y divulgación. 2. Promocionar el cooperativismo a través de la difusión de la educación cooperativa, exponiendo en el ámbito internacional las doctrinas, experiencias y problemas cooperativos. 3. Ocuparse del mantenimiento de las relaciones solidarias de sus miembros, fundamentalmente a través de reuniones periódicas. 4. Estimular los vínculos de naturaleza

⁴⁰ Cfr. *Ibi idem*, pgs. 393 y 395.

⁴¹ En este sentido vid. el informe sobre la Declaración de la ACI sobre la identidad Cooperativa relativo al Congreso celebrado en Manchester en 1995 cuando al referirse a los principios rochdalianos señala que: «Son las pautas mediante las cuales los cooperativistas se esfuerzan por desarrollar sus organizaciones cooperativas. Son principios prácticos en sí mismo, creados tanto por la experiencia de generaciones como por el pensamiento filosófico. Son, por consiguiente, flexibles, aplicables con diferentes grados de detalle en diferentes tipos de cooperativas en distintas situaciones», publicado en INTERNATIONAL CO-OPERATIVE ALLIANCE 1995, *cit.* pg. 67.

⁴² Nosotros abordaremos únicamente los Congresos de 1937 y de 1966 por la especial significación que han tenido en la trayectoria del movimiento cooperativo. Sobre estos y los demás congresos se ha producido una vasta literatura, *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, F; «Principios cooperativos y experiencia cooperativa», en *Congreso de Cooperativismo*, Universidad de Deusto, Bilbao 1988, pgs. 89 y ss., KAPLAN DE DRIMER, A. y DRIMER B., *cit.*; LAMBERT, P., *cit.*; DEL ARCO; «Doctrina y principios cooperativos», *Anales de Estudios Cooperativos*, 1986, pgs. 137 y ss.; VERRUCOLI; «I «principi» dell'Alleanza Cooperativa Internazionale e la loro applicazione nella legislazione italiana», *Rivista di cooperazione*, núm. 5, 1980, pgs. 136 y ss., SANTIAGO PARRA DE MÁS: *La integración de la empresa Cooperativa (Evolución de los Principios Cooperativos)*, Madrid, 1974.

económica entre las entidades afiliadas. 5. Representar el movimiento cooperativo mundial y defender los intereses comunes⁴³

Las actividades que desarrolla, precisamente para alcanzar sus objetivos, se pueden sintetizar en las siguientes: 1. Realización de estudios sobre la problemática actual principalmente de las S.Coop. 2. Divulgación de noticias e informaciones acerca del desarrollo cooperativo mundial. 3. Edición de publicaciones periódicas (como la Revista de la Cooperación Internacional). 4. Organización de su biblioteca. 5. Organización de la Fundación Henry J. May (en homenaje al que fue durante 25 años secretario general de la ACI), dedicada ésta a la educación y formación en el cooperativismo. 6. Asistencia técnica en materia de cooperativas en países en vías de desarrollo y 7. En todo caso y siempre, mantenimiento de las diversas relaciones internacionales a través principalmente: a) del mantenimiento de estrechos vínculos con otras instituciones, en particular con las Naciones Unidas con la que colabora como organización no gubernamental en su Consejo Económico y Social, b) intensifica los lazos solidarios en todos los ámbitos a través de encuentros gestionados por los Comités Auxiliares de la ACI y c) establece Oficinas Regionales de la ACI (cuentan ya con oficinas en Asia y África Central y Oriental).⁴⁴

Los órganos en los que ha dividido la ACI su estructura organizativa, a través de los cuales organiza sus actividades como medio para lograr sus fines son: el Congreso; el Comité Central; el Comité ejecutivo y la Secretaría⁴⁵. Comenzando por el órgano de mayor rango, el «Congreso», este se organiza a través de una Asamblea que se compone por los delegados de las entidades-cooperativas afiliadas. En general se reúne cada tres años en diferentes países. Se ocupa principalmente de someter a análisis el informe presentado por el Comité Central, discute las mociones, presenta y emite resoluciones. Por otra parte, la ACI cuenta en su estructura organizativa con el «Comité Central». Es un órgano elegido por el Congreso y está compuesto por representantes de las organizaciones cooperativas nacionales. Se reúne al menos una vez al año y también antes y después de la celebración

⁴³ Cfr. KAPLAN DE DRIMER, A. y DRIMER B., *op. cit.*, pg. 396.

⁴⁴ *Ibi idem*; pg. 396 y 397.

⁴⁵ Forman parte también de la estructura organizativa de la ACI los Comités auxiliares, que se especializan en distintos aspectos de las actividades cooperativas, *Ibi idem*, pg. 395.

de un Congreso. Se ocupa de vigilar el cumplimiento de las resoluciones del Congreso y entre otras competencias, confirma o rechaza las decisiones del «Comité Ejecutivo». Este último, a su vez, está compuesto por un Presidente y dos Vice-presidentes elegidos por el Comité Central. Se suele reunir cada tres meses y trata los asuntos de la ACI en el período intermedio entre una y otra reunión del Comité Central. Se ocupa principalmente de supervisar la actuación de la Secretaría; de admitir o rechazar solicitudes de afiliación mediante decisiones que pueden apelarse ante el Comité Central; examina los temas financieros; nombra a los principales funcionarios etc... Por último, se encuentra la «Secretaría», encabezada por el Director de la Alianza, elegido a su vez por el Comité Central. Asiste con voz pero sin voto a las reuniones de las autoridades de la ACI y atiende de manera permanente los asuntos relacionados con ésta⁴⁶.

2.3. Principales Congresos

2.3.1. El Congreso de París de 1937

En 1930, la ACI, en su Congreso decimotercero, realizado en Viena, encomendó a su Comité Central que analizase las condiciones bajo las cuales deberían ser de aplicación los principios de los pioneros en diversos países e incluso, si fuera necesario, redefinirlos⁴⁷. Sin embargo, es en el decimoquinto Congreso de la ACI, reunido en París en 1937, donde se aprobó la siguiente formulación de los principios: 1. Adhesión libre; 2. Control

⁴⁶ *Ibi idem*, pg. 399.

⁴⁷ «El memorando declara que se utilizaba de un modo excesivo la referencia a los principios de Rochdale, hasta un punto que se restringía el examen de los nuevos problemas que surgían del desarrollo incesante del comercio y de la industria, problemas que un siglo antes no presentaban el mismo aspecto ni las mismas dimensiones. Al proponer la resolución, Cleuet dijo que el objetivo principal era obtener lo que nunca se había logrado, una lista correcta y completa de los Principios de Rochdale. Que en segundo lugar era necesario saber como fueron interpretados por parte de los diferentes movimientos nacionales reunidos en la ACI, los estatutos principales formulados por los pioneros de Rochdale. Finalmente, que en vista de las dificultades para tratar de resolver todos los problemas mediante la aplicación de unos estatutos casi centenarios, era necesario llegar a un acuerdo de todo principio dado. El objetivo principal era tratar de obtener una clara definición de la doctrina cooperativa y de los métodos que debían recomendarse para el desarrollo del movimiento cooperativo en todos los países», *vid.* WATKINS, W.P., *cit.* pg. 183. Para un ulterior estudio del contenido de los debates y del sistema de trabajo utilizado por los comités que se produjeron con motivo del Congreso de 1930, *vid.* MATEO BLANCO, J., *cit.*, pgs 20-22.

democrático⁴⁸; 3. Distribución a los asociados del excedente a prorrata de sus operaciones; 4. Interés limitado sobre el capital⁴⁹; 5. Neutralidad política y religiosa; 6. Venta al contado; 7. Desarrollo de la educación⁵⁰.

Según la recomendación del Comité Central, la ACI admitió que entre estos siete principios hay una diferenciación. Los cuatro primeros son lo que realmente deciden el carácter esencialmente cooperativo de una entidad, mientras que los tres restantes aún cuando son caracterizadores de un sistema rochdaliano y se han venido aplicando exitosamente, no pueden ser considerados elementos esenciales para ser admitido en la ACI.⁵¹

⁴⁸ Este control democrático caracterizado por la genérica aplicación de la regla de un hombre un voto se ha negado que tenga conexión con el principio del retorno, en particular Paul Lambert, ya antes de la declaración de principios de 1966, entendió que querer establecer una correspondencia entre la atribución del poder con el beneficio y la asunción del riesgo era un «menosprecio» al sistema cooperativo, y para ello se vale del claro ejemplo de la S.Coop. de consumo y sus reglas básicas en los siguientes términos: «1. Atribución del poder: cada miembro dispone de un voto, cualquiera que sea la importancia de sus compras y su participación en el capital; 2. Atribución del beneficio: en proporción a las compras de cada miembro; 3. Asunción del riesgo: medido por la participación de cada uno en el capital, - con lo que entiende lógicamente el autor que- cada vez la unidad de medida es diferente. Por ejemplo, un miembro, que sólo tiene un voto, puede tener a lo largo de un ejercicio, un consumo nulo, y poseer, gracias a acumulaciones anteriores, una participación importante en el capital», *vid.* LAMBERT, P., *cit.*, pg. 73 y 74.

⁴⁹ En relación al interés limitado sobre el capital, niega Paul Lambert que dicho principio produzca un efecto de ahorro entre los asociados, efecto que sin embargo sí le adjudica al retorno. Las cooperativas no pagan un interés al capital por cumplir una obligación de lealtad o para animar a sus socios al ahorro sino únicamente por necesidad, *ibi idem.*, pg. 76. Desde otra óptica sí se han relacionado ambos principios. Así, se ha expresado por parte de la doctrina, que el principio de distribución de excedentes entre los asociados en proporción a sus operaciones está relacionado con el principio de interés limitado, puesto que ambos hacen referencia al destino de los excedentes que derivan exclusivamente de las actividades cooperativas. Ambos ponen de manifiesto el interés de la S.Coop. por recompensar la intervención activa en la S. Coop. a través de su remuneración. De ahí que la remuneración del capital tenga un interés limitado y que el resultado contable positivo se regrese en proporción a la participación de cada uno de los miembros. Dicho de otro modo: Las cooperativas constituyen, en efecto, organizaciones socio-económicas “sui-generis” en las que, mientras el capital accionario sólo tiene derecho a percibir un interés limitado, los excedentes resultantes de sus actividades se destinan a diversas finalidades comunes (desarrollo de las actividades de la cooperativa, servicios comunes) o bien se distribuyen entre los asociados en proporción a sus respectivas operaciones con la entidad (operaciones de compra de artículos y servicios, de entrega de productos o de trabajo), *vid.* KAPLAN DE DRIMER, A. y DRIMER B., *cit.* pg. 124.

⁵⁰ Recogidos principalmente en los Estatutos de Rochdale en 1844 1. Adhesión libre (arts. 13 y 14); 2. Control democrático (arts. 2-12); 3. y 4. Distribución a los asociados del excedente a prorrata de sus operaciones e Interés limitado sobre el capital (arts. 22-25); 5. Neutralidad política y religiosa (según Lambert, este principio se recogió por vez primera en la asamblea general del 4 de febrero de 1850, *cit.*, pg. 87); 6. Venta al contado (art. 21); 7. Desarrollo de la educación (art. 42 de los Estatutos de 1854).

⁵¹ *Vid.* KAPLAN DE DRIMER, A. y DRIMER B. pgs. 113-115.

De este mismo Congreso se han extraído una serie de ventajas y de desventajas que dicha declaración de principios produce y que son las siguientes:⁵² gracias al Congreso de 1937 y a las reglas que ahí se proclamaron: «1. Se llegó a un acuerdo común, aunque se dejó la puerta abierta a su revisión posible en el futuro. 2. Se reconoció por todos el foro de la Alianza Cooperativa Internacional, desplazando así el centro de gravedad de la doctrina, del lejano hecho de Rochdale a un organismo vivo y actuante, capaz de vigilar y adecuar en su momento el hábeas doctrinal. La ACI salió altamente fortalecida. 3. Se destaca la importancia de su redacción en frases cortas, con una metodología muy pedagógica, fáciles de entender y asimilar y conservar y que por ello mismo calaron pronto en el cooperativismo de todo el mundo. Con ello resultaba fácil diferenciar lo que era una cooperativa de lo que era otro tipo de empresa. 4. Se acabó con un mito de intocables que tenían los principios de Rochdale, separando el grano de la paja, conservando lo esencial y lo que tiene valor perenne, dejando atrás lo circunstancial y abriendo el camino para su reactualización cuando fuera necesario. 5. Se dejó sentado el precedente y abierto el camino para una segunda reforma, la de 1966, que, basada en la de 1937, tiene más ambición de permanencia». Por otra parte, los defectos que se enuncian radican en que: «1. La propia brevedad de los enunciados de los principios tuvo como contrapartida a su éxito pedagógico la posibilidad de interpretaciones ambivalentes o plurivalentes. Ello llevó a su modificación posterior al cuarto de siglo. 2. Sin conocer el texto del Informe sin embargo se puede deducir que son más bien un paso de transición en el que todavía hay que hacer concesiones a un rochdalianismo muy arraigado, de manera que la propia fórmula de dividirlos en dos categorías muestra que se trata del ofrecimiento de un paso transitorio para llegar a una reformulación más concreta y explicativa y sobre todo más razonada».

Estos principios rigieron el movimiento cooperativo durante 20 años, años que por su parte han estado marcados por la Guerra mundial, la guerra fría, la reconstrucción de Europa y la descolonización. Momentos históricos de una naturaleza tal que favorecieron la expansión, penetrabilidad y permanencia del cooperativismo en todos los regímenes políticos y países⁵³.

⁵² Vid. EGUIA VILLASEÑOR, F., *cit.* pg. 39.

⁵³ Vid. asimismo MATEO BLANCO, J., *cit.*, pg. 24.

2.3.2. El Congreso de Viena de 1966

a) Introducción

El Congreso vigésimo-segundo de la ACI, celebrado en Bournemouth del 14 al 17 de octubre de 1963, adoptó la resolución de solicitar al Comité Central constituir una comisión para formular los principios fundamentales del cooperativismo y determinar por qué y hasta qué punto los principios de la Sociedad de Rochdale recogidos en el Congreso de París no eran cumplidos. Una vez que la Comisión examinó los resultados, tuvo que abordar la tarea de descubrir si los principios de 1937 respondían a las necesidades políticas, económicas y sociales del momento⁵⁴, y con base en ello resolver en qué medida debían ser estos reformulados⁵⁵.

Entre los días 4 y 6 de marzo de 1966, por iniciativa del Instituto de Estudios Cooperativos en Francia, se llevó a cabo un Coloquio en Lieja en el que se abordó de manera incisiva el tema de los principios cooperativos. Con el Coloquio se pretendía que, a

⁵⁴ El panorama parecía similar al que existía en el Congreso de París de 1937, pero no era así, y es en este sentido como lo expuso la ACI en la segunda parte del documento que informa sobre el Congreso de 1966, relativo este apartado en particular a la Comisión que se nombra para analizar los principios de la ACI, como reproduce íntegramente EGUIA VILLASEÑOR, F., *Op cit.* pg. 167, apdo. c) Antecedentes históricos: «Comparándola con el Comité especial de 1930-37, la Comisión ha trabajado en condiciones totalmente distintas. Aunque, aparentemente idénticas en lo esencial, los mismos problemas fundamentales se representaron hace 30 años bajo otra forma y en cierto modo con menor urgencia que hoy: mantener la autonomía del movimiento cooperativo frente a los partidos políticos y a los gobiernos; corregir la tendencia a transigir en los principios con vistas a ventajas comerciales; hacer luz sobre las diferencias esenciales entre las auténticas cooperativas y otras empresas actualizando el sistema democrático y educativo del movimiento. La situación general era, menos dinámica que hoy. La Tarea principal del Comité especial no era solamente la de aclarar sino también reafirmar los principios transmitidos al movimiento desde la época de los pioneros».

⁵⁵ Por recomendación del Comité Ejecutivo, el Comité Central nombró cinco miembros para dicha Comisión: A. Bonner, Profesor del Colegio Cooperativo de la Unión Cooperativa de Gran Bretaña e Irlanda; Howard A. Cowden, miembro del Consejo de Administración de la Liga Cooperativa de los Estados Unidos; Profesor R. Henzler, Director del Instituto de la Cooperación de la Universidad de Hamburgo; Profesor D. Karve, Presidente del Consejo Consultivo de la ACI para el sudeste asiático; Profesor I. Kistanov, Catedrático de Economía y Cooperativismo del Instituto de Economía Popular de Moscú. V. Primera parte del texto literal del Congreso de la ACI de 1966 que corresponde a la composición, reuniones y procedimientos de la Comisión recogido en: EGUIA VILLASEÑOR, F., *Op. cit.*, pgs. 161 y ss.

través de una estrecha colaboración entre los universitarios y los responsables del Movimiento cooperativo, se diese lugar a un razonamiento que justificase la utilidad y el acierto de los principios cooperativos existentes⁵⁶. Los debates ahí mantenidos tuvieron una gran influencia en el Congreso que meses después se celebraría en Viena⁵⁷. Prueba de ello es, en particular en el tema que aquí nos ocupa, los términos en que se redactó, en el punto 6 del Coloquio⁵⁸, la distribución de los excedentes, muy similar, sin duda, a la redacción definitiva a la que se llegó entre los días 5 a 8 de septiembre, en la Declaración de la ACI en su Congreso de Viena de 1966, como se podrá comprobar en el apartado siguiente.

b) Declaración de los seis principios cooperativos: enunciación y contenido

En 1966, se celebra, finalmente, el Congreso vigésimo-tercero de la ACI en Viena, sin duda el Congreso más importante y conocido de todos hasta el momento. En la tercera parte del informe del Congreso, dedicado éste a las recomendaciones y conclusiones, quedaron enunciados los principios de la ACI en los términos que el presente organismo internacional deseó que se promulgaran⁵⁹:

1. La adhesión a una sociedad cooperativa debe ser voluntaria y abierta a todas las personas que puedan hacer uso de sus servicios y acepten las responsabilidades inherentes a su afiliación; no debe haber restricciones artificiales ni discriminaciones sociales, políticas o religiosas.

⁵⁶ Vid. MATEO BLANCO, J., *Op. cit.* pg. 34.

⁵⁷ Se reunieron en Lieja, 16 ponentes, 12 universitarios franceses y belgas y casi 40 dirigentes, técnicos y militantes de organizaciones cooperativas para tomar parte en las tres largas sesiones de trabajo. Las sesiones fueron presididas por el antiguo presidente de la ACI, Marcel Brot, Presidente del IDEC; por el Prof. Lasarre y el Prof. Lambert, presidente de CIRIEC.

⁵⁸ «Los excedentes del ejercicio, después de la dotación de las reservas y el pago eventual de un interés limitado al capital, son repartidas, sea a los miembros, a prorrata de sus operaciones con la cooperativa, sea a obras sociales o educativas».

⁵⁹ EGUIA VILLASEÑOR, F., *Op. cit.*, pgs. 200 y ss.

2. Las cooperativas son organizaciones democráticas. Sus operaciones deben ser administradas por personas elegidas o designadas por medio de un procedimiento acordado por sus socios y ser responsables ante estos. Los socios de las cooperativas primarias deben gozar de los mismos derechos de voto (un socio, un voto) y de participación en las decisiones que afectan a sus organizaciones. En cooperativas no primarias, la administración debe conducirse sobre bases democráticas, según un método adecuado.
3. El capital accionario, en el caso de recibir interés, debe ser en una tasa estrictamente limitada.
4. Los excedentes o ahorros producidos por las operaciones de una cooperativa, si los hay, pertenecen a los socios y deben distribuirse de tal manera que se evite que un socios obtenga ganancias a expensas de lo otros. La distribución puede hacerse por decisión de los socios como sigue:
 - a) Destinándolos a las expansión de las operaciones de la cooperativa.
 - b) Destinándolos a servicios comunes, o
 - c) Distribuyéndolos entre los socio en proporción a las operaciones realizadas con la sociedad.
5. Todas las cooperativas deben tomar medidas para la educación de sus miembros, empleados y dirigentes y público en general, en los principios y técnicas, tanto económicas como democráticas, de la cooperación.
6. Las cooperativas, para servir mejor a los intereses de sus miembros y sus comunidades, deben colaborar por todos los medios con otras cooperativas a los niveles local nacional e internacional».

En 1995, en el Congreso celebrado en Manchester, se reformularon los principios de la ACI de Viena de 1966⁶⁰, quedando prácticamente igual enunciados y acotados y añadiendo

⁶⁰ La ACI entendió que era importante la redeclaración de los principios puesto que había retos particulares a los que se enfrentaba el movimiento cooperativo internacional de entidad suficiente para ello. En particular, entre 1970 y 1995 la economía del mercado había extendido mucho su impacto por todo el mundo. La barreras comerciales tradicionales habían sido reducidas de forma drástica y muchos de estos cambios, tales como la creación de zonas de libre comercio, la reducción del apoyo del Estado para agricultura, la desregulación de las entidades financieras, amenazaban los marcos económicos dentro de los cuales muchas S.Coop. habían funcionado durante décadas. Para prosperar, y en todo caso sobrevivir, las S.Coop. tuvieron que analizar cómo iban a reaccionar frente estas circunstancias modificadas. La consecuencia que

un séptimo principio⁶¹, que entendemos que se contenía ya en el espíritu de los anteriores, denominado: «Interés por la comunidad», con lo que se quiere significar que «las S.Coop. han de trabajar para conseguir el desarrollo sostenible de sus comunidades mediante políticas aprobadas por sus socios»⁶².

En particular, el principio de participación económica de los socios se construye, como puede observarse en el informe, prácticamente con el mismo contenido en su formulación del Congreso de 1995: «Los socios contribuyen equitativamente al capital de sus cooperativas y lo gestionan de forma democrática. Por lo menos parte de ese capital es propiedad común de la cooperativa. De ordinario los socios reciben una compensación, si la hay, limitada sobre el capital entregado como condición para ser socio. Los socios asignan los excedentes para todos o alguno de los siguientes fines: el desarrollo de su cooperativa, posiblemente constituyendo reservas, de las que una parte por lo menos sería irrepartible; el beneficio de los socios en proporción a sus operaciones con la cooperativa; y el apoyo de otras actividades aprobadas por los socios»⁶³

principalmente para el mundo cooperativo suponían estos cambios era que las S.Coop. iban a tener que empezar a enfrentarse a una competencia mucho más intensa sin contar, sin embargo, con las ventajas que para las demás sociedades se estaban produciendo, esto es, ventajas de capital y una legislación adecuada. En un ámbito puramente ideológico, las S.Coop. tenían la obligación de enfrentarse a los medios de comunicación e instituciones educativas que proclamaban el predominio de las empresas capitalistas. La S.Coop., como empresa controlada por un sistema democrático al servicio de los intereses de sus miembros se había puesto en duda. Entiende la ACI ante este panorama, propio de los países del Atlántico Norte, que había obligación de ofrecer una visión clara de la singularidad y valía de las S.Coop. En los países de la Europa central y del este, el propio declive de las economías de control central también ponía en duda el papel de las S.Coop. por lo que sólo había igualmente que preocuparse en transmitir una información concisa y ajustada a la realidad para su comprensión por todos con la finalidad de fomentar el nuevo cooperativismo. Al mismo tiempo, el desarrollo países de Asia, América Latina y África, sienta las bases sin parangón de la posible expansión cooperativa. Esta claro, que las S.Coop. por sí solas no podían dar una respuesta satisfactoria a todos los problemas propios de los años 90 (aumentos rápidos en la población global; crecientes presiones sobre el medio ambiente; aumento del poder económico en pocas manos; ciclos cada vez más profundos de pobreza; brotes de guerras étnicas etc...) pero sí pueden contribuir de forma importante a su resolución, como así se planteó en el Congreso de Manchester en 1995 en el Informe sobre la Declaración de la ACI sobre la Identidad Cooperativa, *vid.* INTERNATIONAL CO-OPERATIVE ALLIANCE 1995, *Op. cit.*, pgs. 27 a 31.

⁶¹ «Hay siete principios listados en la Declaración de 1995. Son: Adhesión Voluntaria y Abierta; Gestión Democrática por parte de los socios; Participación Económica de los socios; Autonomía e Independencia; Educación, Formación e Información; Cooperación entre Cooperativas; e Interés por la Comunidad. Los tres primeros principios se dirigen a la dinámica interna típica de cualquier cooperativa; los cuatro últimos se dirigen tanto al funcionamiento interno como a las relaciones externas de las cooperativas», recogido en el Informe sobre la Declaración de la ACI sobre la Identidad Cooperativa en Manchester 1995, INTERNATIONAL CO-OPERATIVE ALLIANCE 1995, *Op. cit.*, pg. 45.

⁶² *Ibi idem*, pg. 19.

⁶³ *Ibi idem*, pg. 55.

En suma, con la redacción utilizada por la ACI en el Congreso de Manchester de 1995 se reitera, con diverso lenguaje pero mismo contenido, lo que ya había declarado en Viena en 1966 y que a su vez recogía lo promulgado en París en el 1937 y antes en los Estatutos de Rochdale en 1954 y en los originarios de 1944.

c) Función caracterizadora del principio del retorno cooperativo en la propuesta de Sociedad Cooperativa de la Alianza Cooperativa Internacional

Como ya hemos indicado en epígrafes anteriores, los precursores del cooperativismo (Owen-Fourier) no incluyeron el principio del retorno en las reglas que luego se han entendido que sirvieron de base para el desarrollo de la cooperación por los pioneros y por la ACI, quienes, sin embargo, siempre lo han propuesto y destacado su relevancia. Así, el que fuera presidente de la ACI, en el periodo de 1955 a 1960, señaló las ventajas que una S.Coop. obtenía si optaba por el sistema del retorno⁶⁴. Dichas ventajas se deben a que los retornos: 1.) contribuyen a singularizar a las S.Coop. frente a las sociedades lucrativas; 2.) consiguen que el socio mejore su posición frente a los que esporádicamente adquieren bienes de la S.Coop.; 3.) se alzan en mecanismo adecuado para establecer el precio justo y 4). son medio eficaz para transmitir al socio que la actividad de la S.Coop. es para ellos rentable⁶⁵.

La ACI, con el retorno, principio que bien es cierto que goza de una naturaleza económica, se preocupa por terminar de configurar un modelo de sociedad que ensalce siempre más a las personas que al capital, por lo que con el retorno se contribuye a conformar las bases de un sistema que pondere la participación en actividades comunes por parte del socio más que su pasiva intervención a través del desembolso al capital social. Y

⁶⁴ Ahora bien, el autor considera que las circunstancias económicas constituyen un factor determinante a la hora de calcular los retornos, señalando que no son pocas las veces que se propugna la política moderada de reparto de retornos en el sentido de poder así mantener precios atractivos frente a empresas competidoras, cfr.: BROT, M., *Point de vue*, Paris, 1953, pgs. 41 y ss.

⁶⁵ En relación con ventajas particulares en el caso de las S.Coop. de consumo, *vid.* KAPLAN DE DRIMER, A. y DRIMER B., *Op. cit.* pg. 126.

es esta ponderación la que de una forma u otra y con una intensidad u otra se encuentra en la base de todos los principios.

Se ha afirmado incluso que con el principio de retorno cooperativo la ACI lo que consigue es diferenciar de manera absoluta a la S.Coop. frente a otras organizaciones⁶⁶, puesto que no se reparte en función del capital aportado⁶⁷ y ni tan siquiera el reparto de excedentes entre sus asociados se concibe de manera preceptiva.

En relación a la facultad de repartir o no el resultado entre los socios cooperadores, se debe aclarar que, en todo caso, el sentido obligatorio del principio del retorno radica precisamente en su aspecto negativo, esto es: “la prohibición de repartir el beneficio neto a prorrata del capital aportado⁶⁸”. Con ello no queremos significar que no sea expresión de la singularidad de las S.Coop. y portador del espíritu del cooperativismo, de los pioneros de Rochdale y de la actual doctrina que se desprende de la ACI, sino que podemos perfectamente encontrarnos con supuestos prácticos que sean fieles a las recomendaciones de la ACI y que no repartan retornos⁶⁹. Desde el punto de vista del instituto puramente como principio o dogma cooperativo, debe insistirse en que lo que de ahí siempre se ha de desprender es, precisamente, la negación del sistema capitalista de reparto de excedentes. Ahora bien, si se considera al retorno como mero mecanismo de distribución y no de principio informador, es obligado decir que estamos tan solo ante una forma y no la única de plasmar en la distribución la esencia de la cooperación⁷⁰.

⁶⁶ *Ibi idem.*, pg. 126

⁶⁷ Será una constante en el presente trabajo la alusión a los instrumentos financieros, las cooperativas lucrativas, el reparto de dividendos, los falsos retornos, las operaciones con terceros, pero dejamos en todo caso para más adelante su análisis. Por el momento, para no caer más tarde en contradicciones, adelantamos que ello sí que puede suceder, ha sucedido y viene sucediendo desde siempre en el movimiento cooperativo. En el apartado que aquí nos ocupa, lo que queremos explicar es lo que pretende transmitir «dogmáticamente» la ACI con el retorno cooperativo y su singular ejecución. En todo caso, ya desde los pioneros se producen situaciones que no siempre descansan en las bases del cooperativismo puro. En la Sociedad de Rochdale se reconocían y reglaban las operaciones que se realizaban con los terceros, *vid.* HOLYOAKE, J.J., *cit.* pg. 44.

⁶⁸ *Vid.* LAMBERT, P; *Op. cit.*, pg. 73.

⁶⁹ *Ibi idem.*, pg. 78.

⁷⁰ Desde un punto de vista de la figura como mera posibilidad o alternativa de fijación de un sistema de aplicación de reparto de resultados entre los cooperativistas, adelantamos que las voces autorizadas de nuestra doctrina económica más reciente exponen los perjuicios, desde una óptica puramente fiscal, que pueden producir a los cooperadores la distribución de resultados bajo este mecanismo, *vid.* GARCIA-GUTIÉRREZ, FERNÁNDEZ, C., «Análisis de la solvencia y del riesgo económico-financiero de la sociedad cooperativa. El

Sin perjuicio de que la ACI señale la flexibilidad en la asunción de los principios cooperativos⁷¹ y la exigencia de que las S.Coop. puedan competir⁷², el modelo que configura la ACI en 1966, tras la declaración de los seis principios que deben regir a las S.Coop., entendemos que se construye sobre la base de una sociedad de capital cerrada en la que imperan las siguientes ideas: 1. la cooperación, la ayuda mutua y el «compañerismo» a) entre las .S.Coop. -entendemos que ello se logra a través del principio de cooperación entre cooperativas-; y b) entre los sujetos (cooperadores) que presenten las mismas necesidades socio-económicas, -principio de libre adhesión y baja voluntaria, comúnmente conocido como principio de puerta abierta-; 2. la valoración del trabajo frente a la especulación –principios de interés limitado y retorno cooperativo-; 3. la opinión del socio y su desvinculación con el porcentaje de capital de cada socio –principio democrático-; 4. la formación y educación de los socios en el espíritu cooperativo –principio de educación y promoción y en las que en definitiva, el capital no rija la estructura organizativa ni los derechos de los asociados, a lo que en todo caso volveremos al abordar el estudio de los modelos normativos.

Ahora bien, en la actualidad, se debe destacar la paradoja que se está produciendo precisamente por llevar a la praxis algunos principios proclamados en el Congreso de Viena de 1966. Nos referimos en particular al caso del principio de «cooperación entre cooperativas», el cual, como veremos al abordar el tema de la des-mutualización, produce, o mejor dicho, está produciendo un efecto contrario, puesto que para su óptima realización, entiende la doctrina, se tiene que valer precisamente de instrumentos más cercanos a una sociedad capitalista tradicional⁷³.

riesgo sobre la rentabilidad de los socios». *Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 72, 3er. Cuatrimestre, 2000, pgs. 51-86.

⁷¹ INTERNATIONAL CO-OPERATIVE ALLIANCE 1995, *cit.* pg. 67

⁷² *Ibi idem*, pg. 79. En relación a la posible convivencia entre el mantenimiento de los principios y la búsqueda de la competitividad, *vid.* LAVIA, L., «Per una riforma della società cooperativa», *Credito Cooperativo*, octubre, 1998, pgs. 28 y 29.

⁷³ FERNÁNDEZ GUADAÑO, J., «The desmutualization process of European Cooperative Societies», *en Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional*, Valencia, 6 a 9 de Mayo, 2004, pg. 1-5.

2.3.3. La influencia de los principios de la Alianza Cooperativa Internacional en los distintos ordenamientos jurídicos comparados

La influencia de la ACI y sus principios son sin duda notables en el mundo entero⁷⁴. Desde un plano puramente jurídico-positivo esto puede comprobarse en el derecho nacional interno relativo a las S.Coop. de muchos países de la Comunidad Europea, como es el caso de Italia, Alemania, Francia, Inglaterra ó Portugal.

En efecto, la presencia de los citados principios de la ACI es constante en las leyes de los países arriba señalados. Ahora bien, el sistema que se ha adoptado para referirse a ellos es el de no recoger en un precepto los principios⁷⁵, salvo en el ordenamiento portugués, de tal manera que la mayoría de los ordenamientos europeos opta por someterse a los principios cooperativos exponiendo el contenido de éstos a lo largo de sus preceptos.

Así p.e. en Alemania, en la L.1889, no se contienen referencias concretas ni al principio de Educación y promoción, ni al de Cooperación entre cooperativas, «si bien la realidad y las reglas de funcionamiento de las Asociaciones de auditoría –a las que aquellas han de venir inexcusablemente afiliadas (art. 54 LCoop.)- conducen a su observancia»⁷⁶. Algo similar sucede en la legislación británica al respecto, la cual se recoge,

⁷⁴ La expansión de la ACI en la actualidad en el mundo cooperativo no se discute. «La Alianza Cooperativa Internacional es una organización no gubernamental independiente que reúne, representa y sirve a organizaciones cooperativas en todo el mundo. Fundada en Londres en 1895, sus 226 miembros son organizaciones cooperativas nacionales e internacionales de todos los sectores de actividad y de 91 países. En total representan aproximadamente 800 millones de personas en todo el mundo», <http://www.coop.org/es/index.html>, (consulta: 1 agosto 2006).

⁷⁵ La técnica legislativa que recoge en un precepto los principios cooperativos se utilizó en el ordenamiento español únicamente en el art. 2 de la Ley 19 de diciembre de Sociedades Cooperativas de 1974; «Caracteres.- Los principios generales que definen el carácter cooperativo de una sociedad e informan su constitución y funcionamiento, son los que se establecen a continuación, y en los términos que se desarrollan en esta Ley: a) La libre adhesión y la baja voluntaria de los socios; b) La variabilidad del número de socios y del capital social, a partir de unos mínimos exigibles; c) Todos los socios tendrán igualdad de derechos para garantizar la organización, gestión y control democráticos, en los términos fijados en esta Ley; d) La limitación del interés que los socios puedan percibir por sus aportaciones al capital social; e) La participación de cada socio en los excedentes netos, que puedan repartirse en concepto de retorno cooperativo; f) La educación y promoción sociales y cooperativas; g) La colaboración con otras entidades cooperativas para el mejor servicio de sus intereses comunes.». En la Ley de S. Coop. de 1987 se dejó de utilizar esta técnica, «El precio que ha tenido que pagar por su novedad ha sido el no poder detallar de forma equilibrada e inequívoca la total dinámica del fundamento», *Vid.* PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIA, F., en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, Tomo XX, vol. 1º, Madrid, 1989, pg. 16, pár. 1º.

⁷⁶ *Vid.* MONTOLIO, J.Mª; *Legislación cooperativa en la unión europea*, Madrid 2000, pg. 31.

principalmente, en la *Industrial and Provident Societies Act* 1968-1975. En cambio, en el ordenamiento francés, en su Estatuto General de la Cooperación de 1947 (como veremos que ocurre igualmente en nuestro ordenamiento en la Ley de 16 de julio de Sociedades Cooperativas de 1999) sí se prevén dichos principios con total evidencia⁷⁷. El resto de los principios los encontramos claramente dispersos a lo largo de los textos legales de todos los ordenamientos⁷⁸.

En particular, con relación al principio de distribución de excedentes por los asociados a través del sistema del retorno, se trata de un principio no se menciona en la L1889. El ordenamiento alemán propone de modo general para el tipo societario, la distribución bajo los solos criterios de capital tanto para realizar el cálculo de distribución de los beneficios como de las pérdidas. La distribución de los excedentes en el sistema alemán está marcado por la gran flexibilidad de su régimen, el cual queda en manos de los socios, sin perjuicio de que se cumplan ciertas garantías y requisitos legales previos para cualquier reparto (art. 19 L1889).

Como ocurre en el ordenamiento español⁷⁹, el reparto de los eventuales beneficios bajo el sistema del retorno se recoge en Francia (art. 15 del Estatuto de Cooperación), en el Reino unido (apéndice I) y en el ordenamiento portugués (art. 73.1. Código Cooperativo portugués de 1966), con el sistema de la proporcionalidad entre los resultados y las actividades de los asociados⁸⁰.

⁷⁷ Principio de Educación : art. 1.3º del EGC (art. 56 LCoop. española) y Principio de cooperación entre S.Coop.: art. 19 *bis*, título II *bis* del EGC (art. 75.2.a. y 56.1.b LCoop. española).

⁷⁸ 1. Principio de puerta abierta, o libre adhesión y baja voluntaria, arts. 1 y 15 L1889 y 2. Principio democrático, art. 24, 36, 43 y 152 L1889; 3. Principio de interés limitado, art. 21 L1889. El ordenamiento británico por su parte, se caracteriza por la gran flexibilidad que deja en relación con prácticamente todos los principios, puesto que es de los Estatutos de donde realmente surgirán estos como verdadera obligación. En todo caso, el principio de puerta abierta está claramente recogido en la sección 20 y 21. Por su parte, el ordenamiento francés recoge con total nitidez los siguientes principios: Principio Democrático, entre otros, arts. 6 y 9 del EGC; Principio de Interés limitado, art. 14. EGC y Principio de puerta abierta, arts. 3, *3bis*, 11 y 18 EGC

⁷⁹ Art. 58.3 de la L.Coop

⁸⁰ Ello no quiere decir que no vayan a tener cabida en algunos supuestos los dividendos, de lo que nos ocuparemos en capítulos posteriores.

En particular, como se indicaba, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en el portugués se ha optado por el sistema de reunir los principios e invocarlos a todos con carácter previo en un mismo precepto, sin perjuicio de su ulterior desarrollo singularizado a lo largo de su Ley. El art. 3 del Código Cooperativo de 1996 dispone en 7 apartados los principios cooperativos, coincidentes con los declarados en Manchester en 1995, llevando cada uno de los siete apartados como rúbrica el nombre del principio respectivo, esto es: 1. Adhesión voluntaria y libre; 2. Gestión democrática por los socios, 3 Participación económica de los socios –recogiendo la regla de la proporcionalidad con las actividades de los socios o retorno- 4. Autonomía e independencia; 5. Educación, formación e información; 6. Inter.-cooperación y 7. Interés por la comunidad⁸¹.

Por otra parte, especial atención requiere la normativa italiana, toda vez que pondera exclusivamente el principio de mutualidad y con base en este principio, nunca elevado a regla del cooperativismo por la ACI, instrumentaliza el espíritu cooperativo, de lo que nos ocuparemos en el siguiente capítulo. En todo caso, dejemos ya apuntado que, haciéndonos eco de la actual doctrina italiana especializada, creemos en la genérica coincidencia entre el espíritu mutualista, tan desarrollado por autores italianos principalmente y las reglas del cooperativismo promulgadas por parte de la ACI⁸². Adelantamos, en todo caso, que tras la última reforma italiana en materia de cooperativas introducida por el RD de 17 de enero de 2003, por vez primera se recoge el instituto del retorno cooperativo⁸³ desde el *Codice*

⁸¹ Principio éste último que debemos recordar se incluyó en el Congreso de Manchester por la ACI, lo que explica su ausencia en algunos textos legales, ya que la normativa en materia cooperativa comparada es en la mayoría de los casos anterior a la fecha de la celebración de dicho Congreso en el año 1995. En España queda recogido en el art. 56.1.c. de la LCoop.: «Fondo de educación y promoción.- 1. El fondo de educación y promoción se destinará, en aplicación de las líneas básicas fijadas por los Estatutos o la Asamblea General, a actividades que cumplan alguna de las siguientes finalidades: c). La promoción cultural, profesional y asistencial del entorno local o de la comunidad en general, así como la mejora de la calidad de vida y del desarrollo comunitario y las acciones de protección medioambiental».

⁸² La doctrina interpreta que las normas de naturaleza mutualista tiene un contenido similar o equiparable a los principios cooperativos, vid. CUSA, E., *I ristorni... cit.*, pg.8

⁸³ El retorno cooperativo es un instituto que, sin embargo, no resulta extraño para la doctrina italiana, la cual, de hecho, se ha ocupado sin parangón alguno de su estudio. Vid. BUCCI, G., «Utili e ristorni», en *Giurisprudenza commerciale*, 1976 pg. 404 y ss., BONFANTE, G., «Il diritto al ristorno nelle cooperative», *Le società*, núm. 6, 1997, pg 670-673; ROMANO, M., «Il bilancio delle società cooperative: il ristorno», en *Riv. della Cooperazione*, núm. 2, 1998, pgs. 72 a 80; OLIVERI, G., «Conservatori sconfitti, ecco il ristorno», en *Crédito Cooperativo*, núm. 7, pgs. 30 a 32; PAOLUCCI, L.F., «I ristorni nelle cooperative», *Le società*, núm. 1, 2000; *idem.*: «Novità in tema di ristorni nella Finanziaria 2001», *Le società*, núm. 4, 2001, pgs 391, 392 y 394, OLIVERI, G., «Giovanni, ristorno, patrimonio. BCC, tre leve per accrescere l'attrattiva», *Crédito Cooperativo*, núm. 8/9, 2001, pgs. 40 y 41 etc...

*Civile*⁸⁴, en el art. 2455.6. CCI. En el párr. 1º de este precepto se señala que este sistema de reparto se ejecutará en función del intercambio mutualista (socio-cooperativa) y que será el acto constitutivo el que determine los criterios del reparto. La Asamblea, por su parte, como se indica en el último párrafo, podrá deliberar en cuanto a la forma de hacerlo valer, esto es, a través de instrumentos financieros, aumento en la cuota o con la emisión de nuevas acciones.

En fin, atenderemos más adelante (*vid.* Cap. III), con mayor detenimiento, a la verdadera trascendencia de la observancia de las reglas de ACI por los diversos ordenamientos, puesto que, en ocasiones, no tiene más que un alcance meramente jurídico formal.

⁸⁴ El retorno, hasta la reforma citada, apenas había gozado de una base jurídico positiva, salvo desde un ámbito puramente fiscal. Únicamente se habían referido al mismo las siguientes normas: Arts. 6-9 del RD 12 febrero, 1911, núm. 278; arts. 11 y 12 del d.P.R. 29 septiembre 1973, núm. 601 y art. apósito de la L. 31 enero, 1992, núm. 59.

CAPITULO II

LA MUTUALIDAD: PRESUPUESTO PRINCIPAL PARA LA CONFORMACIÓN DE LOS MODELOS NORMATIVOS DE SOCIEDADES COOPERATIVAS Y EL RETORNO COMO RASGO CARACTERIZADOR DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA MUTUALISTA

1. Introducción.

A pesar del silencio existente de forma generalizada sobre la idea de mutualidad en las leyes relativas a S.Coop., en multitud de ocasiones la doctrina ha señalado lo esencial del carácter mutualista de la S.Coop.¹. Tal silencio del derecho positivo se hace extensible no sólo a los ordenamientos comparados europeos, sino a las mismas reglas de la cooperación desde sus orígenes. Como se puede apreciar en el capítulo anterior al abordar las reglas del cooperativismo desde sus inicios, el principio de mutualidad nunca se recogió como fuente de la cooperación, ni entre las primeras reglas de los pioneros de Rochdale, ni en la actual redacción de los principios cooperativos ofrecida por la ACI.

El caso del legislador italiano es diferente, puesto que éste, aunque no define tampoco la mutualidad, sí subraya su relevancia. Así, en la reforma del CCI en materia

¹ Así vid. LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *cit.*, pg. 22, según el cual: «...así como existe mutualidad sin cooperación, no cabe, en principio, cooperación sin mutualidad.»; PAOLUCCI, L.F., *Lezioni in tema di cooperative*, Bologna, 1997, pg. 5, ap. 3; *idem.*, *Lezioni di diritto commerciale*, Bologna, 2003, 2^a ed. pg. 291; BASSI, A., «L'impresa societaria con scopo mutualistico» en BUONOCORE, *vid.*, *Manuale di Diritto Commerciale*, 4^a ed., Turín, 2003, pg. 428, ap. B); CUSA, E., *I ristorni nella società cooperative*, Milán, 2000, pgs. 8, 9 y 10, donde señala la trascendencia de las normas con contenido mutualista, puesto que constituyen fuente de derecho para las S.Coop. y ofrecen los caracteres generales para toda S.Coop.

de S.Coop., sitúa a la mutualidad, al carácter mutualista o al fin mutualista en un lugar principal de la nueva normativa², aunque, una vez más, el legislador, quizás por miedo a constreñir demasiado el concepto de mutualidad pudiendo por ello dejar fuera alguna de sus variadas manifestaciones, vuelve a optar por abstenerse de cualquier intento definitorio³. Por todo ello entendemos que ha de conferirse un papel central a la labor interpretativa tanto de la doctrina como de la jurisprudencia que van a jugar un papel decisivo en su caracterización.

2. La mutualidad

2.1. Concepto

La mutualidad, como ya hemos indicado, carece de una acotación jurídico-conceptual en el derecho positivo, tanto en el derecho europeo comparado como en el derecho comunitario. Por eso en particular en el ámbito que aquí nos ocupa, esto es, el de las S.Coop., la doctrina ha venido delimitando la mutualidad a través del análisis de sus principales elementos o aspectos, como son: el sistema de reparto de los resultados

² Ya en la anterior redacción del CCI en materia de cooperativas, quedaba con claridad reflejado el interés del legislador por situar en las S.Coop. a la mutualidad como presupuesto y razón de identidad de las mismas en los siguientes términos: art. 2511.- «Società cooperative: Le imprese che hanno scopo mutualistico possono costituirsi come società cooperative a responsabilità illimitata o limitata, secondo le disposizioni seguenti»; art. 2525.-párr. 2º.- «Denominazione sociale: ... L'indicazione di cooperativa non può essere usata da società che non hanno scopo mutualistico». En el fomento de esta misma idea se continúa tras la nueva redacción de los preceptos del CCI en materia de S.Coop.. Prueba de ello es la reiteración del contenido, ahora en el art. 2515, en torno a la denominación social de la S.Coop. y que el art. 2511 exprese quizás con mayor intensidad la relevancia de la mutualidad cuando define a la S.Coop como: «... società a capitale variabile con scopo mutualistico». Aparte de ello, la ahora más detallada redacción expresará en diversos aspectos de la S.Coop. la importancia de la mutualidad a través, fundamentalmente, del régimen relativo a las nuevas clases de las S.Coop.; a las obligaciones que de ello surgen para los administradores y al contenido del retorno cooperativo, como más adelante se indicará. En este mismo orden de ideas, debe destacarse que la preocupación que se observa en el CCI tras la reforma por la mutualidad no sólo se proyecta en menciones directas a ésta como puede ser el caso de la clasificación de las cooperativas con mutualidad prevalente o sin ella, sino en p.e. la fijación de la contabilidad separada de los resultados considerados concreción de la ventaja mutualista de los que no lo sean. De hecho, antes de la reforma se denunciaba la erosión que por la falta de una clara escisión de estos dos resultados se producía en el concepto de ventaja mutualista: BONFANTE, G., *Delle imprese cooperative*, en AAVV., *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, dirigido por GALGANO, F., Bolonia, Roma, 1999., pg. 128.

³ En este sentido cfr., PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative... cit.*, pg. 8 y BONFANTE, G; «Attività mutualistica e ristoranti: aspetti sostanziali e clausole statutarie», en AA. VV., *Seminario sobre Adegualiamenti statutarie regolamenti nelle cooperative dopo la riforma*, Facultad de Economía de Bolonia, sede de Forli, 12 de septiembre, 2003, pg. 4.

obtenidos bajo el mecanismo de retorno cooperativo; la autogestión; la autoayuda; la doble condición de socio-usuario y el fin no lucrativo⁴.

En cualquier caso, antes de abordar los caracteres que configuran la mutualidad, se debe tener en cuenta que ésta a su vez tiene dos vertientes, esto es, la mutualidad no sólo es reconocida en un plano puramente interno, es decir, S.Coop.-cooperadores, sino que también se reconoce la mutualidad en su vertiente externa⁵. En este sentido se ha señalado que la mutualidad se caracteriza porque en su objetivo está de un lado la idea de proporcionar bienes, servicios y trabajo directamente a sus socios en condiciones más favorables que las de mercado (mutualidad interna) y de otro el procurar una «utilidad pública» u ofrecer ventajas a los no socios (mutualidad externa)⁶. De hecho el fin mutualista no es generalmente entendido como causa de la S.Coop. por la que se deba exigir que «toda» la actividad sea desarrollada con y para los socios, sino que dicha actividad sea ejercitada con éstos «de manera principal». En suma, es lo que la doctrina italiana denomina S. Coop. *spuria*⁷.

Se ha entendido, bajo nuestro punto de vista acertadamente, que la verdadera esencia de la mutualidad no es la mera prohibición de un fin lucrativo o especulativo de sus miembros o que tenga como única finalidad la de proporcionar un beneficio

⁴ En general, sobre los aspectos mutualistas que se manifiestan en la Scoop. *vid.* LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *Mutualidad...* pg. 20 a 46. En relación a la idea de autogestión o de la toma de posesión de los órganos por los socios en las mutualidades en general como manifestación de la doble cualidad del socio, *vid.* SANCHEZ CALERO, F: «Las mutualidades y el movimiento de defensa del consumidor», en *Revista Española de Seguros*, vol. 26, 1981, pgs 139 y 140. Sobre la doble cualidad como aspecto consustancial del principio de mutualidad, *vid.*, ARCO ALVAREZ, J.L., «Financiación de la empresa cooperativa», en *Estudios Cooperativos*, vol. 33, 1974, pg. 35. En relación tanto a la no persecución del lucro bajo las formas de coop. y de mutuas de seguro, como a la doble cualidad elevada a elemento indispensable tanto en la mutua aseguradora como en la SCoop. *vid.* VICENT CHULIÁ, F., «Las empresas mutualistas y el derecho mercantil», en *Revista Crítica de derecho Inmobiliario*, vol. 512, 1976, pg. 71, .pár. 1º, 73 y ss.

⁵ PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative...* *cit.* pg. 4; GALLO, F. y ROSSI, A., «Aspetti civilistici e fiscali dei ristorni delle Banche di Credito Cooperativo», *Cooperazione di Credito*, núm. 166, 1999, pg. 261; e incluso más lejos llega el Prof. BUONOCORE, en su estudio sobre «I rischi di snaturamento della causa mutualistica», en *Riv. della Cooperazione*, núm. 23/24, 1995, pg. 84, al afirmar que el fomento del contenido de la «mutualidad externa» es precisamente lo que se proclamó por la ACI a través de la declaración de su último principio cooperativo, el séptimo, en 1995 en el Congreso de Manchester.

⁶ En este sentido, PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative...*, *cit.*, pg. 4; BONFANTE, G., «La nuova disciplina delle cooperative», *Rivista della Cooperazione*, núm 3, 2002, pg. 25. La función pública de las S.Coop., reconocida también entre nuestra doctrina, no ha de ser aprehendida como un obstáculo para el desarrollo óptimo de las relaciones entre los socios y la sociedad y la consecuente obtención de lo que ha de constituir una prioridad en todas las S.Coop., esto es, el ofrecimiento de una ventaja mutualística a sus socios, a través de la potenciación del trabajo y/o economía de los mismo, así, LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *cit.*,pg. 25, not. núm. 37.

⁷ Entre otros, *vid.*, BONFANTE, G., *Delle Imprese...*, *cit.*, pg. 19, not. núm. 12.

mutualista a sus socios, sino que aquella ha de ponerse al servicio de la cooperación en toda su dimensión, lo que implica la importancia del movimiento cooperativo, su desarrollo, reforzamiento y difusión, por lo que paradójicamente, la S.Coop. *spuria*, esa que no desarrolla prevalentemente su actividad con los cooperadores sino que por el contrario se vale de instrumentos como la cesión de bienes y servicios a terceros para reforzar la misma S.Coop., logra con mayor facilidad no sólo repercutir favorablemente en la S.Coop. en cuestión sino también en el movimiento cooperativo en general⁸.

Debe precisarse que no se puede afirmar que el fin mutualista sea exactamente una alternativa a la finalidad lucrativa, puesto que el fin mutualista puede encerrar el lucro. Lo realmente relevante es que el fin mutualista se concrete en la obtención de una ventaja mutualista para los socios o ulteriormente para el público en general. Es pues principal que exista una estrecha relación entre el cooperador y la S.Coop. en tanto que los socios están interesados en particular en el desarrollo de cierta actividad por la entidad⁹. Entendemos por tanto que la finalidad lucrativa, o cualquier otra, pasa a un segundo plano de importancia y es precisamente ese interés de los socios por el desarrollo de una particular actividad lo que verdaderamente asienta los pilares de la mutualidad, o del fin mutualista del que todas las S.Coop. en alguna medida han de participar. Abordemos a continuación sucintamente su caracteres.

2.2. Elementos caracterizadores tradicionales de la mutualidad

La gestión de servicio es un aspecto esencial para entender la cooperación, en especial la cooperación tradicional o pura, puesto que con esta expresión se quiere poner de relieve la estrecha y, en principio, exclusiva y excluyente, vinculación, reciprocidad y colaboración de los socios y la sociedad.

Lo característico de esta relación de mutualidad, propia de la gestión de servicio realizada a través de una actividad cooperativizada, radica en que la reciprocidad de las prestaciones es de los socios con la sociedad y no entre aquellos solos y que la sociedad

⁸ Cfr. PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative...*, cit., pgs. 19 y 21.

⁹ *Ibi idem.*, cit., pg. 23.

desarrolla, dentro de este esquema funcional, su actividad en beneficio exclusivo de los miembros cooperadores, gracias a las aportaciones que los mismos realizan¹⁰, y con independencia de la reconocida y ya mencionada función pública de las S.Coop. o «mutualidad externa».

La autogestión se considera también elemento integrante del concepto de mutualidad, queriéndose a través del mismo subrayar la naturaleza personalista de la S.Coop., ya que tal elemento manifiesta la particular significación que con la S.Coop. asume cada socio, lo cual a su vez singulariza desde un plano de su estructura organizativa a éste tipo societario frente a otros¹¹.

Concreción de la autogestión en la S.Coop. es particularmente el hecho de que sean exclusivamente los socios los que administren la sociedad y que además se impliquen en la marcha del negocio que sirve de base para el desarrollo del objeto social. Lo que se pretende, pues, en la S.Coop. es satisfacer las necesidades socio-económicas de sus socios y ello se consigue a través de la propia participación del socio en la sociedad, siendo así la participación del socio su primer mecanismo de obtención de la ventaja mutualista. Este peculiar sistema que obliga a los socios a su implicación en la actividad social es lo que explica que la S.Coop. sea al mismo tiempo fin y medio para la obtención de las pretensiones de sus socios¹².

La existencia de este elemento deriva del mismo ejercicio de la actividad cooperativa con base en una estructura que, como decíamos al referirnos a la autogestión, se fundamenta en la promoción de los intereses de sus asociados. El elemento de autoayuda es llevado al ámbito jurídico positivo en algunos ordenamientos comparados, como es el caso de Suiza en el art. 828 del Código suizo de obligaciones que consagra la regla de actuación «in gemeinsamer Selbsthilfe» o en Alemania, en el párrafo primero de la Ley alemana de Cooperativas de 1 de mayo de 1889.

¹⁰ En este sentido, *vid.*, LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *.cit.*, pgs. 24 y 25.

¹¹ Se puede conectar el funcionamiento así entendido de la S.Coop. con el principio cooperativo de la ACI que se refiere al sistema democrático, que recordemos que propugna que, por regla general, se aplica la técnica de «un hombre un voto», con lo que la auto-gestión y toma de decisiones se distribuye paritariamente entre todos los socios, resaltando así la relevancia del «intuitu personae» de las S.Coop.

¹² En este orden de ideas *vid.*, LLOBREGAT HURTADO, M^a L.; *cit.* pg. 27.

La aplicación del elemento de autoayuda en la actividad mutualista pone en juego la nota de «economicidad». La directa promoción de las economías, trabajos o actividades empresariales de los socios cooperativistas explotando en común la empresa rentabiliza su crecimiento puesto que se produce un encuentro entre la oferta y la demanda, una eliminación de los intermediarios financieros, así como un control directo sobre la formación de los precios.

La realidad que es la simultánea condición de socio-usuario en la praxis cooperativa y, en todo caso, la manifestación que ello comporta de un sistema mutualista no tiene sin embargo carácter formal, o al menos no se ha recogido así ni en nuestra legislación estatal vigente de sociedades cooperativas, ni tampoco en la última declaración de principios de la ACI¹³. No obstante, su existencia deriva de la esencia misma del fenómeno cooperativo como parte integrante de un todo¹⁴, y ello se debe a que la actividad que la S.Coop. explote en cada caso, queda claramente subordinada a los intereses y actividades que los socios cooperadores desarrollen. Claro está, que todo ello sin perjuicio de que con el binomio socio-usuario no estamos más que, como ocurre con las demás notas que venimos señalando, pretendiendo explicar la mutualidad tradicional y/o pura, por lo que en la legislación vigente española, autonómica y comparada, con la creciente recepción en las S. Coop. de socios que no son cooperadores, queda atenuado el mencionado binomio con figuras que se ocupan más de la financiación de la propia sociedad que de la cooperación o ayuda en el desarrollo del objeto social.

Es cierto, como hemos indicado, que desde la ACI no se hace hecho declaración formal alguna de la simultánea condición de socio y de usuario de manera precisa o directa, si bien entendemos que la misma declaración del principio del retorno, aunque no expone dicha dualidad, sí que la premia, toda vez que el retorno no es más que la gratificación económica que reciben los socios por ser usuarios de la actividad de la S.Coop.

¹³ Con la mención genérica de socio-usuario queremos significar, en concreto con el término de usuario, la participación directa del socio en el desarrollo del objeto social en toda la amplitud del término, ya sea, dependiendo de la clase de S.Coop., como consumidor, usuario o trabajador en las S.Coop. de Consumo.

¹⁴ LLOBREGAT HURTADO, M^a L.; *cit.* pg. 34.

Como destacó la doctrina, tanto la inexistencia del ánimo de lucro como el sistema de retornos cooperativos pertenecen a un plano económico de la idea de mutualidad, a diferencia de las notas mencionadas de gestión de servicio, autogestión, autoayuda, y doble condición de socio y usuario, que pertenecen a un ámbito puramente subjetivo o personal del contenido de la mutualidad¹⁵.

Desde el inicio del cooperativismo, la legislación en materia de S.Coop. ha relacionado a este tipo societario con la ausencia de ánimo de lucro¹⁶. Nosotros estamos de acuerdo con que la idea tradicional y pura, que es lo que pretendemos traer del concepto de mutualidad, se aleja de la preocupación por la persecución de la obtención de un lucro ilimitado, ahora bien, su prohibición *ex-lege* la encontramos en todo caso desproporcionada. Entendemos que la técnica legislativa por la que en muchas ocasiones, en particular el legislador español, ha optado, obedece a un mecanismo radical para asegurarse la realización de un sistema mutualista. Entendemos que es la estructura la que debe ser mutualista y el fin ha de ser el que elijan sus socios. Si la estructura que se alza es puramente mutualista cierto es que la finalidad lucrativa puede que no sea la más sencilla de alcanzar, pero la libertad de elección debe existir como existe en las sociedades mercantiles como la SA cuyo régimen no obliga a sus socios a la persecución del lucro. Como bien sabemos, la SA goza por su parte de un régimen que sin duda alguna favorece la construcción de una estructura capitalista que produce la reiterada aparición en el tráfico del elemento causal lucrativo, si bien lo hace de una manera tan eficaz que el legislador no ha de recurrir a establecer el lucro como exigencia expresa.

La consecuencia de establecer una estructura organizativa que se preocupe por alcanzar principalmente la genérica finalidad de «satisfacer las necesidades de sus asociados», con independencia de cual sea la naturaleza de éstas, más que prohibir la persecución del lucro lo que verdaderamente hace es poner en primer término las necesidades de los socios, colocando de este modo al lucro en igual posición que a cualquier otra ventaja o fin que los socios quisieran alcanzar a través de esta forma. Siendo esto así, y exponiéndolo bajo una óptica puramente de la realidad del mercado, esto es, teniendo en cuenta que el resto de los tipos societarios mercantiles tienen como

¹⁵ Cfr. LLOBREGAT HURTADO, M^a L.; *cit.* pg. 35.

¹⁶ Cfr. ROSEMBUJ, *La empresa Cooperativa*, Barcelona, 1982, pgs. 13 y ss.

causa del negocio el ánimo de lucro, sí que se puede afirmar que la cooperativa carece o suele carecer de ánimo de lucro, sin que ello implique que deba concebirse a la S.Coop. como tipo societario incapaz de alcanzarlo. O dicho de otro modo, ningún fin social concreto tiene especial relevancia en el sentido de que sea caracterizador o se deba prohibir. La mención del lucro se hace en atención a que el ánimo de lucro resulta verdaderamente frecuente en el tráfico en el que concurren las S.Coop. Así pues lo que realmente ha de ser caracterizador de una S.Coop. no es el fin concreto que se persiga, que reiteramos que puede ser cualquiera, sino que el fin sea mutualista o comporte una ventaja al socio, la cual, como es lógico, variará en función de la clase de S.Coop. ante la que estemos, tema al que nos referiremos más adelante.

Concluimos pues que, como destaca particularmente la doctrina italiana actual, el lucro no es incompatible o irreconciliable con el sistema mutualista, aunque si bien es cierto que podría darse incluso en un sistema mutualista tradicional, no es menos cierto que la aparición del ánimo de lucro en una S.Coop. mutualista obedece, más que al sistema tradicional de mutualidad, a la mutualidad externa, como ya se ha mencionado en ocasiones y se abordará con mayor detalle al acercarnos a la mutualidad en el ordenamiento italiano. En todo caso, estamos de acuerdo con la idea de que cuando la doctrina señala la incompatibilidad entre mutualidad y lucro ésta se refiere sólo al lucro objetivo¹⁷, esto es, el del ente y no el de los socios, puesto como ya se indicó por autorizada doctrina¹⁸: el fin lucrativo: «no es propio de la mutua como ente; lo es, en cambio, del individuo que a través de su participación en la misma quiere ahorrar un gasto o realizar cualquier otro propósito egoísta o lucrativo».

Como ya dejamos indicado a lo largo del primer capítulo, el retorno cooperativo es un sistema de reparto que surge casi al mismo tiempo que el movimiento cooperativo. Dicho sistema ha tenido y sigue teniendo acogida tanto en el derecho positivo español como en el comparado. Además, este singular sistema de reparto sí que ha sido claramente descrito y proclamado como principio fundamental del movimiento cooperativo por la ACI.

¹⁷ LLOBREGAT HURTADO, M^a L.; *cit.* pgs., 38 y 39 y final not. núm. 57 en particular.

¹⁸ ASCARELLI, T.; *Introducción al estudio del Derecho Mercantil*, trad. E. VERDERA TUELLS, Barcelona, 1964, pg. 181.

La relación entre el retorno y la mutualidad y en particular, la interpretación relativa a que la ejecución de los retornos en una S.Coop. es una clara manifestación de un sistema mutualista, se analizará con mayor profundidad a continuación, al desarrollar el epígrafe relativo a la ventaja mutualista. Adelantemos, al menos por ahora, a los solos efectos de integrar el retorno cooperativo en las características de la mutualidad, las siguientes aseveraciones: 1) El retorno constituye un modo de acreditar a los socios la ventaja mutualista de tipo indirecto o mediato, toda vez que su cálculo y ejecución pertenecen a un momento posterior al del intercambio mutualista entre sociedad y socio, por lo que entendemos que el retorno cooperativo puede convivir con otras modalidades de acreditación de la ventaja mutualista incluso en ocasiones más sencillas de determinar, como son el ahorro del gasto o la obtención de mejores condiciones laborales, ventajas ellas posibles, que como más adelante veremos, son de la clase «directa o inmediata». 2) El retorno es un mecanismo de distribución de los excedentes, ubicado por la doctrina dentro de la ventaja mutualista indirecta, lo que implica que sólo entenderemos que estamos ante él si las cantidades que se reparten están originadas única y exclusivamente por el desarrollo de una actividad social dentro del binomio Sociedad Cooperativa-Socio Cooperador, esto es, si se produce la realización de una actividad mutualista pura¹⁹. 3) Se podría afirmar que el contenido básico del retorno está presidido por la idea de la ejecución, proporcional a la participación, del reparto de unos beneficios entre los cooperadores debido a un saldo positivo, que resulta del desarrollo por éstos de una actividad considerada cooperativa, esto es, de la colaboración del socio con la sociedad en el desarrollo del objeto social de la misma. 4) El retorno es, así, concreción de la ventaja mutualista y ésta a su vez predica la existencia de un sistema mutualista. 5) Para considerar que una S.Coop. participa del sistema mutualista, como entendemos que siempre en mayor o menor medida ha de suceder, puesto que es la esencia del cooperativismo frente al capitalismo, la ventaja mutualista ha de existir siempre *en abstracto* e intentar alcanzarse. El hecho de que finalmente no se alcancen retornos por los socios, no ha de ser indicador de la inexistencia de un sistema mutualista, sino más bien de un eventual fracaso empresarial o de la existencia de otra elección, por parte de los socios, en cuanto a la materialización de las ventajas que

¹⁹ La preponderancia de la efectiva realización, por parte de los socios, de la actividad mutualista para establecer una medida de distribución de resultados en las S.Coop, frente a la relevancia del desembolso de capital para los mismos efectos en una sociedad mercantil capitalista, otorga al capital en aquella, un carácter meramente instrumental puesto al servicio de la potenciación del trabajo, así, LLOBREGAT HURTADO, M^a L; *cit.*, pg. 44.

persiguen. 6) Es la mutualidad entonces presupuesto del retorno, pero éste no siempre es la única posibilidad u opción para la realización de un sistema mutualista, ya que éste no es más que uno de los indicadores de la mutualidad en la cooperación y no el único ni esencial. En todo caso, bien es cierto, que el retorno, para muchos, singulariza como ningún otro instituto la materialización de una S.Coop. con base mutualista.

2.3. El resultado de la aplicación de un sistema mutualista: la ventaja mutualista

2.3.1. La ventaja mutualista. Concepto y clases

El retorno, singular mecanismo por el que se prorratea el resultado en proporción a la actividad cooperativizadora del socio, se encuentra comprendido en el concepto de ventaja mutualista²⁰. Podría equipararse a un dividendo en cuanto que ambos son mecanismos de reparto de cantidades resultantes, e incluso porque ambos institutos se vienen considerando más una posibilidad que un verdadero derecho inderogable del socio²¹. Sin embargo, el fundamento de lógica jurídica de la aplicación de un instituto u otro, que duda cabe que se encuentra en el tipo societario escogido. Sin atender a la distinción de ambas figuras en cuanto a sus respectivas estructuras sociales por la sola causa de persecución del lucro o no, aspecto que tampoco es el origen de la tipología

²⁰ LLOBREGAT HURTADO, M^a L.; *cit.* pg. 434 y ss.

²¹ En relación al dividendo como derecho derogable del socio en manos de la Junta General en una SA, *vid.* MUÑOZ MARTÍN, N., «El derecho al dividendo», en AA. VV., *Derecho de sociedades anónimas II (capital y acciones)*, Vol. I, coordinados por Alonso Ureba, A., Duque Domínguez, J., Esteban Velasco, G., García Villaverde, R., y Sánchez Calero, F., Madrid, 1994, pgs. 305 y ss. Creemos que se hace extensible al tipo cooperativo con más fuerza aún, puesto que lo que ahí se quiere significar es que el derecho al reparto anual del dividendo como derecho del socio podrá ser derogado por la Junta General por medio de un acuerdo mayoritario (art. 95, LSA). Los motivos para ello son sobradamente justificados, destacamos entre otros la constitución de reservas o la imposibilidad del reparto si el valor del patrimonio neto contable fuese inferior al capital si este se repartiera. En el tipo cooperativo, por su parte, los motivos que justifican el no repartir, con claro origen tanto en el derecho positivo como en las bases informadoras de los principios que fundamentan el cooperativismo, se ven multiplicados. No existe ni en la LSA ni en la Ley de S.Coop. precepto legal alguno que reconozca ni a los accionistas ni a los cooperativistas el derecho a un reparto anual de los resultados entre los socios. Excepción a lo anteriormente expuesto sería en el tipo anónimo el caso de las acciones sin voto donde sí se exige la obligación de atender a un reparto anual a los titulares de las mismas. Lo más parecido a ello en el régimen cooperativo lo podemos encontrar en la emisión de títulos participativos, sin que ello comporte *ex-lege* la obligación de una remuneración anual de los mismos, aunque sí se permite desde la Ley que así se pueda establecer en los Estatutos. De todas formas, esta remuneración queda, a todas luces, alejada del instituto del retorno. En fin, debe destacarse que podría derogarse el dividendo, como bien señala la autora citada, tanto por acuerdo unánime como por los Estatutos en virtud del respeto al principio de autonomía de la voluntad consagrado en el art. 10 de la LSA. En el mismo sentido *vid.*; GIRÓN TENA, J: *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pgs. 201 y 202.

societaria civil frente a la mercantil ni de ésta última ulteriormente²², hay que señalar que la S.Coop. se ha manifestado desde sus comienzos como una estructura que pretende derogar el régimen capitalista, sustituyendo así la especulación por el trabajo²³. No por ello creemos que el mundo cooperativo tenga que desprestigiar el lucro ni en sentido amplio (ventaja económica, ahorro de gasto) ni en sentido estricto (obtención de lucro ilimitado). En todo caso lo relevante es que el resultado de lo obtenido a través de una estructura cooperativa tenga su origen en el trabajo, a través de sus múltiples acepciones: actividad cooperativizadora, uso del producto, trabajo prestado para la obtención de un producto... Lo que se ofrece, pues, con la inserción de la figura del retorno es una ventaja (mutualista-económica) proporcional al esfuerzo de los cooperadores, dejando en todo caso en un segundo plano el hecho de que lo que así se reparta entre ellos sea mucho, poco²⁴ o fuese la misma causa que motivó al socio su integración en la sociedad.

Como ya indicábamos, la finalidad mutualista se centra en el mismo desarrollo de la actividad cooperativa, con lo que el objeto y el fin en una S.Coop. suelen coincidir. Es pues aquello que obtenemos tras el desarrollo de la actividad cooperativa

²² En este sentido, entre otros: GIRON TENA, J.; *Derecho de Sociedades*, Tomo I, Madrid, 1976, pg. 34 y ss, *Idem*; *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pg. 200, GONDRA, J.M., *Derecho Mercantil I*, Madrid, 1992, pg 133 y 134, PAZ ARES, C. y AAVV en *Comentario al Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1993, pgs 1307 y ss, PAZ ARES, C: en «*Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*», en Estudios en Homenaje a José Girón Tena, Madrid, 1991, pgs. 743 y ss, ALONSO UREBA; A., *Elementos para una teoría general sobre la fundación de las personas jurídicas mercantiles corporativas (sociedades de capital) e instituciones (fundación y empresa*, trabajo inédito, 1989, pg. 122, 2º párr., SANCHEZ CALERO, F; *Instituciones de Derecho Mercantil*, 24ª edición, vol. I, Madrid, 2002, pgs. 221 y 222, PAZ CANALEJO N.; «El nuevo derecho cooperativo español», Madrid, 1979, pg. 6, párr. 1º.

²³ ARCO ALVAREZ, J.L., «Régimen económico de las cooperativas españolas», en *REVESCO*, núm. 20, 1970, pgs. 5 y 6: «La construcción del cooperativismo como una economía basada en el trabajo, opuesta a la fórmula capitalista, ha de comportar necesariamente determinadas afirmaciones de principio, que son, al mismo tiempo, repulsa o condena de los principios y objetivos que inspiran el sistema al que se opone. Para la doctrina cooperativa el trabajo -entendido en su más amplio sentido- es el agente principal, por no decir único, creador de valores económicos, y es el trabajo el medio por excelencia para el desarrollo económico y social de la persona.

Frente a la primacía del capital, opone la primacía del trabajo, reduciendo aquél a simple instrumento (lo contrario que el sistema capitalista, que considera el trabajo mercancía) y reputa el trabajo como la fuente más legítima de la propiedad. Estima que el sistema capitalista conduce inexorablemente a la explotación y es causa de lucro, definido éste como remuneración o ventaja a una actividad inútil o parasitaria, cuyo efecto es el encaresamiento injustificado de los bienes y el enriquecimiento inmerecido de ciertas categorías de personas a costa de otras, es decir, la injusticia económica y social.»

²⁴ Se ha estudiado por nuestra doctrina los efectos que producen tanto en la entidad como en sus miembros la política de retornos altos, bajos, variables, fijos y rotativos, *vid.*, ARCO ALVAREZ J.L., «Régimen económico...», pg 9.

en condiciones más favorables que las que se ofertan en el mercado lo que se distribuye a los beneficiarios de dicha actividad²⁵.

Antes de adentrarnos en lo que en este apartado nos ocupa, esto es, la ventaja mutualista y sus variedades, hay que recordar que la S.Coop. tiene un fin mutualista que consiste en la explotación de una actividad la cual dará unos resultados en los que se concretará la ventaja mutualista. No obstante, debe recordarse también que el fin mutualista o elemento causal de la S.Coop. no se vulnera por el hecho de que participen de los resultados terceros no socios, ni de que se practiquen accesoriamente otras actividades, y ello principalmente por su favorable repercusión en el movimiento cooperativo y en la utilidad pública. Así que la S.Coop. podrá alcanzar bien la ventaja mutualista, o bien los *utili*²⁶. Estaremos ante la obtención de la ventaja mutualista cuando surja como resultado del desarrollo de la actividad social con los socios, siendo la expectativa de la S.Coop. que lo así logrado procure unas condiciones más favorables a sus socios que las que éstos hubieran alcanzado en el mercado. Pero, al mismo tiempo, la S.Coop. puede obtener resultados positivos, en términos económicos, de actividades desarrolladas con terceros, es lo que en el ordenamiento italiano viene denominándose como *utili*, para nosotros «beneficios extracooperativos o extraordinarios»²⁷.

Teniendo en cuenta lo arriba expuesto, encontramos que ya centrados únicamente en la ventaja mutualista, esto es en el resultado positivo como consecuencia de la actividades desarrolladas entre la S.Coop. y los cooperadores o lo que es lo

²⁵ En este caso en particular, utilizamos el término de *beneficiarios* y no el de socio o cooperador porque si estamos teniendo presente a la mutualidad en toda su dimensión (mutualidad interna e externa) debemos recordar que el resultado de la actividad de una S.Coop. podrá en ocasiones favorecer a sujetos que no son miembros de dicha sociedad.

²⁶ En este sentido *vid.*, BONFANTE, G., *Delle Imprese...*, *cit.*, pg. 125 y 126. Una postura contraria la encontramos en CUSA, E., *I ristorni...*, *cit.* pg. 17, cuando señala en particular en la pg. 17, not. núm. 34 que «dagli utili protanno derivare sia i dividendi che ristorini» y GENCO R., «La destinazione dell' utile», en Trattato Schiano di pepe, vol. III, Cooperative, Consorzi, Raggruppamenti», Milano, 1999, 121, en los siguientes términos: «Tipicamente mutualistica è in vince la distribuzione di utili in forma di ristorni»..

²⁷ En el ordenamiento español, el resultado económico positivo se distingue igualmente en función de la actividad que lo genera, esto es la actividad cooperativa o la extra-cooperativa y/o extraordinaria (que no son exactamente lo mismo pero que en definitiva, no son realizadas con los cooperadores). En el primero de los casos al resultado así obtenido lo denominamos excedentes, lo cual a su vez constituyen una modalidad de ventaja mutualista, es decir, la puramente económica y ejecutable bajo el sistema del retorno, concreción de la ventaja mutualista de la clase patrimonial (art 58.1 y 4 L. 27/1999 de 16 de julio de Sociedades Cooperativas). Y en el segundo caso, el derecho positivo español, utiliza el término de beneficios para aludir a aquellas cantidades obtenidas fuera del binomio cooperador-cooperativa con su correspondiente y ulterior flujo de actividad (art. 58. 2 L. 27/1999 de 16 de julio de Sociedades Cooperativas). Es a este resultado activo lo que la doctrina italiana denomina *utili*.

mismo, actividades cooperativas, no hay obligación alguna de adoptar una forma en términos patrimoniales, en el sentido de poder convertir la ventaja distribuable en dinero o en bienes valorables económicamente. La ventaja mutualista podrá consistir perfectamente p.e.: en la calidad de un producto, en la modalidad de desarrollo de una prestación de trabajo coordinándose con objetivos más generales tales como la tutela de los consumidores o la defensa o el incremento de los puestos de trabajo²⁸.

De este modo, la ventaja mutualista estará estrechamente vinculada a la clase de sociedad S.Coop. de la que se trate y la concreción de la misma variará en virtud de si estamos ante una S.Coop. de servicios, una S.Coop. de trabajo o una S.Coop. de consumo, por exponer en grandes bloques las clases de S.Coop. que entendemos engloban a los demás supuestos particulares. Con ello queremos significar que es completamente plausible que en una S.Coop. se elimine del elemento causal del contrato la distribución de excedentes bajo cualquier sistema, esto es, dividiendo o retorno, toda vez que se procure la búsqueda de otra ventaja mutualista²⁹.

La ventaja mutualista o el resultado del fin mutualista es una expectativa, esto es, la idea de la que se nutre el concepto de ventaja mutualista podemos presumir que surge a su vez de la idea de «obtención de unas condiciones más favorables que las del mercado». Sin embargo, no ha de ser tomado de manera extrema por lo que si finalmente no se consiguen esas «mejores condiciones», no ha de implicar que nos encontramos ante una S.Coop. a la que le falta lo más esencial, el cumplimiento de su elemento causal. Estamos de acuerdo con la doctrina que entiende que ya se cumple el requisito causal del contrato de sociedad S.Coop. en cuanto que la constitución de la S.Coop. lleva implícita la vocación de procurar «posiblemente» mejores condiciones y que si finalmente éstas no se dan, ello ha de obedecer a factores ajenos a la persona jurídica³⁰.

²⁸ En estos mismos términos, *vid.*, BONFANTE, G., *Delle Imprese...*, *cit.* pg. 150, párr. 2°

²⁹ CUSA, E., *I ristorni...*, *cit.* pg. 123, párr. 2°: «In effetti, riconoscere ai soci la libertà di non attribuirsi in concreto il beneficio in discorso significa considerare quest'ultimo un elemento inessenziale del contratto dei società, essendo esso, appunto, diponibile dai pacisceti. Ma, allora, il tratto ineliminabile dello scopo mutualistico è unicamente l'esercizio dell'attività sociale in favore dei cooperatori...». En este orden de ideas el Prof. PAOLUCCI, incluso ha afirmado que lo que verdaderamente singulariza a la S.Coop. frente a las sociedades ordinarias, es precisamente la facultad de limitar el derecho de los socios al íntegro reparto de los beneficios, *vid.* PAOLUCCI, L.F.; *La mutualità nelle cooperative*, Milán, 1974, pg. 87.

³⁰ Bajo esta perspectiva, *vid.* BONFANTE, G., *Delle Imprese...*, *cit.* pg 129, cuando dice al respecto que: «la sua *vantaggiosità* è un fatto pur sempre relativo e aleatorio dipendendo da un insieme di fattori

En suma, podría definirse la ventaja mutualista como la ventaja que resulta de las operaciones de la S.Coop. con sus socios evitando en el desarrollo de las mismas la intervención de intermediarios financieros a través de la asunción de la gestión de la empresa por parte de los consumidores, usuarios o en su caso trabajadores. En conclusión, la ventaja mutualista se alcanza a través de la aplicación de un sistema puro de mutualidad, lo que no significa que dentro de una S.Coop. no se pueda dar la otra vertiente de la mutualidad, o sea, la impura. Ambas facetas de la mutualidad han de perseguir el mismo fin genérico y abstracto mutualista. Lo que las diferencia es el uso de diversos instrumentos para alcanzar dicho fin, si bien debe advertirse que sólo la mutualidad pura es capaz de generar ventaja mutualista. Una actividad social en la que intervengan en exceso los terceros no podrá producir ventaja mutualista. Otra cosa es que la finalidad de lo que en todo caso se obtenga deberá siempre favorecer a los socios y al movimiento cooperativo, extremos éstos que conforman de manera genérica también el fin mutualista de una S.Coop. en general.

a). La ventaja mutualista directa o inmediata

La ventaja mutualista no es la única manera en la que los socios en una S.Coop. pueden beneficiarse de los resultados de la actividad social, puesto que cabe también el beneficio a través de los dividendos. Por su parte, la ventaja mutualista, como posible resultado y no único que es, no ha de venir expresado siempre en términos puramente económicos en el sentido de consistir únicamente en una cifra repartible entre los socios. Es decir, cuando nos referimos a la ventaja mutualista es cierto que se asocia con ventaja en términos económicos y en particular con el sistema de reparto denominado retorno cooperativo³¹, pero, ni siquiera se puede considerar que ello se deba a que verdaderamente sea lo más común en el tráfico³². De hecho, en las S.Coop. el retorno o

esterni ed interni alla cooperativa», e insiste el autor en la misma idea cuando afirma que: «l'esatta precisazione della maggior parte degli interpreti che individua nello scopo mutualistico non l'offerta di un servizio migliore, quanto solo *possibilmente* migliore».

³¹ Así, GENCO, R.; *cit.* pg.121.

³² El caso más extremo de ello puede que lo constituya la S.Coop. de la clase de crédito, de la que en ocasiones se ha afirmado no tener cabida para el retorno, *cfr.* BRAMINI, E., «Provando a ristornare»,

cualquier reparto puede ser eliminado, llegando a considerarse para algunos autores esta facultad en sí tan importante que sirve de elemento individualizador del propio tipo-S.Coop.³³.

En suma, la recepción de una ventaja mutualista inmediata directa se caracteriza precisamente por disfrutarse inmediata o directamente, o dicho de otro modo, el socio la percibe en el mismo momento en el que participa en la actividad de la S.Coop. Un caso claro es la S.Coop. de consumo en donde el socio cooperador que compra un producto en la S.Coop., si por el hecho de entregar su *carnet de miembro* en el momento del pago se le efectúa un descuento, estará sin duda beneficiándose en ese exacto momento de la ventaja mutualista, singularizada en este caso en «el ahorro» que se le procura al socio en cuestión. Igualmente, por exponer otro supuesto de ventaja mutualista inmediata percibida por los socios en el momento de su participación activa en la S.Coop., destacamos por su claridad el caso en el que el contenido de la ventaja misma lo constituya la obtención de una «mejor calidad del producto», otra vez en el caso de las S.Coop. de consumo, o una «mejora en las condiciones laborales» en las S.Coop. de trabajo.

En fin, de los supuestos concretos y diversos de ventajas mutualistas inmediatas puede deducirse una diferencia fundamental con las ventajas mediatas aparte de la relativa al distinto momento de su acreditación, y es que en la ventaja inmediata no se va a requerir la valoración y consecuente aplicación de una regla de proporcionalidad más allá de la que de manera natural surge del mismo intercambio entre socio-sociedad.

Credito Cooperativo, 1999, pg. 74; PAOLUCCI, L.F., «Novità in tema di ristorni nella Finanziaria 2001», *Le Società*, núm. 4, 2001, pg 392; ó refiriéndose a momentos anteriores, cuando estaba en vigor la Ley Bancaria de 1936-38, *vid.*, GALLO, F. e ROSSI A., «Aspetti civilistici e fiscali dei ristorni delle Banche di Credito Cooperativo», *Cooperazione di Credito*, núm. 166, 1999, pg. 257, párr. 1º. Igualmente, se ha señalado por la doctrina la imposibilidad de la aplicación de la regla del retorno en la Banca Cooperativa en general, *vid.*, FERRI, A., «Ristornare? Si potrebbe se ...», *Credito Cooperativo*, 1998, pg. 79 y PAOLUCCI, L., «I ristorni...», *cit.*, pg. 47, donde además del ámbito crediticio señala otros sectores de la cooperación que ignoran en la *praxis* el sistema del retorno como son los ramos de viviendas y de seguros .

³³ PAOLUCCI, L.F. *La mutualità.... cit.*, pg. 87.

b). La ventaja mutualista indirecta o mediata. En particular, el retorno cooperativo

A diferencia de lo que sucede con la ventaja mutualista directa, en el caso de la ventaja indirecta sí que se va a tener que producir una valoración y análisis posterior a la participación del socio en la actividad cooperativa para alcanzar un mecanismo justo en términos cooperativos del reparto de la ventaja misma. Así, frente a la naturalidad con la que emerge la ventaja mutualista directa, el cálculo del retorno, clara ventaja mutualista *ex-post*, ha de realizarse una vez se produzca el cierre anual de la sociedad³⁴.

A ese respecto conviene recordar que los principios que delimitan lo que «ha de ser» o no en una S.Coop. nos los da la ACI, la cual, en su última declaración de las reglas que han de presidir a las S.Coop. y al movimiento en general describe el sistema que ha de aplicarse para repartir el saldo positivo originado por la intervención de los cooperadores del siguiente modo: «Los socios contribuyen equitativamente al capital de sus S.Coop. y lo gestionan de forma democrática. Por lo menos parte de ese capital es normalmente propiedad común de la S.Coop. Usualmente, los socios reciben una compensación, si la hay, limitada sobre el capital entregado como condición para ser socio. Los socios asignan los excedentes a todos o alguno de los siguientes fines: el desarrollo de su S.Coop., posiblemente mediante el establecimiento de reservas, parte de las cuales por lo menos serían irrepartibles; *el beneficio de los socios en proporción a sus operaciones con la cooperativa*; y el apoyo de otras actividades aprobadas por los socios» (Tercer principio de la declaración de la ACI sobre la identidad Cooperativa: participación económica de los socios)³⁵.

De acuerdo con ello, el retorno cooperativo resulta ser el sistema por excelencia que acredita a los socios la ventaja mutualista de la clase indirecta e inmediata tras la valoración de la participación del socio en la actividad cooperativa, ajustándose los criterios de reparto en función de la frecuencia o intensidad con la que el socio en definitiva se relacione con la entidad.

³⁴ La doctrina es unánime al considerar que el retorno es una ventaja mutualística indirecta, *vid.*; TREMONTI, G., «L'introduzione del ristorno ai soci delle Banche di Credito Cooperativo», *Cooperazione di Credito*, pg. 505 últ. párr.; CUSA, E., *I ristorni... cit.* pg. 25.

³⁵ INTERNATIONAL CO-OPERATIVE ALLIANCE, *cit.* pgs. 55-59.

Qué duda cabe que, a primera vista, el sistema del retorno cooperativo es un mecanismo interesante y atractivo como incentivo de los socios. Decimos «a primera vista» porque sería importante resolver antes de optar por la opción de la ventaja indirecta en forma de retorno si, fuera ya de un plano puramente teórico-formal, es realmente beneficioso este sistema de reparto, respuesta que entendemos que habrá que buscarse fundamentalmente en el ámbito jurídico-fiscal, lo que implica un estudio más pausado de la figura, que atenderemos más adelante.

En esta misma línea de primera aproximación y rápida valoración de la figura objeto del presente estudio, entendemos que lo que es esencial del retorno o al menos lo más característico es la «proporcionalidad entre el número de veces que el socio interviene en la actividad cooperativa y la cantidad que se le retorna». Se puede ya sospechar cuanto menos, que dicho sistema va a implicar en muchos casos la aplicación de un mecanismo de análisis un tanto complejo para obtener finalmente en términos numéricos la exacta cifra que ha de recibir el socio.

2.3.4. Consideraciones finales: incidencia del objeto y del fin social en el análisis de la ventaja mutualista

El objeto mutualista en la S.Coop. cobra especial relevancia desde un punto práctico en la medida en que se ha de concretar en una actividad en la que participan los socios, esto es, la actividad cooperativa³⁶. Decimos que tiene una importancia singular porque para «conocer» la ventaja mutualista que percibe un socio deberemos preguntarnos primeramente cuál es el grado de participación que en dicha actividad ha tenido el socio con la S.Coop., con independencia de que en la S.Coop. en cuestión se establezca bien una política de ventajas mutualistas directas o indirectas, siendo cierto que para «calcular» y así «ejecutar» la ventaja indirecta aquella concreción se hace

³⁶ Ahora bien, el objeto de las S.Coop. pueden componerse de diversas actividades igualmente relevantes. Las S.Coop. con objeto plural no son una novedad en el derecho italiano, *vid.* art. 13 de la Ley Basevi (DL de 1947, núm. 1577). Esta clase de S.Coop. se ha recogido en otros ordenamiento como es el caso del español que viene recogido con el nombre de S.Coop «integrales» en el art. 105 de la L. 27/99 de 16 de julio de Cooperativas, sin dejar de señalar los problemas que por la pluralidad del objeto podrían surgir al ejecutar el retorno, que se centran fundamentalmente en la idoneidad o no de la aplicación de una contabilidad separada por los diversos resultados de las diferentes actividades. *Cfr.* CUSA, E., *I ristorni...*, *cit.* pgs. 35 y 36; BONFANTE G., *Delle Imprese...*, *cit.* pg. 286 y 287.

indispensable. La ventaja mutualista, y en particular el instituto que aquí nos ocupa prioritariamente, el retorno, ha de acreditarse con relación a la actividad cooperativa efectuada por cada socio, por lo que desconocer el grado de participación de un socio en la actividad de una S.Coop. que aplica el sistema del retorno es equiparable a desconocer en una sociedad ordinaria el desembolso realizado y querer distribuir dividendos.

El objeto social de una S.Coop. puede ser tan variado como variadas son las actividades lícitas que un grupo de personas puedan desarrollar, es decir las limitaciones no tienen cabida, con lo que nos podemos encontrar con objetos sociales plurales; actividades desarrolladas con socios que no sean cooperadores; actividades desarrolladas con terceros, etc... En cambio, es el retorno el que sí tiene límites, puesto que su acreditación quedará circunscrita sólo a las actividades del objeto realizadas entre la sociedad y los socios. Ahora bien, el objeto social ha de estar supeditado al fin social general de las S.Coop.: «la causa mutualista persigue la obtención por los propios socios de bienes, trabajo o servicios en condiciones (en cuanto sea posible) mejores y no simplemente la producción de réditos del capital invertido»³⁷. Además, el singular fin social (*scopo mutualistico*) de las S.Coop. se alcanza a través de trasladar el riesgo que tiene la empresa a los consumidores o trabajadores y con ello ahorrar la ganancia del empresario tradicional³⁸.

A través de estas dos premisas que se contienen en el fin mutualista de la S.Coop., esto es, finalidad de favorecer a los socios e injerencia de éstos para alcanzarlo, se sintetiza lo que una S.Coop. tiene de singular desde el punto de vista de su fin social. Fin que diferencia y preside al tipo cooperativo frente a una sociedad ordinaria, pero que entendemos que ni es exactamente contrario ni incompatible con el fin lucrativo. Por eso no ha de extrañarnos que si lo que se pretende con la finalidad mutualista es ofrecer bienes, servicios o trabajo a los socios en mejores condiciones que las del mercado, se ha admitido siempre la posibilidad en la S.Coop. de acceder a

³⁷ Literalmente BONFANTE, G., *Delle Imprese...*, cit. pg. 44 escribe: “la causa mutualistica mira a fa ottenere ai propri soci beni, lavoro o servizi a condizione (possibilmente) migliori e non semplicemente a far fruttare il capitale investito”; CECCO, G., «Le diverse modalità di attribuzione dei vantaggi mutualistici ai soci delle organizzazioni cooperative», *Riv. della Cooperazione*, núm. 22, 1995, pg. 99, párr. 3º.

³⁸ BONFANTE, G., *Delle Imprese...*, cit. pg. 144.

mecanismos cercanos a un régimen capitalista para alcanzar su fin³⁹. Aún así la doctrina italiana ha identificado el punto débil de la configuración del fin mutualista precisamente en el ámbito de lo lucrativo y es que, como ya se predicaba para el régimen anterior⁴⁰, en el que preponderaba menos la mutualidad, el legislador logra la finalidad mutualista a través de la imposición de reglas como el voto por cabeza (derogado art. 2532 párr. 2º CCI y vigente art. 2538 párr. 2º CCI) o la limitación de la cuota de participación (derogado art. 2521 CCI y vigente 2525 párr. 2º CCI). En todo caso, creemos que es acertado cuando la doctrina señala que la verdadera razón que esconde el forzado alejamiento del lucro en el mundo cooperativo se reduce a un tema de índole fiscal. De hecho, aunque se puede observar que la tendencia legislativa en materia de S.Coop. a lo largo de su dilata trayectoria sea la del tratamiento del lucro en la S.Coop. como presupuesto incompatible y antagónico⁴¹, se ha afirmado que lo que de este modo se pretende evitar es que las ayudas fiscales prestadas a este singular tipo societario no salgan finalmente del movimiento cooperativo⁴².

Finalmente, por concluir, reiteramos la idea de que aunque la ventaja mutualista sea concreción de la causa social no por ello se va a alcanzar siempre el objetivo perseguido. En lo que consista la ventaja no es más que un «dato» de posible cumplimiento. Es decir, es cierto que el fin mutualista ha de presidir el contrato de S.Coop., pero la efectiva práctica de la ventaja no debe llevarse a cabo por encima de toda valoración y análisis del momento de la vida de la sociedad⁴³.

³⁹ Dicho en otros términos, el ahorro, pongamos por caso en una S.Coop. de consumo, no ha de ser siempre considerado como única solución o resultado satisfactorio, sino que puede ser, en ocasiones, de mayor utilidad para la obtención del fin mutualista la aplicación de una política de decisiva patrimonialización y eficaz gestión. En este orden de ideas, *vid.*, BONFANTE, G., *Delle Imprese... op. cit.* pg. 146, párr. 2º. En el ordenamiento italiano ello se recoge con nitidez al diferenciarse las S.Coop. en prevalentes y no prevalentes precisamente por el uso o no de sistemas «más o menos capitalistas» para alcanzar su fin, a lo que nos referiremos mas adelante al explicar dicha clasificación de las S.Coop.

⁴⁰ BONFANTE, G., *Delle imprese... cit.* pg. 144, últ. párr. En particular, en el ordenamiento español se ha prohibido la persecución del lucro bajo este tipo societario desde las sucesivas leyes de S.Coop. de forma taxativa hasta la redacción de Ley de S.Coop de 1974 exclusive.

⁴¹ En este sentido: BONFANTE, G., *Delle Imprese...cit.* pg 143.

⁴² PAOLUCCI, L.F., «La mutualità...» *cit.*, pg 402, ap. 6º; BONFANTE, G., «La nuova disciplina...» *cit.*, pg. 26, ap. 3.

⁴³ CUSA, E., *I ristorni... cit.*, 44, nota núm. 118: *... non significa, però, che la cooperativa per rispettare la sua causa, debba per forza riconoscere ai soci un vantaggio mutualistico di natura patrimoniale. Ibi idem*, nota núm. 119: *La cooperativa, se vendesse sotto costo ai soci o se li remunerasse con corrispettivi eccessivamente alti, causerebbe una continua riduzione del suo patrimonio sociale fino all'ipotesi limite della totale restituzione dei conferimenti apportati dai soci.*

3. La mutualidad en los ordenamientos jurídicos europeos en materia de sociedades cooperativas. En particular, el caso italiano.

3.1. Primera aproximación al marco jurídico europeo

Es una constante la vinculación que generalmente hace el legislador entre la mutualidad y el tipo societario cooperativo a pesar del ya mencionado silencio normativo por delimitar el concepto de mutualidad.

El principio de mutualidad se reconoce en Francia, en el EGC, en una doble dirección. Por un lado, el art. 1º EGC declara que las S.Coop. son sociedades cuyo objeto esencial es la reducción del precio de venta de ciertos productos o servicios en beneficio de sus miembros, asumiendo estos últimos la función de empresarios o intermediarios. De otro lado, el art. 3 EGC señala la imposibilidad de que las S.Coop. admitan que se beneficien los terceros-no socios del resultado cooperativo, salvo que así se establezca para casos concretos en la legislación especial. Así pues, el ordenamiento francés liga la idea de mutualidad principalmente a la existencia de la autogestión y la doble condición de socio-usuario.

Por su parte, el estudio de la mutualidad en el derecho alemán ofrece características propias⁴⁴. Contrariamente a lo que sucede en otros ordenamientos europeos que señalan, aunque sin una clara definición, la importancia de la mutualidad en las S.Coop., el legislador alemán ha optado por independizarlo de ésta y configurar a la S.Coop. como un tipo societario abierto orientado a la cobertura de las necesidades de sus miembros. Nada dice la Ley de S.Coop. de 1 de mayo de 1989 sobre el fenómeno de la mutualidad. En Alemania, la S.Coop. se singulariza por la concurrencia de dos exigencias. Por un lado, la existencia de un número abierto de socios y por otro, por la promoción de negocios en común realizada por los propios socios prevalentemente, con vistas al incremento de sus ingresos o al fortalecimiento de sus economías individuales (art. 1 Ley de S.Coop. de 1 de mayo de 1989), sin preocuparse del posible alcance capitalista que ello pueda encerrar. Por eso no ha de sorprender que el derecho alemán en materia de S.Coop. se haya caracterizado desde sus orígenes por la ausencia de toda

⁴⁴ Existe una propuesta de Reforma de la L1889 (*Genossenschaftsgesetz*), publicada con fecha 19 de octubre 2005 por el *Bundesjustizministerium*.

declaración de carácter político e ideológico y por el amplio reconocimiento de la autonomía estatutaria, lo que favorece el reforzamiento de su vertiente empresarial. Ello será muy relevante en relación con el derecho comunitario, ya que es el alemán, como veremos más adelante, el ordenamiento nacional que más ha influido en la redacción del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.

El caso opuesto al alemán lo representa, como ningún otro, el ordenamiento italiano. En multitud de ocasiones la doctrina italiana ha señalado lo esencial del carácter mutualista de la S.Coop., y en este sentido entendemos que se ha redactado el Real Decreto de 17 de enero de 2003 en materia de S.Coop.⁴⁵. De hecho, la normativa italiana ha de someterse al mandato constitucional que se recoge en el art. 45 de la Constitución de 1947 cuando impone que el carácter de mutualidad es esencial para cualquier clase de manifestación cooperativa⁴⁶. No obstante aunque en la reforma italiana de S.Coop. no se da una definición de mutualidad sí que se señala ya en el primer artículo dedicado a las S.Coop que, *Le cooperative sono società a capitale variabile con scopo mutualistico* (art. 2511 Código civil italiano, en adelante CCI), por lo que cabe afirmar que, como mínimo, el legislador pone a la mutualidad en un lugar central en la reforma del derecho de las S.Coop⁴⁷.

⁴⁵ En octubre de 1998 se nombra una comisión presidida por el Prof. Mirone con la finalidad de reformar el Derecho societario italiano. Aunque no se incorporó el texto íntegro de la *Commissione Mirone* a la Ley de delegación, gran parte del contenido que en dicha comisión se gestó, quedaría integrado en la Ley de delegación de 3 de octubre de 2001. Tras un largo trabajo, la *Commissione Vietti* presenta su proyecto al Consejo de Ministros, que aprueba un texto de reforma del derecho societario en gran medida diferente a lo propuesto originariamente, que se integrará en el Código Civil Italiano a través del RD de 17 de enero de 2003. Entre los capítulos que fueron objeto de una mayor atención destaca el dedicado a las S.Coop.

Así, son los artículos 8 y 9 del R.D. de 17 de enero del 2003 los que desarrollan las bases que la Ley de delegación de 3 de octubre del 2001 en su art. 5º dictó para la S.Coop. De este modo, se da una nueva redacción al libro V, título V, capítulo I, artículos 2511 a 2545 del CCI, como también al libro VI, para las disposiciones para la actuación del CCI y las disposiciones transitorias, quedando ampliado notablemente el contenido que desde el CCI regirá para las S.Coop. y consiguiéndose por primera vez aglutinar, bajo una misma normativa, el régimen jurídico general o mínimo de todas las clases de S.Coop..

La extensa reforma que se introdujo en el derecho de sociedades italiano en general y en las S.Coop. en particular, entró en vigor el 1 de enero de 2004.

⁴⁶ Según el art. 45 Constitución de la República de Italia, *La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata» y precisa después que «la legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità.*

⁴⁷ *Vid.*, PAOLUCCI, L.F., *Lezioni in tema di cooperative*, Bologna, 1997, pg. 5, ap. 3; *idem.*, *Lezioni di diritto commerciale*, Bologna, 2003, 2ª ed. pg. 291.

Sin duda alguna los ordenamientos inglés y portugués tampoco se detienen en la explicación del mismo término de mutualidad pero sí son ordenamientos que atienden sus características principales de modo exclusivo y así lo detallamos más adelante al abordar los modelos normativos vigentes en el marco jurídico regulador europeo.

3.2. La relevancia de la mutualidad

El marco jurídico positivo actual comunitario y europeo en materia de S.Coop., presenta dos grandes modelos en atención a una serie de características comunes. Esos dos grandes bloques pueden ser representados a través de lo que denominaremos por un lado, «S.Coop. mutualista»; y por otro, «S.Coop. no mutualista».

Ciertamente, el modelo normativo que resulta de la confirmación de la existencia de unos presupuestos mínimos para constituir una mutualidad, esto es, la «S.Coop. mutualista», es a su vez, polivalente, en tanto que engloba diversas posibilidades en virtud de la fiel consecución o no de lo que propone la ACI, la cual, como ya indicamos aunque no menciona en sus reglas a la mutualidad, sí puede entenderse que el modelo que propugna se corresponde con la realización de una mutualidad cerrada perfecta⁴⁸.

En tal sentido, la conformación del modelo normativo tendente a la realización de una sociedad mutualista se desdobra a su vez en dos sub-modelos mutualistas, con base en su apertura o no a su relación con los terceros⁴⁹, lo que creemos que corresponde en su contenido básico a lo que la doctrina italiana entiende como «mutualidad externa o interna».

Por su parte, con la clasificación del «modelo normativo no mutualista», encuadraremos las posibilidades que *ex-lege* se dan para su configuración. La S.Coop.

⁴⁸ En relación con la identidad de los principios cooperativos promulgados por la ACI y el contenido del concepto de mutualidad vid.; CUSA, E.; *I ristorni... cit.*, pgs. 8 y ss.

⁴⁹ Refiriéndonos a terceros en este caso, en el sentido más amplio de la palabra, esto es, a todos aquellos que participan o ayudan al desarrollo del objeto social de la S.Coop. pero no son los socios cooperadores que trabajan o consumen. Por lo que entenderíamos que aquí incluso nos estamos refiriendo a aquellos socios no cooperadores que son mecanismos de financiación de la sociedad, toda vez que no se implican en la realización de la actividad cooperativa y se limitan a desembolsar capital.

que es configurada así es realmente un híbrido, ya que contiene particularidades con respecto al régimen de una sociedad tradicional capitalista, pero no puede quedar dentro de las que entendemos que participan siquiera de un mínimo carácter mutualista, por lo que, consecuentemente, pondremos incluso en duda su caracterización, por falta de presupuestos, como S.Coop.

De la exposición que ya hemos realizado, resulta obligatorio recordar la trascendente importancia que en la doctrina y en las legislaciones en materia de S.Coop. se ha atribuido al principio de mutualidad. Es ésta rasgo aglutinador del fenómeno cooperativo y, en todo caso, eje central de la gestión económica que se desarrolla en las S.Coop. Es por ello que estructuraremos nuestros modelos normativos con base principalmente en la mutualidad, pero ofreciendo siempre la dimensión total de la misma y no su versión más tradicional y estrecha, o menos actualizada, en definitiva. Téngase en cuenta que el rechazo a la admisión de una concepción amplia de la mutualidad o a «la ruptura de la mutualidad» tradicional, por mantener a toda costa el principio de que todos los usuarios sean miembros de la S.Coop., es uno de los mayores obstáculos para su normal desenvolvimiento. Sin embargo, entendemos que lo correcto es que si bien no es consustancial a la cooperación la realización del principio de mutualidad perfecto o tradicional, la S.Coop. debe tener su base en la mutualidad, por lo que no cabe desligar al tipo de la mutualidad totalmente puesto que es la base de su de caracterización⁵⁰.

3.3. La singular influencia del principio «mutualista» en el ordenamiento italiano

3.3.1. Introducción

Desde el punto de vista de sus fuentes, el principal problema que, tradicionalmente, ha presentado el ordenamiento italiano en materia de S.Coop. ha sido la dispersión normativa, lo que siempre ha dificultado el seguimiento y el estudio de sus preceptos básicos. Hasta el momento, las principales fuentes lo conformaban el capítulo V del Codice civile italiano de 1942 (CCI) y el DL de 1947 núm. 1577, de disposiciones para

⁵⁰ LLOBREGAT HURTADO, M^a.L., *Mutualidad...*, cit, pgs. 214 a 218.

la cooperación, comúnmente conocido como Ley Basevi⁵¹, siendo estas normas objeto de sucesivas modificaciones y ampliaciones que no han tenido la ambición de conformar un texto único⁵². Los aspectos que principalmente quedan regulados por la Ley Basevi aluden a la inspección, vigilancia, registro, número de socios, límites accionariales de los socios, requisitos mutualísticos y exenciones fiscales. Muchos de los aspectos de la mencionada Ley serán por primera vez abordados por el CCI bajo la actual reforma⁵³.

En este contexto normativo, en octubre de 1998 se nombra una comisión presidida por el Prof. Mirone con la finalidad de reformar el Derecho societario italiano⁵⁴. Y aunque no se incorporó el texto íntegro de la *Commissione Mirone* a la Ley de delegación, gran parte del contenido que en dicha comisión se gestó, queda hoy integrado en la Ley de delegación de 3 de octubre de 2001. Tras un largo trabajo, la *Commissione Vietti* presenta su proyecto al Consejo de Ministros, que aprueba un texto de reforma del derecho societario ampliamente reformado respecto de la propuesta originaria, lo que finalmente se recogerá en el CCI a través del RD de 17 de enero de 2003. Entre los capítulos que han sido objeto de una mayor atención destaca el dedicado a las S.Coop.

Así, son los artículos 8 y 9 del R.D. de 17 de enero del 2003 los que desarrollan las bases que la Ley de delegación de 3 de octubre del 2001 en su art. 5º dictó para la

⁵¹ Sin olvidar por ello el régimen vigente para las S.Coop. que se contiene en otros cuerpos legales, como es el caso de la Ley de 17 de febrero de 1971, núm. 127 que contiene algunas modificaciones a la Ley Basevi; la Ley de 19 de marzo de 1983, núm. 72 (*Rivalutazione monetaria dei beni e del capitale delle imprese; disposizione in materia di imposta locale sui redditi concernenti le piccole imprese; norme relative alle banche popolari, alle società per azioni e alle cooperative, nonché disposizione in materia di trattamento tributario dei conti interbancari*), o de la Ley de 31 de enero de 1992, núm. 59, (*Nouve norme in materia di società cooperative*) que contiene modificaciones a la Ley precedente.

⁵² Ejemplo de estas sucesivas modificaciones son otras la Ley de 28 de diciembre de 2000, núm. 388, más conocida como «*Finanziaria 2001*»; la Ley 381/91 de 8 de noviembre sobre *la disciplina delle cooperative sociali*, L.266/1997, de 7 de agosto sobre *la Piccola società cooperativa* y la Ley 142/2001 de *Revisione della Legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore*, GU n.94, 23 de abril de 2001.

⁵³ Queda en la actual doctrina la duda de qué normas exactamente del elenco que conforma la normativa sobre S.Coop. se derogan finalmente con los nuevos preceptos del CCI, en este sentido; PAOLUCCI, L.F. *Le società cooperative dopo la riforma*, Padova, 2004, pg. 2.

⁵⁴ La Comisión Mirone presenta el 15 de febrero de 2000 un Anteproyecto de Ley («schema di disegno di legge») y unos meses más tarde, el Consejo de Ministros aprueba, el 26 de mayo de 2000, el Proyecto de Ley («disegno di legge») sobre la base del Proyecto Mirone. Finalmente, es presentado por el Ministro de Justicia Fassino a la aprobación de la cámara el Proyecto de Ley para la reforma del derecho de sociedades el 20 de junio de 2000.

S.Coop. De este modo, se da una nueva redacción al libro V, título V, capítulo I, de los preceptos 2511 a 2545 del CCI, como también al libro VI, para las disposiciones para la actuación del CCI y las disposiciones transitorias, quedando ampliado notablemente el contenido que desde el CCI regirá para las S.Coop.

Con el RD de 17 de enero de 2003 se consigue por vez primera un verdadero esfuerzo por aglutinar, bajo una misma normativa, el régimen jurídico general o mínimo de todas las clases de S.Coop.. La extensa reforma que se introduce en el derecho de sociedades italiano en general y en las S.Coop. en particular, entró en vigor el 1 de enero de 2004.

En materia de S.Coop. han sido reformados aspectos tan extremos como la fundación de Coop. la responsabilidad de los socios, la composición del órgano de administración; y en definitiva, muchos de los principios que informan de una estructura-cooperativa, estos son: el principio democrático, el principio de puerta abierta; y el principio de retorno cooperativo.

De gran significación, y con estrecha relación en la ejecución de retorno cooperativo, es la nueva obligación que se introduce, en el régimen de la contabilidad de las S.Coop., por la imposición de la llevanza de una doble contabilidad o contabilidad separada⁵⁵. De este modo, se podrán distinguir por un lado, los resultados contables que provengan de las operaciones entre la sociedad y los socios y por otro, los que hayan sido originados por el desarrollo de la actividad social entre la sociedad y los terceros⁵⁶.

Igualmente, relativo al contenido que se modifica y que incide de manera clara y directa en el concepto de mutualidad, destacamos la nueva clasificación de S.Coop. Las S.Coop., en adelante, se dividirán en dos grandes grupos que atenderán al sometimiento o no a los requisitos que determinan la «prevalencia» de la mutualidad en la construcción del tipo societario. Lo que realmente primará con esta clasificación es el

⁵⁵ Sistema que ya se acogió en el derecho positivo español en el art. 83.2 de la derogada LGC, y ahora con carácter facultativo tras la entrada en vigor de la LCoop. (art. 57.3.4), sin perjuicio de lo que la Disposición adicional sexta determina en caso de no optar por la contabilidad separada.

⁵⁶ Como ya sabemos son conocidos por el ordenamiento español los primeros como resultados cooperativos y los segundos como resultados extracooperativos (cfr. arts. 57.3 y 58 de la LCoop.).

procurar ventajas fiscales sólo a las S.Coop. que cumplan las exigencias de la clase de coop. con mutualidad prevalente⁵⁷.

3.3.2. La mutualidad como exigencia de las sociedades cooperativas.

La doctrina italiana en concordancia con el mencionado art. 45 de su Constitución. Subraya la obligada presencia del carácter mutualista en la S.Coop.⁵⁸, y portador de esta concepción es el legislador del 2003 cuando vuelve a redactar aquellos preceptos del CCI relativos a la S.Coop., toda vez que como indicamos, sitúa a la mutualidad, al carácter mutualista o al fin mutualista en un lugar principal⁵⁹, aún absteniéndose de cualquier intento definitivo⁶⁰.

Recordemos que la doctrina italiana es la precursora del desdoblamiento de la mutualidad en mutualidad interna y mutualidad externa. Esta segunda vertiente ha tenido acogida en el derecho positivo italiano en diversas normas, como es el caso de la Ley de 8 de noviembre de 1991, núm. 381, sobre la disciplina de las S.Coop. sociales, que tienen el fin de perseguir los intereses generales de la promoción humana y de la integración social de los ciudadanos a través de la gestión de servicios socio-personal sanitario y socio-personal docente, o el desarrollo de actividades diversas con la sola finalidad de insertar en el ámbito laboral a personas que adolecen de cualquier desventaja. Esta naturaleza que encuentra ulterior y más evidente confirmación en el art. 11 de la Ley 31 de enero de 1992, núm. 59, que ha previsto la institución de los fondos mutualistas, a los que se destina, entre otros, una parte de los beneficios del ejercicio de la S.Coop. y su patrimonio resultante tras la liquidación, fondos que tienen como

⁵⁷ La razón de la elección hecha por los socios a la hora de constituir una clase u otra es en definitiva de naturaleza meramente fiscal, así: RIZZI A., «Le cooperative a mutualità prevalente», en *Congreso de Concooperative: La cooperazione e la riforma del diritto societario*, Palacio de Congresos, Florencia, 12 de mayo, 2003, pg. 9.

⁵⁸ PAOLUCCI, L.F., *Lezioni in tema di cooperative*, Bologna, 1997, pg. 5, ap. 3; *idem.*, *Lezioni di diritto commerciale*, Bologna, 2003, 2ª ed. pg. 291; BASSI, A., «L'impresa societaria...», *cit.*, pg. 428, ap.B); CUSA, E., *cit.*, pgs. 8, 9 y 10, donde señala el autor la trascendencia de las normas con contenido mutualístico, puesto que constituyen fuente de derecho para las S.Coop. y ofrecen los caracteres generales para toda S.Coop.

⁶⁰ En este sentido cfr., BONFANTE, G., «Attività mutualistica e ristorni: aspetti sostanziali e clausole statutarie», en Seminario sobre *Adeguamenti statutarie regolamenti nelle cooperative dopo la riforma*, Facultad de Economía de Bologna, sede de Forlì, 12 de septiembre, 2003, pg. 4 y PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative dopo... cit.*, pg. 8.

finalidad institucional promover la constitución de S.Coop., financiar específicos programas para el desarrollo de la cooperación, gestionar cursos de formación profesional del personal y fomentar estudios e investigaciones sobre temas económicos y sociales de interés principal para el movimiento cooperativo, norma que se confirma también en el art. 17 de la Ley 23 de diciembre del 2000, núm. 388, que prevé la devolución de las reservas indivisibles a los fondos mutualistas.

Así, en armonía con el mandato constitucional, la exigencia de la persecución de un fin mutualista es clara cuando el legislador de la reforma, en el primer precepto destinado a regular la materia de S.Coop. (art. 2511 CCI) dispone que: *Le cooperative sono società a capitale variabile con scopo mutualistico*. Como ya señalábamos antes, al exponer la mutualidad interna y la mutualidad externa, el fin mutualístico no representa únicamente la gestión de servicio o mera cooperación con los miembros de la S.Coop.⁶¹, sino que el alcance de dicha previsión implica que el resultado de la actividad desarrollada en la S.Coop. revierta prioritariamente en la cooperación, entendida ésta en un sentido amplio. Con lo que la *cooperativa spuria*⁶², puede repercutir más intensamente que la *cooperativa pura* a la finalidad prioritaria: el fomento del movimiento cooperativo. O lo que es lo mismo, la mutualidad *spuria*, lejos de alejarse de una verdadera mutualidad, se pone al servicio de la reconocida mutualidad externa.

Esta nueva concepción de finalidad mutualística nos descubre la posible y no ilegítima coexistencia en una misma sociedad del fin mutualístico con otros fines,

⁶¹ Igualmente la postura doctrinal a la Relazione ministeriale al CCI (n.1025), cuando se refiere a que las Coop. han de perseguir un *scopo prevalentemente mutualistico*, ha sido la de adoptar una interpretación extensiva de dicho fin, cfr., PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative dopo...*, cit., pg 19, que sigue así la misma línea de pensamiento gestada ya antes de la reforma tras la entrada en vigor de la L. 59/1992, *Idem: Le società cooperative...* cit., pg. 10 en los siguientes términos: «...sarebbe necessario considerare come caratterizzante l'attuale nozione di scopo mutualistico una relativizzazione del concetto di gestione di servizio nel senso che, se resta necessaria e qualificante la destinazione dell'attività ai socio cooperatori, non deve essere valutata in termini strettamente quantitativi e la sua prevalenza non dovrebbe essere valutata tenendo conto di valori numerici, ma dell'effettiva realizzazione delle finalità mutualistiche».

⁶² Entendida la mutualidad impura como la conjunción de principios mutualistas y capitalistas, *vid.*, GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, III, *L'impresa e le società*, 2, Padova, 1994, p. 467. La admisibilidad de una mutualidad *spuria* se ha pronunciado en Cass., 14.5.1992, n.5735, en *Giurisprudenza commerciale*, 1993, 2, pg. 460, con nota de GIAMPAOLINO, en este mismo orden de ideas *vid.*, GALLO, F. y ROSSI, A., cit. pg. 264 y 265 y CECCO, G., «Le diverse modalità di attribuzione dei vantaggi mutualistici ai soci delle organizzazioni cooperative», *Riv. della Cooperazione*, núm. 22, 1995. aunque no faltan voces en contra, así, VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milán, 1958, pg. 118.

incluso con el fin lucrativo, o lo que es lo mismo, la persecución de otros fines no ha de implicar siempre la vulneración de la observancia del fin principal o fin mutualístico⁶³.

3.3.3. La clasificación de las sociedades cooperativas a mutualità prevalente y diversas

a) El concepto de mutualidad prevalente

Se lleva a cabo por el legislador civil una nueva clasificación de las S.Coop. en S.Coop. con mutualidad prevalente y sin mutualidad prevalente⁶⁴, considerada para muchos el centro de la reforma⁶⁵. El precedente inmediato de esta distinción entre las S.Coop. se encuentra en el art. 5 de la Ley de delegación de 3 de octubre de 2001, núm. 366, en la que se había previsto la necesidad de distinguir entre coop. «constitucionalmente reconocidas» y S.Coop. «diversas»⁶⁶. Estas últimas destinadas a colocarse en un lugar más cercano a las sociedades lucrativas.

El punto de partida principal para la diferenciación de las dos nuevas clases de S.Coop. que se introducen con el art. 8º del RD de 17 de enero de 2003 en el CCI, consiste en la observancia de una serie de reglas. Así queda expuesto en los preceptos 2512, 2513 y 2514 CCI. En todo caso, la terminología utilizada para tal diferenciación, esto es, S.Coop. «con mutualidad prevalente» o «sin mutualidad prevalente», no puede ser precursora de inexactas conclusiones. La diferenciación entre ambas no va a

⁶³ De manera explícita ha entendido la doctrina que la coexistencia del fin mutualístico y el lucrativo son posibles en una S.Coop. tras la Ley de 31 de enero de 1992, núm.59, tras la inserción, principalmente, del régimen relativo a los socios *sovventori*, en este sentido, *vid.*, GALLO, F., y ROSSI, A., *cit.* pg. 260.

⁶⁴ Algunos autores han entendido que lo que ofrece la nueva redacción del CCI son tres modelos normativos diversos de S.Coop., estos son: las ya conocidas S.Coop. con mutualidad prevalente y sin mutualidad prevalente y las S.Coop. con mutualidad exclusiva, que serán aquellas que, por falta de una previsión estatutaria que aluda a alguno de los dos sistemas anteriores, no puedan en ningún porcentaje operar con terceros, *cfr.*, BASSI, A., «Le cooperative a mutualità prevalente e le cooperative diverse», en *Congreso de Confcooperative: Il nuovo diritto societario: Una sfida alle cooperative per crescere in autenticità e competitività*, Riva del Garda, 7 y 8 de mayo, 2003, pgs. 1 y 2; y D'AGOSTINO, S., «Concetto di mutualità prevalente e recesso statutario da cooperativa alla luce della riforma societaria», *Società*, núm. 5, 2005, pgs. 585 y 586.

⁶⁵ PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative dopo...*, *cit.* pg. 45; RIZZI A., *cit.* pg. 1.

⁶⁶ Para un estudio de las clasificaciones propuestas en los proyectos anteriores (proyecto Mirone y Veltroni) como precedentes inmediatos a la actual clasificación que introdujo el Proyecto Vietti en el RD de 17 de enero de 2003, *vid.*, BASSI, A., «La filosofia della riforma delle società cooperative» en *XII Congresso: Diritto societario: dai progetti alla riforma*, Forum di Courmayeur, Dolonne, 27 y 28 septiembre, 2002, pgs., 2 y ss y TATARANO, G., «Mutualità e gestione di servizio nelle cooperative: principi nella riforma del diritto societario», *Notariato*, núm. 2, 2002, pgs., 121 y ss.

significar, porque sólo una de ellas sea denominada *a mutualità prevalente*, que tras la reforma se permita que sólo algunas S.Coop. cumplan con la exigencia de perseguir un fin mutualístico. La finalidad mutualística sigue siendo bajo la nueva redacción del CCI común y exigible para todas las S.Coop., como de manera clara y precisa queda indicado en su articulado⁶⁷.

A pesar del silencio guardado por el legislador civil antes de la reforma, la preocupación por el establecimiento de un régimen que indique los lindes de la mutualidad se recogía, brevemente, a través del art. 26 de la Ley Basevi. En todo caso, con la Ley Basevi sí se indicaron los límites en el reparto de los resultados contables de las S.Coop. cuando fueran hechos a través de dividendos; la intangibilidad de las reservas legales y la obligación a destinar a fines de utilidad pública el patrimonio que resulte de la disolución, en definitiva, quedaban así establecidos los requisitos exigidos para entender que una S.Coop. quedaba sometida plenamente a la mutualidad. El contenido del art. 26 de la Ley Basevi es lo que tras la reforma se recoge e incluye, de manera más extensa y precisa, en el art. 2514 del CCI.

Igualmente, se indicaba en el párr. 1º del art. 26 de la Ley Basevi, la consecuencia fiscal favorable que la observancia de dichos requisitos conllevaba, aún sin precisar por ello el nacimiento de una clasificación de una nueva S.Coop.

El nuevo contenido que se señala en el art. 2512 CCI, prevé la S.Coop. con mutualidad prevalente e introduce la distinción entre ésta clase y las otras S.Coop., esto es, sin mutualidad prevalente. Al igual que ocurría con el art. 26 de la Ley Basevi, el alcance de la observancia de ciertos requisitos implica principalmente la reserva sólo a las S.Coop. que así se configuren de las ventajas fiscales (nueva redacción del art. 223-*duodecies* CCI, introducida por el art. 9 RD de 2003).

La distinción entre Coop. constitucionalmente reconocida y Coop. diversas, se ha sustituido bajo la nueva redacción por S.Coop. con mutualidad prevalente y Coop. sin

⁶⁷ Como ya con anterioridad mencionamos que disponía el nuevo art. 2511 CCI, y como es el caso, entre otros, del art. 2545 CCI se indica que en la «Relazione annuale sul carattere mutualistico della cooperativa: Gli amministratori e i sindaci della società, in occasione della approvazione del bilancio di esercizio debbono, nelle relazioni previste dagli artt. 2426 e 2429 indicare specificamente i criteri seguiti nella gestione sociale per il conseguimento dello scopo mutualistico», lo que se predica para cualquier clase de S.Coop.

mutualidad prevalente⁶⁸. El requisito de la prevalencia se individualiza, en función de la clase de intercambio mutualístico, para las S.Coop. que:

- a) desarrollen su actividad prevalentemente a favor de los socios, consumidores o usuarios de los bienes y servicios;
- b) se valgan prevalentemente, en el desarrollo de su actividad, de las prestaciones de trabajo de los socios;
- c) se valgan prevalentemente en su actividad, de las aportaciones de los bienes y servicios por parte de los socios;

El requisito de la prevalencia se considera presente cuando se documente en nota adjunta por parte de los administradores y miembros del colegio sindical que:

- a) los resultados de las ventas de los bienes y de las prestaciones de servicios a los socios sean superiores al cincuenta por ciento del total de los resultados de las ventas y de las prestaciones como se indica art. 2425, ap.1º, párr. A.1ª CCI;
- b) el coste del trabajo de los socios sea superior al cincuenta por ciento del total del coste del trabajo que indica el art. 2425, ap. 1, párr. B.9º CCI;
- c) el coste de la producción por servicios recibidos por los socios, o por bienes entregados a los socios sea respectivamente superior al cincuenta por ciento del total del coste de los servicios indicados en el art. 2425, ap. 1, párr. B7, CCI, o del coste de las mercancías, o materias primas, adquiridas o entregadas como señala el art. 2425, ap. 1, párr. B6, CCI.

Estos criterios se integran con base en el art. 2513, ap. 2 CCI con la previsión de que cuando se realice más de un tipo de intercambio mutualístico, las condiciones de prevalencia se documente haciendo referencia a la media ponderada de los porcentajes previstos en el apartados precedentes y con las previsiones contenidas en el último apartado del art. 2513 CCI, en el que se prevé que en las S.Coop. agrícolas las condiciones de prevalencia subsisten cuando la cantidad o el valor de los productos

⁶⁸ PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative dopo..., cit.*, pg. 47.

conferidos por los socios sea superior al cincuenta por ciento de la cantidad o del valor total de los productos.

En suma, el art. 2514 CCI, adoptando criterios ya tradicionales en el ordenamiento italiano⁶⁹, establece que los Estatutos de las S.Coop. con mutualidad prevalente deben contener las siguientes menciones:

- a) la prohibición de distribuir dividendos en una medida superior a la de los *buoni postali* producidos, aumentado por dos puntos y medio respecto del capital efectivamente desembolsado;
- b) la prohibición de remunerar a los instrumentos financieros ofrecidos en suscripción a los socios cooperadores en medida superior a dos puntos respecto del límite máximo previsto para los dividendos;
- c) la prohibición de distribuir reservas (divisibles) entre los socios cooperadores;
- d) la obligación de devolver, en caso de disolución de la sociedad, el patrimonio social en su totalidad, deduciendo únicamente el capital social y los eventuales dividendos pendientes, a los fondos mutualistas para la promoción y el desarrollo de la cooperación.

En resumen, con relación al elenco de apartados que precede, los elementos que singularizan la mencionada mutualidad prevalente, en un sistema que, como se ha señalado más de una vez, no se decanta por ofrecer un concepto de mutualidad, son, de un lado, la presencia en los estatutos de unas cláusulas que limiten la distribución de los dividendos a los socios, que prohíban la remuneración de los instrumentos financieros ofrecidos en suscripción a los socios cooperadores en una medida superior a dos puntos respecto al límite máximo previsto para los dividendos y que prohíban la distribución de reservas y, por otro lado, la prevelancia de la actividad con los socios respecto de la actividad con los terceros, en el sentido que los intercambios mutualistas con los socios deban ser prevalentes respecto de los intercambios con los nos socios⁷⁰.

⁶⁹ PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative dopo...*, cit., pg. 48.

⁷⁰ Podría añadirse a este elenco de normas destinadas sólo para las S.Coop. prevalentes, el régimen del art. 2545-*decies* CCI, en cuanto a la imposibilidad que ahí se establece para su transformación en sociedad lucrativa.

En el art. 9 del mismo RD de 17 de enero de 2003, se contiene la trascendencia fiscal que la calificación de «prevalente» otorga. De este modo, por un lado encontraríamos, en la parte correspondiente a las *Disposizioni per l'attuazione del Codice Civile* en el libro VI, sección V, capítulo I, del CCI, el nuevo contenido que se añade al art. 111, ap.10. Lo que se inserta ahí es la ineludible pérdida de los beneficios fiscales por la correlativa pérdida de la calificación de S.Coop. «con mutualidad prevalente». Por otro lado, en el capítulo siguiente: *Disposizioni transitorie*, sin embargo se añade al final de su sección V al art. 223 en el nuevo ap. 12, concretamente en sus dos últimos párrafos, una vez más, la trascendencia jurídico fiscal que la calificación de «prevalente» otorga a una Coop., en tanto que en virtud de dicha calificación gozará la sociedad de ventajas o beneficios fiscales.

Se dedica el art. 2545.8 CCI a exponer las causas de la pérdida de calificación como S.Coop. prevalente, que se reducen a la inobservancia por la sociedad durante dos ejercicios consecutivos tanto de los criterios de «prevalencia» establecidos por el art. 2513 del CCI como de los requisitos para la creación de una S.Coop. «con mutualidad prevalente» (art. 2514 CCI), lo que en ningún modo implica su no consideración como S.Coop.⁷¹.

b) Aspectos comunes de las cooperativas a mutualidad prevalente y de las cooperativas diversas

Una vez individualizada la S.Coop. prevalente no se puede eludir afrontar el tema de su relación con las S.Coop. diversas. Tras la nueva clasificación no ha entendido la doctrina que la reforma, a pesar de permitir una situación privilegiada a las S.Coop.

⁷¹ BONFANTE, G., «La nuova disciplina...», *cit.*, pg. 24 y PAOLUCCI, L.F., «Gli adeguamenti statutari delle cooperative», *Le Società*, 12, 2004, pgs. 1503 y ss, el cual distingue la adecuación de los estatutos anteriores a la reforma en tres grandes grupos, los necesarios, los facultativos y los que sólo se requieren para conseguir ciertas exenciones o ayudas fiscales, en donde encuadra a los estatutos relativos a las S.Coop. con mutualidad prevalente. En particular, sobre la S.Coop. spuria como fenómeno mutualístico, *vid.*, CECCO, G., «Le diverse modalità...», *cit.* pg. 97.

prevalentes, no haya mantenido una visión unitaria de la S.Coop.⁷². Visión unitaria que se manifiesta con toda evidencia en el concreto régimen que singulariza al tipo cooperativo en su totalidad⁷³.

El elenco de normas comunes a ambas clases de sociedades al que nos estamos refiriendo hace alusión, principalmente, al siguiente contenido normativo: 1. Reconocimiento del límite máximo de participación del socio en la sociedad, según el art. 2525 CCI; 2. Exigencia de un número mínimo de socios a partir del cual se ha de constituir una S.Coop. como indica el art. 2522 CCI; 3. Observancia para todas las clases de S.Coop. de la existencia de un sistema de capital variable indicado en el art. 2524 CCI y de un sistema democrático que aparece en los términos del art. 2538.2 y 3 CCI⁷⁴; 4. Paridad de trato subrayado en el art. 2516 CCI; 5. Obligación estatutaria para

⁷² BASSI, A., «L'impresa societaria...», *cit.*, 431, ap.A); RIZZI A., «Le cooperative... » *cit.*, pg. 4 y PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperativa dopo... cit.*, pg. 50.

⁷³ Así: PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperativa dopo... cit.*, pg. 50. Muchos de los extremos que constituyen el entramado de normas comunes es lo que se ha considerado el verdadero *passi avanti* de la reforma, *ibi. idem.*, pg. 8 y 9.

⁷⁴ Ambos extremos éstos de especial relevancia puesto que constituyen no sólo una exigencia para las S.Coop. italianas de la clase que sean sino que se trata de dos de los 6 principios de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI). «Desde 1988 la Alianza Cooperativa Internacional ha emprendido una revisión mundial de los valores y principios sobre los que las cooperativas basan sus actividades, con el fin de fortalecer la identidad y el papel de las cooperativas en el economía global». «Desde su creación en 1895, la Alianza Cooperativa Internacional ha sido la autoridad definitiva en la definición de cooperativas y en la elaboración de los principios sobre los que se deberían basar las cooperativas», *en* INTERNATIONAL COOPERATIVE ALLIANCE, *cit.*, pgs 11 y 23. El nuevo régimen de las sociedades cooperativas se somete a la norma del principio de puerta abierta a través de los arts. 2524, 2527 y 2528 CCI. Por su parte, es el art. 2524 el que se encarga de señalar, como hacía el antiguo art. 2520 CCI, el sistema de capital variable, que fomenta, sin duda, la facilidad de ingreso por el nuevo socio, en tanto que para la sociedad no supone una modificación del acto constitutivo. La garantía y efectividad del mencionado precepto se logra bajo el texto vigente con la redacción de los artículos arriba citados (arts. 2527 y 2528 CCI). Estos son los que señalan verdaderamente la novedad, puesto que el art. 2528 del CCI nos indica el marcado carácter abierto del tipo en su propia rúbrica y el precepto que le precede (art. 2527 CCI), se preocupa de ofrecer unos límites bajo los que se desarrollarán los criterios a seguir por la sociedad cooperativa, en concreto por el órgano de administración que es el que está facultado para ello, en el proceso de admisión de los nuevos socios, señalando, como ya hizo la ACI, la prohibición de incurrir en criterios discriminatorios, velando para que la decisión se mantenga dentro de los cauces de la coherencia con la actividad mutualística y la actividad económica desarrollada por la S.Coop.. Los arts. 2520 y 2525 de la anterior redacción del CCI referentes uno a la «variabilidad de los socios y del capital» y otro a la «admisión de nuevos socios», no insertaron en su régimen la no discriminación como pieza en el proceso de admisión. Tampoco en aquellos preceptos se reflejó la necesidad de que la decisión acordada por el órgano de administración fuese motivada, como garantía para reforzar el sistema así concebido y como ahora sí se indica bajo el art. 2528, 3er párr.. Motivación que deberá estar ajustada con la ya mencionada coherencia con la actividad de la S.Coop. en cuestión. Por su parte, el sistema democrático se ha instalado, al menos, desde los inicios del movimiento cooperativo como verdadero exponente y foco aglutinador del espíritu cooperativo. Así, el sistema democrático alude a la conformación de la S.Coop. a través de instrumentos que inserten un régimen de democracia en el seno de la sociedad, siendo su gran exponente el mecanismo de «un hombre un voto». El principio democrático ha sido recogido en los más importantes Congresos (Paris, 1937, Viena, 1966) realizados en el ámbito internacional por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI), *vid.*, ESTARLICH; «Los valores de la cultura económica cooperativa», *en* *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*,

todas las S.Coop. del establecimiento de un régimen que determine el criterio y las reglas para el concreto desarrollo de la actividad mutualitística como indica el 2521. últ. ap. CCI; 6. Fijación de los requisitos que se han de establecer en la Escritura de Constitución para la admisión de nuevos socios, según el art. 2527 CCI⁷⁵; 7. Obligación tanto de reportar por separado en balance los datos relativos a la actividad desarrollada con los socios y terceros como indica el art. 2545-*sexies* CCI, como de que especifiquen los administradores y miembros del colegio sindical los criterios seguidos en la gestión social para la persecución del fin mutualitístico establecida en el art. 2545 CCI.

Se ubica igualmente en el mencionado elenco de normas comunes a ambas clases de Coop. o lo que es lo mismo, en el conjunto de normas de obligada observancia por parte de cualquier S.Coop., el régimen jurídico relativo al retorno cooperativo⁷⁶. Podemos con ello concluir que este mecanismo de reparto puede darse tanto en las S.Coop. con una mutualidad prevalente como en las diversas, puesto que es de aplicación para ambas la obligación de indicar en la Escritura de Constitución (art. 2521, ap.8º, CCI.) que: *le regole per la ripartizione degli utili e i criteri per la ripartizione dei ristorni*, que a su vez se conecta con el art. 2545-*sexies*, donde se delimita el contenido jurídico del reparto a través de los retornos⁷⁷.

Así, no sólo es de aplicación el sistema del retorno sino que se aplica sin límite y sin salvedad alguna para las dos clases de S.Coop., como sin embargo no sucede cuando el reparto es a través del sistema de dividendos, en el que sí se fija un límite (art. 2545-*quinquies* CCI).

Bilbao, 2002, pgs. 124, 125 y 126. Asimismo, aparece como segundo principio informador de las sociedades cooperativas, en la nueva versión dada a los mismos que se hizo en la declaración de Manchester en 1995, en INTERNATIONAL COOPERATIVE ALLIANCE, *cit.* pgs. 17, 53, 54 y 55.

⁷⁵ Precepto que refuerza sin duda tutela y refuerza el mencionado principio de puerta abierta y por tanto la expectativa del aspirante a socio de ser admitido en una S.Coop.

⁷⁶ Aspecto este que no nos debe de extrañar toda vez que dicho sistema de retribución de los resultados entre los socios, esto es, del reparto de los excedentes entre los cooperadores en función de la actividad cooperativa o mutualitística desarrollada por éstos con la sociedad es, como sucedía en casos anteriores (principio de puerta abierta y de sistema democrático) una regla del cooperativismo según la ACI, cfr.; INTERNATIONAL COOPERATIVE ALLIANCE, *cit.* pg. 55.

⁷⁷ A tenor de lo que se desprende del art. 2514 CCI, faltan disposiciones que establezcan que la S.Coop. debe repartir más retornos que dividendos ya que el límite para recibir dividendos se establece sólo para los socios cooperadores pero no para los socios financieros: BONFANTE, G., «Attività mutualistica...» *cit.*, pg. 7, como ya denunciaba el mismo autor bajo el anterior régimen en *Delle imprese...*, *cit.*,pg. 141, not. 12.

Al ser igualmente de aplicación el art. 2545-*sexies*, párr. 2º, CCI, en donde se establece sin excepción la contabilidad separada de los resultados, entendemos que la ejecución del retorno queda siempre salvaguardada y compuesta por cantidades que surgen de la sola actividad mutualista entre la sociedad y los socios, incluso en las S.Coop. más abiertas o externas y que en definitiva se valen de mecanismos iguales o cercanos al de las sociedades tradicionales que operan en el mercado.

c) Consecuencias jurídico-conceptuales de la clasificación:

c.1.) Introducción

La doctrina considera que con el RD de 17 de enero de 2003 se produce un avance que se materializa, sin duda alguna, en el hecho de prohibir la remuneración de los instrumentos financieros en medida superior a dos puntos respecto del límite que se prevé para los dividendos, así como porque la prohibición de distribuir reservas divisibles se aplica sólo a los socios cooperadores y no a los socios financieros, manifestación evidente de un orientación que se torna en ampliar, en la medida posible, la capacidad de todas las S.Coop., tanto de las prevalentes como de las que no y acudir al mercado financiero, evitando previsiones de vínculos de tal rigidez que puedan en algún modo deprimir el interés de los potenciales inversores. Esta claro, que sobre esta base, la importancia de los Estatutos es crucial ya que es a éstos a los que se deja la elección del régimen relativo a la remuneración de los instrumentos financieros suscritos por los socios-financieros, y al de la distribución en su favor de las reservas repartibles⁷⁸. Como quiera que sea, entiende la doctrina, que no puede considerarse un avance absoluto puesto que lo que se innova en este ámbito por la reforma no es constitutivo ni meritorio por si solo de un trato de favor de índole tributaria para las Coop. prevalentes.

Con la clasificación en S.Coop. con mutualidad prevalente y diversas, se pone de manifiesto que, principalmente, el grado de desarrollo legislativo se encuentra todavía lejos del científico en la concepción de mutualidad. No sólo no da un concepto de ésta

⁷⁸ Cfr. PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperativa dopo...*, cit.,pg. 49.

sino que rechaza la ya reconocida «mutualidad externa»⁷⁹. Así, el legislador, con las nuevas clases que instala en el CCI, no tiene en cuenta el nuevo aspecto de la mutualidad, esto es, «pública utilidad».

A pesar de las deficiencias que empiezan a señalarse como consecuencia del nuevo régimen que en el CCI se establece para las S.Coop., hay que indicar que no fueron pocas las veces que la doctrina había denunciado la innecesaria dispersión normativa por las innumerables leyes especiales que rigen sobre la materia. No cabe duda que ha sido una reforma largamente aclamada. Se ha llegado incluso, en este sentido, a afirmar que si alguna vez llegase la parte de la reforma que concierne a las S.Coop. a convertirse en una verdadera Ley del Estado, ello comportaría un hecho realmente trascendente en la historia de la legislación sobre S.Coop. en Italia.⁸⁰ Está claro, que con los nuevos preceptos se constituye una vía de acceso más fácil para el estudio y desarrollo de las S.Coop. que con la que se ha contado hasta el momento en el ordenamiento italiano.

c.2) El retorno cooperativo

Como el reparto de excedentes efectuado bajo el sistema del retorno es una característica frecuente de la mutualidad en las S.Coop., y entendemos que es así como se ha recogido tras la reforma. La estrecha relación entre el instituto del retorno y la mutualidad, en todas las manifestaciones de ésta (ventaja mutualística, actividad mutualística, fin mutualístico...), son conceptos estrechamente vinculados y siempre relacionados especialmente por la doctrina italiana⁸¹. No hay duda que el sistema de reparto proporcional al intercambio mutualístico en el binomio socio-sociedad o sistema de retorno cooperativo, principio de la ACI, es una clara prueba de la atención a un

⁷⁹ LENGU MAURO, *cit.*, pg. 4.

⁸⁰ BONFANTE, G., «La riforma... », *cit.*, pg. 1332.

⁸¹ CUSA, E., *cit.* pg 32, párr. 2º y 42, ap. 7; OLIVERI, G., «Giovanni, ritorno... », *cit.*, pg. 41, pár. 1º; BONFANTE, G., «Il diritto al ritorno nelle cooperative», *Le società*, núm. 6, 1997, pg 671, párr. 2º; PAOLUCCI, L.F., «I ristorni... » *cit.*, pg 47, en los siguientes términos: «...ristorno, tipico compenso nel rapporto mutualistico...», BONFANTE, G., «La riforma... », *cit.*, pg. 1334, en donde se afirma que «el retorno se convierte ahora en un elemento esencial del contrato de sociedad cooperativa evidenciándose así indirectamente como el servicio mutualístico más que el dividendo representa la finalidad distintiva de este instituto».

sistema mutualístico, como igualmente lo son los demás principios de la ACI, y entre ellos, los que con el nuevo régimen del CCI han sido especialmente atendidos, estos son: el principio de puerta abierta y el sistema democrático⁸².

Precisamente para ensalzar al retorno, en relación al nuevo régimen que con la reforma se incluye en el CCI para las S.Coop., la doctrina critica la ausencia de correlación entre los límites de las cantidades que deben repartirse como retornos y dividendos. La doctrina ya había propuesto la idoneidad de contar con una base positiva que al menos dispusiese que en las S.Coop. debería ser siempre mayor el porcentaje de las cantidades que se han de repartir en concepto de retorno que como dividendo⁸³. De todo ello sacamos dos conclusiones: la primera de ellas, es la tendencia doctrinal actual, esto es, la doctrina, se inclina por subrayar lo oportuno que hubiera sido recoger una clara obligación de reparto de retornos siempre superior que de dividendos, puesto que de esta forma se puede producir una desnaturalización de la figura S.Coop., lo cual compartimos plenamente, en todo caso entendemos que dicha desnaturalización se produce no por el mero hecho de no repartir retornos sino por repartir más dividendos que retornos⁸⁴.

La segunda, es que de *lege data* no hay nada que prohíba que una S.Coop. en Italia de la clase a *mutualità prevalente* pueda bajo los arts. 2513 y 2514 repartir más dividendos que retornos puesto que no hay nada que desde ahí diga lo contrario. Es cierto que ello no estaría en armonía con lo que se desprende del resto de los requisitos que se le exigen a una S.Coop. de la clase prevalente para conformarse, pero, precisamente por la complejidad de los institutos retorno-dividendo hubiera sido

⁸² En relación a que los principios de la ACI son equiparables al contenido de la mutualidad, CUSA, E., *cit.* pg 32, pár. 2º y 42, ap. 7.

⁸³ *Vid.* antes de la reforma BONFANTE, G., *Delle Imprese...*, *cit.*, pg. 141, not. núm. 12 y después de la reforma *Idem*: «Attività mutualistica...» *cit.*, pg. 7.

⁸⁴ Quizás sea importante señalar aquí que el matiz lucrativo que para nuestro ordenamiento pueda tener el reparto de retornos no es equiparable al ordenamiento italiano, el cual siempre ubica al retorno dentro de un marco mutualístico y en modo alguno es asociado con el lucro. Con ello ello no se quiere indicar que sea imposible lucrarse en una S.Coop. donde se repartan retornos sino que la naturaleza del retorno italiano *ex-lege* se enmarca en el sistema mutualístico y esa es su prioridad, lo que de esa estructura pueda surgir, como sería el lucro, entendemos que es accesorio. Sin embargo, el Régimen español al respecto manifiesta una dudosa naturaleza típicamente mutualística en los siguientes términos: LCoop., disposición adicional 1ª, ap. a): «Calificación como entidades sin ánimo de lucro.- Podrán ser calificadas como sociedades cooperativas sin ánimo de lucro las que... en sus Estatutos recojan expresamente que: los resultados positivos que se produzcan en un ejercicio económico no podrán ser distribuidos entre sus socios», lo cual entendemos que incluye el reparto a través del retorno cooperativo.

deseable, al menos en estos extremos, una clara normativa que dejase clara la jerarquía, al menos en las S.Coop. con mutualidad prevalente, del retorno frente al dividendo.

Junto con el nuevo régimen de reparto de ganancias que se establece desde el CCI para las S.Coop. salen a la superficie los beneficiarios de éstos que a su vez representan los diversos intereses que confluyen. Así, en interés de un sistema mutualista, los socios cooperadores son los únicos que pueden recibir los retornos; bajo un interés lucrativo, los cooperadores y los *finanziatori* pueden recibir dividendos, en interés de la consolidación del patrimonio de la sociedad las reservas y finalmente, con un interés solidario con el desarrollo del sistema cooperativo en su totalidad los fondos mutualista⁸⁵.

El retorno, instituto de naturaleza claramente mutualista, y mecanismo de reparto que retribuye el trabajo y/o la participación real en el desarrollo del objeto social, sólo será reconocido como derecho subjetivo del socio cuándo: aparezca en los Estatutos su régimen detallado, se cierre el ejercicio con saldo positivo y se cubran todas la partidas anteriores que en atención a la Coop. como sociedad mutualista no puede eludir, y se decida por un acuerdo social adoptado en la Asamblea General.

c.3) Primeras conclusiones sobre la respuesta doctrinal italiana

La doctrina italiana ha considerado que el centro de la última gran reforma en materia de S.Coop (R.D. 17 de enero de 2003), ha sido la mutualidad, a pesar de que el legislador italiano opte por abstenerse de cualquier intento definitivo, por miedo a constreñir demasiado el concepto de mutualidad pudiendo dejar fuera alguna de sus variadas manifestaciones⁸⁶.

La moderna doctrina italiana concibe la mutualidad atendiendo a sus dos vertientes, esto es, la mutualidad no sólo es reconocida en un plano puramente interno, es decir, en la relación S.Coop.-cooperadores, sino también se reconoce la mutualidad

⁸⁵ GENCO, R., *La struttura.... cit.* pg. 81.

⁸⁶ En este sentido, PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative dopo la riforma*, Padua, 2004, pg. 4.

en su vertiente externa⁸⁷. Así, se ha señalado que la mutualidad se caracteriza porque en su objetivo está de un lado la idea de proporcionar bienes, servicios y trabajo directamente a sus socios en condiciones más favorables que las de mercado (mutualidad interna) y de otro procurar una utilidad pública u ofrecer ventajas a los no socios (mutualidad externa)⁸⁸.

El fin mutualista no ha sido generalmente entendido, ni en el derecho positivo ni entre la doctrina autorizada, como exigencia de la que se derive que «toda» la actividad sea desarrollada con y para los socios. Lo verdaderamente importante es que la actividad cooperativa se ejercite con los socios-cooperadores «de manera principal», permitiéndose en todo caso la opción de la S.Coop. *spuria*, es decir, la posibilidad de incluir en la S.Coop. elementos capitalistas⁸⁹.

Podemos afirmar que la verdadera esencia de la mutualidad no es la mera prohibición de un fin lucrativo, sino que lo importante es que el resultado obtenido por la S.Coop. se ponga al servicio de la cooperación. Es decir, lo relevante es el movimiento cooperativo, su desarrollo, reforzamiento y difusión, por lo que, paradójicamente, la cooperativa *spuria*, ésta que se vale de instrumentos ajenos a la S.Coop. como es el beneficiar también a los terceros con el eventual resultado, podría, incluso de forma más eficaz, cumplir con esa finalidad superior de fomento de cooperativismo.

Con la nueva clasificación de las S.Coop. en aquellas «con mutualidad prevalente y diversas» introducida por la última gran reforma producida en el 2003, se pone de manifiesto principalmente que el grado de desarrollo legislativo se encuentra todavía lejos del científico en la concepción del término «mutualidad», ya que no sólo no se da un concepto de ésta, sino que se rechaza la ya reconocida «mutualidad

⁸⁷ PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative dopo... cit.* pg. 4; GALLO, F. y ROSSI, A., «Aspetti civilistici e fiscali dei ristorni delle Banche di Credito Cooperativo», en *Cooperazione di Credito*, núm. 166, 1999, pg. 261; e incluso más lejos llega el Prof. BUONOCORE, al afirmar que precisamente el fomento del contenido de la «mutualidad externa» es precisamente lo que se proclamó por la ACI a través de la declaración de su último principio cooperativo, el séptimo, en 1995 en el Congreso de Manchester, en su estudio sobre «I rischi di snaturamento della causa mutualistica», en *Rivista della Cooperazione*, núm. 23/24, 1995, pg. 84.

⁸⁸ *Vid.*, PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative dopo... cit.*, pg. 4; BONFANTE, G., «La nuova disciplina delle cooperative», en *Rivista della Cooperazione*, núm. 3, 2002, pg. 25.

⁸⁹ *Vid.*, BONFANTE, G., *Delle Imprese Cooperative*, en *Comentario Scialoja Branca*, Bolonia-Roma, 1999, pg. 19, not. núm. 12.

externa»⁹⁰. Resulta evidente que el legislador, con las nuevas clases de S. Coop. que introduce en el CCI, no ha tenido en cuenta el aspecto de la mutualidad que trasciende los intereses inmediatos de los socios, esto es, el que se encuentra al servicio directo de la finalidad de «utilidad pública».

La necesidad de la «nueva» clasificación de S.Coop. que se introdujo fue abiertamente cuestionada. En términos generales, no ha sido bien acogida por la doctrina más destacada, la que en ocasiones, entre otras críticas, ha subrayado su falta de aportación o innovación respecto de la anterior clasificación⁹¹, en el sentido de que no se supera con ella el gran margen de interpretación que ya dejaba el art. 45 Constitución con las anteriores clases de S.Coop.⁹²

La reacción doctrinal contraria a la concepción de «prevalencia» que ofrece el legislador en el CCI se refiere principalmente a cuatro extremos⁹³: el primero de ellos se centra en la crítica al legislador por el no reconocimiento del papel de las S.Coop. no prevalentes, a las que se les niega la posibilidad de favorecerse de unas ventajas fiscales por el hecho de no cumplir unos requisitos objetivos que al fin y al cabo sólo tienen un alcance formal, exigencias estatutarias que se limitan a la cooperación en sí y que en definitiva predicen un modelo al que podrían ajustarse empresas distintas a las mutualistas y sustancialmente lucrativas; el segundo subraya la imprecisión del sistema aplicable en el caso de las S.Coop. de crédito, por no corresponder el término de «prevalencia» dado en el CCI y el establecido por la Ley Bancaria (art. 35 del Decreto legislativo 1.9.1993, núm. 385); el tercero pone de manifiesto el olvido legal del CCI en relación a la mutualidad externa y a su función de utilidad pública de las grandes S.Coop., ya que existe un único reconocimiento de las S.Coop. cuando operan prevalentemente con los socios, lo cual, por otra parte, corresponde a una realidad menor en el tráfico⁹⁴; y el cuarto extremo que se cuestiona se ubica en el excesivo margen de discrecionalidad que el Ministerio de Economía ostenta a la hora de establecer regímenes derogatorios del criterio de «prevalencia» (régimen que se

⁹⁰ Vid, LENGO M, «La mutualità cooperativa» en AAVV., *La riforma delle società cooperativa*, dir. GENCO, R., Milán, 2003, pg. 4.

⁹¹ Vid., PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative dopo... cit.*, pg. 49, párr. 2°.

⁹² Vid. *Ibi idem*, pgs. 45-47.

⁹³ Vid, *Ibi idem*, pgs. 46, 49, 53 y 54.

⁹⁴ Vid., BONFANTE, G., «La nuova disciplina... » *cit.*, pg. 24, últ. párr., y PAOLUCCI, L.F., *últ.op.cit.*, pg. 10.

introduce por el art. 9 del RD de 17 de enero de 2003 en el art. 111-*undecies*, sección V, capítulo I, CCI).

De forma más concreta se ha afirmado que con la nueva regulación sólo se consigue contener la práctica de las grandes S.Coop., lo que equivale a reducir fuertemente el desarrollo de las S.Coop., y su capacidad de conseguir beneficios. En definitiva, no reconoce el CCI un modelo de empresa-cooperativa a través de la cual se pueda adquirir una dimensión empresarial y económica de una envergadura tal que permita competir con las demás empresas lucrativas en el mercado⁹⁵.

Como quiera que sea, la doctrina entiende que la nueva clasificación de S.Coop. no constituye un avance en absoluto y, por tanto, no resulta explicable el trato de favor de índole tributaria establecido para las Coop. prevalentes.

5. El proceso europeo de des-mutualización cooperativa.

En el presente apartado pretendemos analizar el creciente proceso de desmutualización que se está produciendo tanto en los ordenamientos nacionales de la Europa continental como en el derecho comunitario. Para ello resulta necesario analizar los motivos, las manifestaciones y las consecuencias de la desmutualización misma.

La importancia que ha alcanzado la S.Coop. en Europa se encuentra en el hecho de que incluso en las constituciones de algunos Estados miembros de la Unión se hace referencia expresa al fenómeno cooperativo a través de preceptos que obligan a su fomento y promoción⁹⁶. Son los casos del art. 45 de la Constitución italiana de 1947 y del art. 129 de la Constitución española de 1978.

No encontramos, sin embargo, previsiones directas en la Constitución francesa de 1958. De hecho, en el ordenamiento francés ni siquiera existe una normativa

⁹⁵ Vid. LENGU M., «La mutualità...» *cit.*, pg. 4.

⁹⁶ Vid., MONTOLIO, J.M^a., *Legislación cooperativa en la unión europea*, Madrid 2000, pgs. 25, 143, 271, 377 y 509.

específica sobre las S.Coop., quedando éstas comprendidas en la Ley de 1867 sobre sociedades de capital variable y en el EGC.

Por su parte, la actual Constitución alemana de 1949 no hace tampoco mención expresa alguna al fenómeno cooperativo, lo cual sí ocurría en cambio en el derogado art. 156 de la Constitución de Weimar de 1919. De todos modos, sí se ocupa en su actual art. 15 de promover en general la economía social, lo cual en cualquier caso nos parece acorde con la estructura o modelo que entendemos que su normativa describe, esto es: el de un modelo normativo no mutualista

Las S.Coop. han despertado un creciente interés en Europa precisamente por ser un fiel reflejo de una sociedad que exige el desarrollo de iniciativas socialmente responsables en el ámbito económico. El apoyo a esta y a otras formas de desarrollo de la economía social formó parte de las últimas conclusiones de la *Conferencia europea de economía social* de Salamanca de 2002, donde se resaltó, entre otros aspectos de las mismas, su capacidad por generar empleo; su preocupación por el fomento de la capacidad emprendedora; su interés por facilitar la cohesión y la inserción social y, en definitiva, su búsqueda por satisfacer las nuevas necesidades sociales⁹⁷.

En el ámbito del desarrollo de su actividad, lo que ha servido para individualizar a las sociedades cooperativas con respecto a las demás formas de organización de la economía social, ha sido el sometimiento por parte de aquellas a las reglas que la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) ha venido proclamando a través de sus congresos. Sin embargo, la consecución de alguno de sus principios en la actualidad choca con cualquier intento por expandir el movimiento cooperativo europeo.

En la actualidad, el desarrollo cooperativo europeo se caracteriza por ser objeto de un proceso de descooperativización o de desmutualización. Es decir, la tendencia del legislador europeo en materia de S.Coop. se centra en el fortalecimiento de la S.Coop. como empresario⁹⁸, pudiéndose afirmar que la preocupación por la realización de una

⁹⁷ CONCLUSIONES DE SALAMANCA, *Conferencia Europea de Economía Social*, 28 de mayo de 2002, disponible en <http://www.aces-andalucia.org/visualizarfichero.asp?archivo=74>, pgs. 3 y 4. Fecha de consulta [10 de julio de 2009].

⁹⁸En relación con el ordenamiento inglés, precursor de un sistema cooperativo claramente mutualístico y sin fisuras, ha apuntado su doctrina que: «Regulation restricting mutuals access to certain types of capital

mutualidad perfecta en el seno de una S.Coop. pasa, en el marco del derecho europeo, a un segundo plano.

En tal sentido, son dos los aspectos que principalmente ponen de manifiesto la desmutualización cooperativa. Uno de ellos se gesta en «los procesos de concentración empresarial», y otro se encuentra en el «estímulo de los fondos propios» de las S.Coop. a través de los recursos aportados por socios inversores o capitalistas y, en todo caso, en recursos aportados por socios no-cooperadores o no-usuarios⁹⁹. Ambas formas de expansión buscan facilitar el crecimiento cooperativo y su acceso a los mercados de capitales, pero resulta difícil realizar dichos objetivos manteniendo sus características tipológicas diferenciales tradicionales.

De un lado, los procesos de «concentración empresarial» han alcanzado en los últimos años una considerable importancia. Las S.Coop. han experimentado la necesidad de aumentar su participación en el mercado mediante procesos de concentración empresarial compatibles con el mercado global. El problema que de ello se deriva radica en que dichos procesos de concentración cooperativa deben atender simultáneamente las reglas empresariales del mercado y las reglas de la ACI, reglas que, en principio, si no contrarias o enfrentadas unas con las otras, sí resultan de naturaleza claramente diversa y por tanto requieren de mecanismos diferentes entre sí para su cumplimiento.

La ACI contempla la mencionada concentración a través de su principio de «Cooperación entre cooperativas» y la cooperación exclusivamente entre S.Coop. responde a un planteamiento ideológico de preservación de los principios cooperativos. No obstante, ya es una realidad en Europa la posibilidad de que las S.Coop. establezcan alianzas con otro tipo de empresas.

and the undertaking of certain types of operations has been recently relaxed», *vid.* COOK, J., DEAKIN, S., JONATHAN M., y NASH, D.; *Trust Rewards: realising the mutual advantage*, Londres, 2003. En este mismo sentido, *vid.* PASTOR SEMPERE, C., «La sociedad cooperativa europea domiciliada en España». en *REVESCO*, núm. 97, 2009, pg. 124, párr. 1º.

⁹⁹ FERNÁNDEZ GUADAÑO, J., «The desmutualization process of European Cooperative Societies», en *Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional*, Valencia, 6-9 de mayo, 2004, pg. 1, y más recientemente «Structural changes in the development of european co-operative societies», en *Annals of Public and cooperative Economics*, núm. 77-1, 2006, pgs 14 y 15.

A través precisamente de los ejemplos más extremos de esa «intercooperación» se ha puesto de manifiesto la desmutualización, entendida ésta como: «la tendencia de grandes S.Coop. que se deslizan hacia formas capitalistas de sociedad, o bien, crean sociedades mercantiles instrumentales como forma flexible de crecimiento, o se ven inmersas en grandes proyectos de fusión con empresas que no pertenecen a la economía social»¹⁰⁰.

De otro lado, el sistema ideado para financiar la expansión cooperativa ha sido, fundamentalmente, «la consolidación de los socios inversores», sistema que lucha por mantener el equilibrio entre el ofrecimiento a éstos de un régimen atractivo sin por ello desvirtuar la regla mutualística de «la gestión de servicio»¹⁰¹, es decir, se trataría de procurar que se siga ofreciendo prevalentemente a los socios cooperadores las ventajas que resulten de la actividad cooperativa, esto es, servicios, productos o trabajos, en mejores condiciones que las que ofrece el mercado¹⁰².

La doctrina española señala, entre otros, que el riesgo principal que ha de evitarse para no producir la total desmutualización en los procesos de concentración de las S. Coop. es el establecimiento de un sistema de democracia delegado en lugar de directo, así como que la toma de decisiones tenga en la S.Coop. como referente el desarrollo de la actividad y no el capital social¹⁰³.

El caso italiano es un claro ejemplo de ordenamiento que ha asumido tal sistema de financiación. Así se corrobora con el régimen de los conocidos socios *sovventori* (art. 2548.1 y 2 CCI introducido para el ámbito cooperativo por el art. 4 de la Ley de 31 de enero de 1992, núm, 59) y a la prohibición que afecta a los socios-cooperadores de que

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ GUADAÑO J., *The desmutualization... cit.*, pg. 3 y también en *Idem.*, «Structural changes... », *cit.*, pg 112, párr. 3º.

¹⁰¹ La gestión de servicio es un aspecto esencial para entender la cooperación, especialmente la cooperación tradicional o pura, puesto que con esta expresión se quiere poner de relieve la estrecha y en principio, exclusiva y excluyente, vinculación, reciprocidad y colaboración de los socios y la sociedad. Lo característico de esta relación de mutualidad, propia de la gestión de servicio realizada a través de una actividad cooperativizada, radica en que la reciprocidad de las prestaciones es de los socios con la sociedad y no entre aquellos solos y que la sociedad desarrolla, dentro de este esquema funcional, su actividad en beneficio exclusivo de los miembros cooperadores, gracias a las aportaciones que los mismos realizan. En este sentido, *vid.* LLOBREGAT, HURTADO, Mª. L., *La mutualidad... cit.* pgs. 24 y 25.

¹⁰² En todo caso, las ventajas de la desmutualización deben repercutir en la cooperación. Para un apunte sobre las ventajas que la desmutualización producen en el sector cooperativo de viviendas, *vid.*, COOK, J., DEAKIN, S., JONATHAN M., y NASH, D., *Trust Rewards... cit.*, pg. 19, últ. párr.

¹⁰³ FERNÁNDEZ GUADAÑO, J., *The desmutualization... cit.*, pgs. 3 y 4,

se les distribuyan reservas repartibles y así no desincentivar el interés de potenciales inversores (art. 2514.c CCI).

Francia, por su parte, en el art. 3 *bis* párr. 1º EGC, abre igualmente la puerta a la recepción en la S.Coop. de los socios capitalistas¹⁰⁴. Sin embargo, consideramos que el establecimiento de claros límites (art. 3 *bis* párr. 2º EGC) garantiza que en cualquier caso la relación entre S.Coop. y socio capitalista no desmutualice por completo a la S.Coop., ya que dispone que: «Estos socios no podrán, en ningún caso, representar conjuntamente más de un treinta y cinco por ciento del total de los derecho de voto. Los estatutos podrán prever que estos socios, o ciertas categorías de entre ellos, dispongan conjuntamente de un número de votos proporcional al capital que ostenten y que se distribuirá a prorrata de la parte de cada uno en aquel», apuntando, en los siguientes párrafos, otras limitaciones y previsiones encaminadas al control de la participación de socios no cooperadores¹⁰⁵.

La desmutualización se hace presente en la SCE porque a pesar de que la Unión Europea pretenda con el nuevo tipo societario (SCE) la concentración de capitales de distintos países miembros para el desarrollo de actividades-cooperativas-transfronterizas mediante la regulación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea y se favorezca así la cooperación-transnacional entre personas físicas o jurídicas de distintos Estados miembros de la UE (art. 2, RSCE), se ha mantenido la línea de la mayoría de las legislaciones nacionales europeas en cuanto a que ofrece la posibilidad de que existan inversores externos (socios capitalistas) que aportan recursos sin participar en la actividad-cooperativa (art. 14.1, RSCE), aunque bien es cierto que limitando su poder de decisión como máximo al 25 por ciento de los votos totales (art. 59.3, RSCE)¹⁰⁶.

¹⁰⁴ «Las cooperativas podrán admitir como socios, en las condiciones fijadas por sus estatutos, a personas físicas o jurídicas que no tengan intención de recurrir a sus servicios o a aquellas que no utilicen su actividad, pero que puedan contribuir, mediante la aportación de capital, a la consecución del objeto de la cooperativa».

¹⁰⁵ Ello sirve para que BONFANTE, G., en «Attività mutualistica e ristorni: aspetti sostanziali e clausole statutarie», en Seminario sobre *Adeguamenti statutarie regolamenti nelle cooperative dopo la riforma*, Facultad de Economía de Bolonia, sede de Forli, 12 de septiembre, 2003, pg. 7, en relación al ordenamiento italiano, apunte que: *Mancano in altri termini disposizioni che statuiscono che la cooperativa deve dare più ristorni che dividendi i quali, come avviene in altre legislazioni, non dovrebbero superare determinati tetti.*

¹⁰⁶ Nuestra doctrina ya apuntaba que en el Proyecto de SCE se observaba la clara influencia que el ordenamiento alemán –el más alejado de la realización de una mutualidad pura o tradicional- estaba ejerciendo en su redacción, *vid.*, PASTOR SEMPERE, C., «La sociedad cooperativa europea»,

Con el RSCE se pretende ofrecer un régimen que incentive la inversión en la S.Coop., principalmente a través de dos vías: de un lado, a través del ofrecimiento a los meros socios inversores del derecho de voto, otorgando de este modo a esta clase de socios un poder de decisión en la inversión, y de otro lado, no estableciéndose límite alguno para estos socios en cuanto a la retribución económica que su participación pueda generar¹⁰⁷.

Lo verdaderamente peligroso de este proceso de desmutualización es que éste no constituya una nueva concepción de la mutualidad en el sentido dado por los juristas italianos como mutualidad-externa, sino que desemboque en una sociedad capitalista más. Este peligro lo observamos, por ejemplo, en que no existe límite en el porcentaje de capital social que puede estar en manos de los socios, ya sean usuarios, meros inversores o socios capitalistas. La doctrina española ha entendido que se debería haber establecido un límite máximo que pusiera de manifiesto que la mayoría del capital social en una SCoop debe mantenerse siempre en manos de los socios cooperadores¹⁰⁸, es decir, los que además de aportar recursos financieros participan de la actividad cooperativa, porque sino entraremos en contradicción con lo que la propia Exp. Mot., Considerando 10º, apdo. 1º, del RSCE alude cuando se refiere al objetivo social, señalando que éste es: «el beneficio mutuo de los socios de modo que todos ellos se beneficien de las actividades de la SCE en función de su participación; y sus socios han de ser además, clientes, trabajadores o proveedores o estar implicados de alguna forma en la actividad económica de la SCE»¹⁰⁹.

REVESCO, núm. 74, 2001, pg. 197, últ. párr. , lo cual, la misma doctrina ha reiterado más recientemente en relación al texto definitivo de la SCE, en: «La sociedad cooperativa europea domiciliada en España», *cit.*, pg. 139. Para un estudio económico-financiero que ratifica la similitud de las S.Coop. alemanas con el resto de sociedades capitalistas con las que concurre en el tráfico *vid.*, ITURRIOZ DEL CAMPO, J., «La distribución de resultados en las sociedades cooperativas alemanas: un análisis comparado con el caso español», *REVESCO*, núm. 74, 2001 pgs. 107-121.

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ GUADAÑO, J., «Structural changes...», *cit.*, pgs.115, párr. 3º.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ GUADAÑO, J., «Structural changes... » *cit.*, pg 114 , últ.párr., y más recientemente en «La Desmutualización de la sociedad cooperativa en Europa: el caso de los socios inversores externos», *Revista Venezolana de Economía Social*, núm. 15, enero-junio 2008, pg. 127.

¹⁰⁹ La falta de la doble condición de socio usuario recordemos que es contraria al art. 3 del Estatuto francés de Cooperación, 1947. En el caso concreto de los trabajadores, con motivo del Estatuto de SCE, ha apuntado la doctrina que: «En suma, se producen en la Unión Europea dos movimientos que en el aspecto tratado entran en contradicción. Por un lado, existen distintas actuaciones comunitarias encaminadas a favorecer la participación financiera de los trabajadores lo que coincide precisamente con una de las características genuinas de la forma cooperativa. Y por otro lado, se regula recientemente el Estatuto de la SCE, que al contrario de lo que venía ocurriendo tradicionalmente, da entrada sin límites a

El régimen dado a los socios capitalistas los convierte a éstos, sin lugar a dudas, en piezas relevantes para la consecución del fin social en una SCE y los aleja del carácter instrumental o subordinado con el que éstas y otras figuras capitalistas o financieras han venido tratándose en los ordenamientos comparados en materia de S.Coop., lo que confirma el alejamiento de las concepciones tradicionales sobre cooperación y mutualidad.

Es cierto que aunque desde el RSCE no se hace ninguna mención directa a la observancia de los principios de la ACI, sí que se cumplen éstos en su generalidad. En el considerando 7º del RSCE, se hace alusión a dos de los principios que reiteradamente la ACI ha proclamado, estos son: «el sistema democrático» y «el retorno cooperativo»¹¹⁰. Pero es en el considerando 10º, donde se concreta el mecanismo del retorno, identificando exactamente cómo debe procederse a su distribución. Así pues, el considerando 10º, ap. 5. reza:: «los beneficios han de distribuirse en función de las actividades realizadas con la SCE o utilizarse para satisfacer las necesidades de sus socios». De lo que cabe concluir la preocupación del legislador por subrayar que lo que reciban los socios por su mutua cooperación se circunscriba en un sistema mutualístico, acreditándose pues los resultados a través de las ventajas mutualistas en general¹¹¹ (directas o indirectas), pero, refiriéndose particularmente sólo al retorno (que como hemos dicho, no por ello se cierra la posibilidad a otra eventual forma de acreditar a los socios la ventaja mutualística). El retorno pues, convive con otras forma de acreditación de la ventaja mutualística e incluso con otro sistema, esto es, el reparto a los socios inversores de auténticos dividendos (art. 14 RSCE)

En cuanto al régimen que se establece en el momento de la distribución de excedentes, el legislador otorga a la Asamblea General la facultad de optar o no por la distribución de los resultados en la SCE (art. 67.2RSCE). Estos resultados se calcularán teniendo en cuenta tanto la dotación obligada de la reserva legal, como la de los

socios inversores que no cumplen la doble condición de socio trabajador», *vid.*, FERNÁNDEZ GUADAÑO, J., «La Desmutualización...», *cit.*, pg. 128.

¹¹⁰ Considerando 7º RSCE: «Las cooperativas son, ante todo, agrupaciones de personas o entidades jurídicas que se rigen por principios de funcionamiento específicos, distintos de los de otros agentes económicos, Entre esos principios cabe mencionar el de la estructura y gestión democráticas y el de la distribución equitativa del beneficio neto del ejercicio financiero».

¹¹¹ En este orden de ideas, y en una línea «conservadora» de delimitar la S.Coop., esto es, dentro de los cauces de una mutualidad tradicional, señala igualmente en los tres primeros párrafos del considerando 10

retornos, los remanentes de ejercicios anteriores, las deducciones de otras reservas y las pérdidas que se arrastren de otros ejercicios, en su caso. El orden y la proporción se indicará en los Estatutos, en particular para construir un nuevo remanente; dotar las reservas legales o estatutarias; remunerar los capitales desembolsados y los capitales asimilados bien acreditándose el pago en metálico o por aumento de la cuota de participación (art. 67.1 RSCE).

En suma, el RSCE se ocupa de definir el retorno y de otorgarle un carácter derogable¹¹². El concepto que el art. 66 RSCE establece del mismo, no ofrece ninguna particularidad ni diferencia del dado en los ordenamientos español e italiano, por lo que igualmente, se puede afirmar que no se sale de la delimitación conceptual que se dió por la ACI en su 6ª regla declarada en Viena, en la que se ocupaba del sistema del retorno cooperativo en términos similares. Así pues, el retorno, para el legislador comunitario, consiste en el reparto de los excedentes entre los socios en proporción a la participación de los mismos en la actividad de la SCE, lo que significa que su acreditación no va a depender del desembolso inicial efectuado por el socio al capital por lo que su desmutualización no va a radicar en una acepción inadecuada del mismo concepto del retorno.

Así, los principios de la ACI y los caracteres de la mutualidad, (doble condición de socio usuario, autoayuda etc...) se ven en ocasiones relegados a un segundo plano por el reforzamiento de otros sistemas que conviertan a la S.Coop. en un empresario más competitivo en términos de mercado

¹¹² Por otra parte, entendemos que el presente derecho económico del socio es derogable toda vez que otorga total potestad a los socios en los Estatutos para su efectiva realización o su posible eliminación. Art. 66 RSCE «Los estatutos podrán prever el pago de un retorno...» y art. 67.3 RSCE «Los estatutos también podrán excluir cualquier distribución».

CAPITULO III

EL RETORNO EN LA CONFORMACIÓN DE LOS MODELOS NORMATIVOS DEL DERECHO COMPARADO VIGENTE EN MATERIA DE SOCIEDADES COOPERATIVAS

1. Algunas consideraciones sobre la conformación del modelo mutualista cerrado

Una vez que se hizo una primera aproximación a la organización de la ACI, con la sola finalidad de explicar la relevancia de dicha Institución en el mundo cooperativo y probado el reconocimiento de sus principios generalizados de manera directa o indirecta en los ordenamientos nacionales comparados, interesa analizar a continuación la conformación de los modelos normativos actuales sobre la sociedad cooperativa, lo que a su vez dependerá de la observancia o no de las reglas de la ACI y de los caracteres de la mutualidad.

La consecuencia de la promulgación de las reglas del cooperativismo por la ACI, fundamentalmente en su Congreso de Viena en 1966, en continuidad con la labor de los pioneros de Rochdale¹¹³, es para nosotros la configuración de la «S.Coop. teórica perfecta», toda vez que a través de dichas reglas se produce, principalmente, una contención de la eventual tendencia capitalista de una S.Coop.¹¹⁴. Sin perjuicio de ulteriores vicisitudes que ocasionaron ligeros cambios en el texto de los Estatutos de Rochdale, hay unanimidad en admitir que de manera directa o indirecta, los pioneros

¹¹³ Refiriéndose a los principios de la ACI, apunta LLOBREGAT HURTADO, M^a. L., *Mutualidad...cit.*, pgs. 12 y 13 que: «La formulación originaria de estas reglas o principios se encuentra recogida, como ya ha sido expuesto, en los estatutos de Rochdale de 1844. Debido al propósito eminentemente práctico que inspira tales normas e actuación, no debe extrañar que en su redacción se rehuya expresamente cualquier declaración de principios en sentido técnico. La elaboración e individualización de estos últimos tiene lugar en un momento histórico posterior, como consecuencia del análisis y sistematización del contenido de los estatutos por parte de algunos ilustres estudiosos y sobre todo de la Alianza Cooperativa Internacional, con criterios, por otra parte, no siempre coincidentes».

¹¹⁴ Apuntamos que a través del modelo teórico conformado por la ACI se produce una contención de posibles tendencias capitalistas e igualmente es cierto que sobre todo subraya la mutualidad interna, aunque no entendemos que se impida por ello la realización de la denominada mutualidad externa principalmente por la doctrina italiana, esto es, S.Coop. preocupadas también por su vertiente empresarial y su participación en el libre mercado como medio para lograr su función de «pública utilidad».

recogieron las exigencias de control democrático, adhesión libre y voluntaria, interés limitado al capital, distribución de excedentes en proporción a la actividad desempeñada por los socios, compra y venta al contado, calidad y pureza de los productos, educación de los socios, neutralidad política y religiosa, y venta a los precios de mercado¹¹⁵. Así pues, en mayor o menor medida, puede afirmarse que todos los principios de la ACI conforman un elenco de medidas propias de S.Coop. mutualistas y no capitalistas.

Si observamos todos y cada uno de los principios de la ACI, corroboramos que, aunque sea en distinto grado, tienden a la creación de una S.Coop. que se aleja claramente de una típica sociedad mercantil capitalista. Bien de manera directa, fomentando el uso de mecanismos alternativos a los instrumentos de los que se valen las sociedades de capital para desarrollarse, o bien, indirectamente, por preocuparse de extremos que si bien no son contrarios a un sistema capitalista sí son reflejo de un modelo que se preocupa por aspectos de una naturaleza singular que no reconocemos en las tradicionales sociedades mercantiles.

En un primer grupo de principios se encuentran los que responden a una naturaleza claramente acapitalista. Al mismo pertenecen los principios de retorno cooperativo y de sistema democrático.

En el caso del retorno, queda aquí ubicado ya que entendemos que nítidamente a través de él lo que propone la ACI es que, en el caso de que existan excedentes, en la S.Coop. se pueda optar por un mecanismo alternativo a la realización de dividendos, sustituyendo de este modo el sistema de reparto entre los socios proporcional al capital desembolsado por los socios, por el establecimiento de un criterio que mida de manera proporcional la relación de dichos resultados con la participación del socio en la actividad de la S.Coop. Ello resulta enunciado por la ACI en los siguientes términos: «Los excedentes o ahorros producidos por las operaciones de una cooperativa, si los hay, pertenecen a los socios y deben distribuirse de tal manera que se evite que un socio obtenga ganancias a expensas de lo otros. La distribución puede hacerse por decisión de los socios como sigue: destinándolos a las expansión de las operaciones de la

¹¹⁵ LLOBREGAT HURTADO, M^a.L; *Mutualidad...* , cit, pg. 13.

cooperativa.; destinándolos a servicios comunes, o distribuyéndolos entre los socios en proporción a las operaciones realizadas con la sociedad».

Asimismo, entendemos que otro claro principio anticapitalista es el principio de interés democrático, el cual recordemos que se explica del siguiente modo: «Las cooperativas son organizaciones democráticas. Sus operaciones deben ser administradas por personas elegidas o designadas por medio de un procedimiento acordados por sus socios y ser responsables ante estos. Los socios de las cooperativas primarias deben gozar de los mismos derechos de voto (un socio, un voto) y de participación en las decisiones que afectan a sus organizaciones. En cooperativas no primarias, la administración debe conducirse sobre bases democráticas, según un método adecuado». De la regla del acogimiento del sistema democrático en la S.Coop. descrita por la ACI se extrae generalmente por la doctrina la idea que quizás mejor la defina: «un hombre un voto», lo que para nosotros se traduce en un claro alejamiento de un sistema capitalista a los efectos de la construcción del modelo teórico ideal, toda vez que la regla de «un hombre un voto» elimina totalmente el criterio del capital para determinar la participación de los socios en la toma de decisiones.

Un segundo grupo lo conformarían aquellos principios formulados en fomento de la mutualidad, sin establecer por ello un claro sistema acapitalista, pero en todo caso, tendentes a crear una sociedad alejada del capitalismo. Los principios que aquí se ubican son los de: puerta abierta; interés limitado; formación y educación de sus miembros y cooperación entre cooperativas.

Según el principio conocido comúnmente como de «puerta abierta»: «La adhesión a una sociedad cooperativa debe ser voluntaria y abierta a todas la personas que puedan hacer uso de sus servicios y acepten las responsabilidades inherentes a su afiliación; no debe haber restricciones artificiales ni discriminaciones sociales, políticas o religiosas», Este principio cooperativo subraya principalmente la preocupación de la ACI por la exigencia de una libre entrada y salida de los socios en la S.Coop. Sin embargo, la interpretación y materialización de este principio nos conduce a pensar que éste no prohíbe la fijación de una «restricción económica», en el sentido de que se pueda permitir que las S.Coop. exijan una cuota de entrada y/o un desembolso al capital, sin por ello vulnerar dicho principio. De hecho así es como finalmente ha sido interpretado

por diversos ordenamientos, en tanto que se exige por ordenamientos del derecho comparado que reconocen directamente el sometimiento a los principios de la ACI, tanto el desembolso de capital como la cuota de ingreso de los socios¹¹⁶. Por ello, si es cierto que este principio coincide en sus soluciones finales con los de una sociedad capitalista, ya que hay facilidad de entrada y de salida, y como hemos visto también, cabe la exigencia de un desembolso inicial por parte de los socios, sin embargo, las razones de política jurídica para adoptar tales criterios son totalmente diversas a las de las sociedades capitalistas.

Por un lado, entendemos que la reunión de socios con un mismo perfil socio-económico o cultural, el desarrollo de los mismos y de sus objetivos de manera «libre», utilizando el vocablo en un sentido amplio, es lo que en síntesis encierra la facilidad de entrada y salida y no la libre o fácil transmisión de participaciones o acciones *ex-lege* de las SA y SRL propia de un posible modelo totalmente despersonalizado.

Por otro lado, del mismo modo, la coincidencia de una exigencia económica en cuanto al desembolso inicial de los socios, se traduce en la S.Coop. en una posibilidad y no en una obligación desde la ACI, y en todo caso, su eventual obligatoriedad va a obedecer a técnicas empresariales propias de un empresario que concurre al libre mercado y no a la necesaria e imperativa exigencia¹¹⁷, como sería el caso en una sociedad de capital, que no sólo lo requiere para su autofinanciación y desarrollo en el tráfico, sino para su mismo funcionamiento interno puesto que, como sobra decir, descansa principalmente en la ponderación de la posición de los socios con los solos criterios del capital.

¹¹⁶ En el Código Cooperativo que se promulgó con la Ley 51/1996, de 7 de septiembre portuguesa, se indica por un lado la directa asunción de los principios promulgados por la ACI en su art. 3º y por otro, en el mismo precepto, en su ap. 3º, queda ya apuntada la contribución que los socios deberán efectuar al capital pero estableciéndose desde ahí que su control será democrático.

En nuestro ordenamiento es en el art. 1.1 de la LCoop donde se refleja por un lado la directa asunción de los principios de la ACI, si bien, a diferencia del ordenamiento portugués no los reformulamos otra vez. En el art. 15.1.2b y e, por su parte, se alude a la genérica obligación de asumir por parte de los socios cargas económicas ya sean cuotas de ingreso o desembolsos en los siguientes términos: art. 15 LCoop, que lleva como rúbrica: Obligaciones y responsabilidad de los socios: 1. Los socios están obligados a cumplir los deberes legales y estatutarios. 2. En especial, los socios tendrán las siguientes obligaciones: b) participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la cooperativa para el cumplimiento de su fin social, en la cuantía mínima obligatoria establecida en sus Estatutos. El Consejo Rector, cuando exista causa justificada, podrá liberar de dicha obligación al socio, en la cuantía que proceda y según las circunstancias que concurran. e) Cumplir con las obligaciones económicas que correspondan».

¹¹⁷ Es de interés para lo que aquí nos ocupa, recordar que la función de información de terceros y garantía de acreedores de los fondos en las S.Coop. obedece precisamente a esa falta de estabilidad del capital y que como principal consecuencia de su sometimiento a este principio se produce un capital variable.

El tercer principio promulgado por la ACI, esto es, el sistema de interés limitado, quedaría dentro del grupo de principios que sin ser opuestos al sistema capitalista¹¹⁸, propugna indirectamente el sistema cooperativo¹¹⁹. Así cuando la ACI expresa que: «El capital accionario, en el caso de recibir interés, debe ser en una tasa estrictamente limitada», entendemos que lejos de propugnar un mero sistema capitalista, su razón de ser radica en la búsqueda, bien es cierto que limitada, de un atractivo para el socio que ingresa en la S.Coop., e indirectamente, de un mecanismo de autofinanciación que es lógico y común para cualquier empresa que pretenda permanecer en el mercado¹²⁰. Esto es, este principio se alza en mecanismo de atracción de cooperadores con el solo objetivo de coexistir en el libre mercado con otras sociedades, las de capital principalmente¹²¹.

En cuanto al principio de formación y educación, esto es: «Todas las cooperativas deben emprender acciones para la educación de sus miembros, empleados y dirigentes y público en general, en los principios y técnicas, tanto económicas como democráticas, de la cooperación» y al principio de cooperación entre S.Coop.:«Las cooperativas, para servir mejor a los intereses de sus miembros y sus comunidades, deben colaborar por todos los medios con otras cooperativas a los niveles local nacional e internacional», podemos concluir que manifiestan de manera todavía más clara si cabe, junto con los de puerta abierta e interés limitado, la central preocupación de la ACI por preconizar reglas con una naturaleza que si bien, como ya indicábamos, no son contrarias al capitalismo,

¹¹⁸ «Parece evidente la necesidad de poner algún límite al rendimiento del capital invertido en la sociedad, puesto que en definitiva no se invierte en una cooperativa para obtener un lucro capitalista sino para poner a la empresa en condiciones de que lo socios puedan servirse de ella», PARRA DE MAS, S., *La integración...cit.*, pg. 59.

¹¹⁹ «En la actualidad queda firmemente consolidado el criterio de que el pago de los intereses es compatible con la naturaleza específica de la cooperativa siempre que éstos revistan el carácter limitado...», LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *Mutualidad... cit.*, pag. 270. Aunque entre nosotros, de *lege ferenda*, se ha apuntado la necesidad de someter la ejecución de dicho principio a la realización de los retornos y a la dotación de los fondos, *vid.* asimismo LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *Mutualidad... cit.* pg. 279, reflexión que entendemos que merecería por sí sola un estudio aparte, no compartimos la postura doctrinal minoritaria que ha entendido que dichos intereses gozan de común naturaleza con los dividendos, como apuntó LAMBERT, P., *La doctrina... cit.*, pgs. 24 y 281. Entendemos que la ACI con el principio de interés limitado no ha hecho más que formalizar una tradición acuñada desde los mismos inicios del cooperativismo, por lo que de manera indirecta promueve el cooperativismo, sin acudir a un sistema capitalista, aunque reiteremos nuestra idea de que no se trata efectivamente de un sistema acapitalista.

¹²⁰ En este sentido, PARRA DE MAS, S.; *La integración... cit.*, pg. 57 y 58.

¹²¹ La doctrina italiana entiende que el precepto que lo recoge en el CCI, esto es art. 2514^b) a lo que alude es a un supuesto de distribución «limitada» de dividendos. Cfr. LENGU, M., «La mutualità cooperativa», en AAVV., *La riforma delle società cooperative*, dir. R. GENCO, Milán, 2003, pg. 18.

sí se ocupan de la realización de la mutualidad y del desarrollo cooperativo, lo que resulta evidente de su mera enunciación.

En suma, a través de sus principios, como no podía ser de otro modo, la ACI describe un modelo perfecto ideal o puro de S.Coop., el que denominamos: modelo normativo mutualista cerrado, por encerrar en él la tradición cooperativa al reproducir y actualizar en gran medida las reglas de los pioneros de Rochdale. De este modo obtenemos un ejemplo de S.Coop. que si bien no prohíbe en su configuración la coexistencia de elementos de naturaleza capitalista, como podría ser el caso de la posible concurrencia de retornos y dividendos en una misma S. Coop., cierto es, que a pesar de su redacción moderada, laxa, flexible e incluso en ocasiones imprecisa, entendemos que logra encerrar la misma idea de cooperación, toda vez que sí que es clara cuando prevé el sistema de un reparto de excedentes entre los socios y un control por estos mismos sobre la S.Coop., de manera no proporcional al capital (principio de retorno cooperativo y principio democrático); cuando pretende alejar del capitalismo la realización de sus mismas fórmulas empresariales (principio de interés limitado); cuando se ocupa de preconizar la apertura de esta sociedad a todos los que cumplan el perfil y la formación de los mismos, sin mayores límites que los necesarios para el propio desarrollo de la S.Coop (principio de puerta abierta y principio de educación y formación); y finalmente, cuando pretende su propia difusión a través de la mera ayuda entre S.Coop. (principio de cooperación entre S.Coop.).

Con el cumplimiento de estos principios se refuerzan los caracteres de la mutualidad, esto es: autogestión; autoayuda; doble condición de socio-usuario, ausencia del ánimo de lucro y retorno cooperativo y entendemos que se conforma consiguientemente el modelo normativo mutualista cerrado.

2. Especial significación del estudio del retorno como instrumento eficaz para la conformación de los modelos

La influencia que la figura del retorno cooperativo aporta en la construcción de los modelos normativos es de primer orden. Conocer el tratamiento dado finalmente por los distintos legisladores a este instituto nos parece principal para elaborar el modelo

resultante. Esto es, conocer si queda recogida o no la figura, y en su caso saber cómo es abordada por el legislador, informa, o debe informar, del modelo o modelos que se acogen en el derecho interno del ordenamiento en cuestión. Así, el retorno y su régimen jurídico será sino la causa sí al menos la consecuencia lógica del modelo adoptado.

La construcción del retorno parte de la subordinación al principio de mutualidad mismo. Es, como vimos, expresión de la realización de un sistema mutualista en la S.Coop. En un primer acercamiento a la figura, podríamos decir que se trata de un forma de distribución típica de los excedentes disponibles entre los socios cooperadores en una S.Coop.¹²² De forma que, básicamente, consiste en repartir a los socios cantidades que se calcularán, principalmente, en atención a tres aspectos que, a su vez, constituyen tres momentos del régimen económico de la S.Coop.. En primer lugar, se tendrán en cuenta los resultados contables del ejercicio anual¹²³. Si éstos son positivos, en un momento posterior, se atenderán las partidas previas de obligada dotación en la S.Coop. y por último, si cabe¹²⁴ y así lo deciden los socios bien en los Estatutos o bien en el órgano competente, la distribución efectiva de las cantidades resultantes se prorrateará entre los socios, teniendo en cuenta para su cálculo, de forma única y principal, la actividad cooperativizadora del socio con la sociedad. Es decir, es necesario establecer una correlación entre la parte de los excedentes que recibe el socio

¹²² De la propia definición que resulta de la ACI como principio cooperativo no encontramos, como tampoco en los ordenamientos comparados que lo contemplan, la obligación de que esos excedentes disponibles tengan que pertenecer al ejercicio en que se decide su reparto. Lo cierto es que en sintonía con la filosofía que se desprende del movimiento cooperativo liderado por la ACI, no parece adecuado el proceder a un reparto si ha habido pérdidas, pero sin embargo, no hay nada que lo impida, permitiéndose así, con la flexibilidad que caracteriza a la ACI, que la decisión quede en manos de los cooperadores, pudiendo estos pues, por razones de política empresarial proceder incluso con pérdidas a su reparto como mero incentivo para los cooperadores. En este sentido, LLOBREGAT HURTADO, M^a. L., «El retorno cooperativo. Reflexiones preliminares», *Rev. del Cooperativisme valencià*, 1985, pg. 28, expone «Me parece por consiguiente más acertada la regulación que del retorno se hace en la ley Catalana y en nuestro Proyecto, al venir éste último configurado como un derecho del socio, a la par que se arbitran los mecanismos adecuados para garantizar la autofinanciación de las cooperativas, restringiendo el derecho del socio del retorno siempre que las circunstancias económicas y financieras de la empresa así lo exijan...». Según ARCO ALVAREZ, J.L., «Régimen económico...», *cit.* pg. 31, párr. 4º, «El retorno cooperativo, en cuanto devolución al socio de lo que se le cobró de más o se le pagó de menos, no es, en sí mismo considerado, expresión de beneficio en la empresa cooperativa. Más claramente, puede haber retorno con pérdidas efectivas para la entidad y puede no haber retorno y haber beneficio».

¹²³ La ventaja económica que se produce con el retorno para el socio es entendida en nuestros textos como una ventaja mediata o posterior, y ello parece que obedece a la prudencia empresarial aunque, como bien ha señalado LLOBREGAT HURTADO M^a L., «El retorno...»...*cit.*, pg. 26, bien podría producirse teóricamente una ventaja inmediata o anterior al resultado anual aunque esto no ha sido así nunca recogido por el legislador, quizá porque sería mas complejo, puesto que la no dependencia de los resultados es sólo una ficción y una vez obtenidos éstos debería procederse a los ajustes por los posibles desfases en el retorno ejecutado.

¹²⁴ Es decir, si todavía quedan cantidades suficientes para proceder a su reparto y éstas son resultado del esfuerzo personal o trabajo de los socios.

con la efectiva colaboración prestada por éste, colaboración o participación que al menos para percibir el retorno ha de estar incluida en el contenido de actividad-cooperativa, lo que excluye implícitamente la mera participación de los socios a través del desembolso al capital social¹²⁵.

Estos tres aspectos son relevantes en igual medida para alcanzar este concreto sistema de reparto que denominamos «retorno». Ninguno de ellos sin los demás sería capaz por sí solo de ofrecer una explicación adecuada de esta singular figura, por lo que de faltar alguno de ellos el retorno quedaría desvirtuado. Ni siquiera sería capaz de quedar explicado bajo la aislada idea de proporcionalidad en el reparto de las cantidades a los socios con las actividades de estos mismos, aunque haya sido la más utilizada por la doctrina y aunque sea cierto que comporta la idea *stricto-sensu* de retorno. Se trata efectivamente de la expresión central y que más fuerza singularizadora tiene para delimitar la figura, sin embargo, insuficiente por sí sola para explicarla en toda su dimensión. Es igualmente relevante para considerar que estamos ante auténticos retornos, tanto la fase del ejercicio económico en la que cobra sentido efectuar dicho retorno, (fase posterior a unas dotaciones mínimas previas) como su expresa autorización, materializada bien en un acuerdo social o bien en una cláusula estatutaria. Esto es, no cabe hablar de retorno si no ha habido un resultado positivo provocado exclusivamente por los cooperadores, si no se han cubierto las partidas previas y si no ha sido aprobado su reparto en la Asamblea de socios.

En el retorno queda plasmada la hegemonía del trabajo de sus miembros frente a la especulación, por lo que la existencia de retornos manifiesta, o debe manifestar, a su vez, la existencia de un modelo mutualista, que en esencia propugna la autosuficiencia de la sociedad con la colaboración principalmente de sus miembros. Obviamente, el retorno se adecua y encaja perfectamente en tal estructura por ser éste resultado de una estrecha y exclusiva colaboración entre la S.Coop. y sus cooperadores. Recordemos asimismo, que la doctrina ha señalado que en síntesis el cooperativismo es «una

¹²⁵ Ahora bien, la actividad-cooperativa que realiza el socio cooperador con la S.Coop. ha de entenderse en un sentido amplio y variable, puesto que es lógico que la actividad que realiza el socio varíe en función de la clase de S.Coop. en la que se encuentre. En este sentido se ha inclinado la jurisprudencia cuando, en particular, en el caso de las S.Coop. de crédito, entiende adecuado considerar que las actividades de pasivo de los socios se incluyen en la actividad-cooperativa y son pues susceptibles de servir para el cálculo de las cantidades retornables a los socios cooperadores, Cfr.; STS de 22 de abril de 1988 (RJ 1988/5083).

economía basada en el trabajo, opuesta a la fórmula capitalista»¹²⁶ y no cabe duda de que al ajustar la distribución de las cantidades que los socios van a recibir a título de retorno no se está en definitiva haciendo otra cosa que desdeñar el sistema capitalista de distribución en función del capital aportado, lo que entendemos que es completamente coincidente con la idea de mutualidad expresada tantas veces por la doctrina y con las reglas del cooperativismo promulgadas otras tantas por la ACI.

Ahora bien, dejamos aquí apuntada la idea de que la existencia de retornos en una S.Coop., con independencia de lo arriba expuesto, esto es, de que se trata de una manifestación propia de un modelo normativo mutualista, no ha de ser incompatible con su eventual coexistencia con otros tipos de acreditación de la ventaja mutualista e incluso con el reparto de dividendos, sin perjuicio, de que en este último caso, se deba mantener, en términos cuantitativos, la primacía de los retornos frente a los dividendos y que sería indicador de una mutualidad abierta¹²⁷.

3. Los modelos normativos en el Derecho europeo

3.1. El modelo cooperativo «mutualista»

3.1.1. La sociedad cooperativa cerrada

a. Italia

El ordenamiento italiano no recoge, como ya apuntamos, declaración alguna relativa a los principios cooperativos, como sí hace en cambio el ordenamiento portugués, ni alude tan siquiera a la ACI, como por su parte hace nuestro ordenamiento. De otro lado, sin embargo, como también dejamos ya apuntado, es precisamente la doctrina italiana la que se ocupa de manera más destacada tanto de la elaboración del concepto de mutualidad como del retorno.

¹²⁶ ARCO ALVAREZ, J.L. «Régimen económico...», *cit.*, pg. 5.

¹²⁷ Así lo ha considerado con nitidez la doctrina italiana más destacada, cuando relaciona la existencia de una S.Coop mutualistica al hecho de repartir más retornos que dividendos, incluso en el caso de las grandes S.Coop. con carácter externo, *vid.*; BONFANTE, G., «La nuova ...», *cit.* pg. 25.

El régimen principal en materia de S.Coop. se encuentra en el CCI, en el que se contempla con claridad el modelo mutualista cerrado. De la lectura de sus preceptos se deduce la observancia de los principios cooperativos que difunde la ACI, si bien en ningún lugar se hace expreso su reconocimiento.

En efecto, en los arts. 2511 y ss CCI destinados a regular la materia de S.Coop., podemos encontrar todas y cada una de las pretensiones promulgadas por la ACI. Así el principio de puerta abierta, encuentra su régimen correspondiente claramente y aludiendo a lo «no discriminación» al igual que hizo la ACI, principalmente en el art. 2527 CCI: *(Requisitos de los socios): La escritura de constitución debe establecer los requisitos necesarios para la admisión de nuevos socios así como el procedimiento necesario para la admisión, siguiendo criterios de no discriminación que resulten coherentes con el fin mutualista y con la actividad económica desarrollada.. El principio o sistema democrático, entendemos que es observado en los siguientes términos a través, entre otros, de los arts. 2516 CCI: (Relaciones jurídicas con los socios).- Tanto en la creación como en la ejecución de relaciones mutualistas debe respetarse el principio de paridad de trato y 2538 CCI: (Asamblea).- En las asambleas tienen derecho de voto quienes se hallen inscritos en el libro de socios al menos con tres meses de antelación. Cada socio cooperador tiene un voto, cualquiera que sea el valor de su cuota o el número de acciones que posea. Respecto del principio de interés limitado, el legislador italiano, tras la reforma que se produce en el 2003, recoge de manera similar como ya hacía en el art. 26 de la Ley Basevi¹²⁸, la regla del interés limitado en el art. 2514.a): *(Requisitos de las cooperativas con mutualidad prevalente).- Las cooperativas con mutualidad prevalente deben prever en sus estatutos: la prohibición de distribuir dividendos en cantidad superior al interés de los bonos públicos que produzcan frutos, aumentado en dos puntos y medio en comparación con el capital efectivamente desembolsado¹²⁹*. Por su parte, es el art. 2545-sexies CCI el que*

¹²⁸ El art. 26.a) del DL de 14 de diciembre 1947, n. 1577 (Gazz. Uff. 22 gennaio, n. 17), reza: *A efectos fiscales se presume el cumplimiento de los requisitos de la mutualidad si en los estatutos de las cooperativas se contiene la siguiente previsión: prohibición de distribución de dividendos superiores al interés legal en comparación con el capital efectivamente desembolsado.*

¹²⁹ Ahora bien, el art. 2514 CCI permite a las S.Coop. prevalentes, aunque dicho indirectamente, que se pueda proceder al reparto de los dividendos y los beneficios resultantes de los instrumentos financieros a aquellos que no tengan condición de socio cooperador. Dicho contenido nos conduce a dos conclusiones para nuestro modelo normativo mutualista cerrado, estas son: por un lado, la confirmación de una coexistencia de socios cooperadores con socios capitalistas en el seno de una mutualidad prevalente ex-

manifiesta la clara asunción del principio de retorno cooperativo cuando recoge la figura de modo expreso por primera vez en el CCI que: *(Retornos).- La escritura de constitución determina los criterios de reparto de los retornos a los socios en proporción a la cantidad y calidad de los intercambios mutualistas.* Igualmente, quedan recogidos los principios de educación y promoción y de cooperación entre S.Coop. de manera genérica en los arts. 2545-*undicies* y 2545-*quarter* CCI, al señalar la exigencia de una dotación a los fondos de las S.Coop. que tengan por finalidad tales objetivos.

De todo ello concluimos que la realización de una mutualidad perfecta en el sentido más estricto del término, esto es, en la adecuación del modelo resultante a los estrictos parámetros de los principios de la cooperación, es, desde el ordenamiento italiano vigente claramente posible.

b. Francia

En Francia el régimen básico para todas las S. Coop. lo encontramos en el EGC, que se establece en la Ley 47/1995 de 10 de septiembre, sin perjuicio de que su régimen se vea completado por abundante legislación especial.

Ya se ha mencionado, que el ordenamiento francés es un ejemplo claro de ordenamiento que cumple los mandatos básicos de la ACI¹³⁰, por lo que entendemos que la configuración de un modelo normativo cooperativo cerrado estaría, como consecuencia, patente en el EGC.

En efecto, existen preceptos que ratifican la tendencia del legislador por observar las directrices de la ACI, si bien de forma indirecta, esto es sin enunciar las reglas bajo un mismo precepto y sin mencionar a la organización cooperativa internacional misma.

Así, ante todo, resulta básico el mismo art. 1 EGC, desde el cual entendemos que se inicia la construcción del modelo normativo cerrado en los siguientes términos: «Las

lege, y en segundo lugar, la necesidad que el legislador ha entendido que tienen las S.Coop. prevalentes como empresa, esto es, su prioridad por permanecer en el tráfico.

¹³⁰ Así también, *vid.* MONTOLIO, J.M^a., *Legislación cooperativa... cit.*, pg. 275 y 276.

cooperativas son sociedades cuya finalidad prioritaria consiste en: 1º Reducir, en beneficio de sus miembros y mediante el esfuerzo común de éstos, el precio de coste y, en su caso, el precio de venta de determinados productos o servicios, asumiendo la función de los contratistas o intermediarios cuya remuneración grave los costes. 2º Mejorar la calidad comercial de los productos suministrados a sus miembros y de los productos despachados por éstos últimos destinados a los consumidores. 3º Y en general contribuir a la satisfacción de necesidades y a la promoción de las actividades económicas y sociales de sus miembros, así como a su formación. Las cooperativas podrán ejercer su actividad en todas las ramas de la actividad humana»¹³¹

Tras ese punto de partida, son varios los preceptos que entendemos que de forma más expresiva corroboran la observancia en el EGC de las directrices de la ACI:

*Principio de cooperación entre cooperativas: «Las uniones de economía social regidas por las disposiciones de la presente Ley, son sociedades cooperativas que tiene por objeto la gestión de intereses comunes de sus socios y la promoción de sus actividades» (art. 19 *bis*, Título II *bis*).

*Principio democrático: «Cada socio dispondrá de un voto en la asamblea general, a menos que las leyes cooperativas particulares dispongan otra cosa» (art. 9).

*Principio de interés limitado: «Las cooperativas no podrán remunerar su capital más que a un interés cuyo tipo, determinado por los estatutos, sea, como máximo, igual a la tasa media de rendimiento de las obligaciones de las sociedades privadas publicado por el Ministerio de Economía» (art. 14).

*Principio de puerta abierta: en relación con los estatutos apunta que «Fijarán las condiciones de adhesión, de baja y exclusión de los socios...» (art. 11); «El socio que ser retira o es excluido, en el caso en que pueda exigir el reembolso de su parte social, tendrá derecho al reembolso por su nominal» (art. 18).

¹³¹ El art. 1 EGC ha sido considerado como expresión genérica en el ordenamiento francés del cumplimiento del espíritu cooperativo, *vid.* MONTOLIO, J.M^a; *Legislación cooperativa... cit.*, pg. 275.

*Principio de retorno cooperativo: «No podrá practicarse distribución alguna entre los socios sino a prorrata de las operaciones efectuadas por cada uno de ellos o del trabajo aportado»(art. 15).

*Principio de educación y promoción: (art.1.3 arriba reproducido).

Puede concluirse pues que el ordenamiento francés ha procurado las bases jurídico positivas necesarias para la realización de una verdadera mutualidad o S.Coop. con base mutualista. Como arriba destacábamos, el contenido de las normas mencionadas es coincidente con la pretensiones de la ACI, por lo que no sólo la realización de una mutualidad, sino también la de su vertiente más pura, es posible con el EGC.

No queremos dejar de señalar la madurez y efectividad con la que a nuestro juicio ha sido redactada la norma en comparación con los demás ordenamientos que se suponen que practican la mutualidad. El EGC, a diferencia de lo que hacen otros ordenamientos, no realiza declaraciones de su comunión con el cooperativismo sin ofrecer luego una norma que efectivamente la especifique y facilite su posible desarrollo. Un ejemplo claro de esa correspondencia entre la parte jurídico material y la formal de la Ley puede encontrarse en el tratamiento que el retorno cooperativo recibe en el EGC.

En la primera parte del art. 15 EGC, precepto que recoge y describe la figura, el legislador apunta que: «No podrá practicarse distribución alguna entre los socios, sino a prorrata de las operaciones efectuadas por cada uno de ellos o del trabajo aportado». A diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento, el tratamiento del retorno en el EGC no es susceptible de ser criticado por errores como la confusión en la caracterización de los mecanismos de distribución, ya que las figuras del retorno y del dividendo no se desdibujan y confunden y no se utiliza nuestra mala técnica legislativa que permite repartir como retornos cantidades que no tuvieron su origen en el desarrollo de la actividad cooperativa. Ello precisamente porque la norma es clara cuando establece a continuación en el mismo art. 15 EGC que: «Los excedentes que provengan de las operaciones efectuadas con terceros no habrán de comprenderse en la

distribución»¹³². Por otra parte, también en relación con el retorno, debe destacarse la efectividad de sus normas, por no suscitarse el problema que apunta la doctrina italiana más autorizada en relación a la falta de correlación en el CCI entre los retornos y los dividendos si ambos repartos coinciden en el momento de la distribución, con respecto a lo cual debería quedar *ex-lege* de manifiesto la relevancia del retorno frente al dividendo. La figura del retorno se concibe por la doctrina francesa como excluyente del dividendo¹³³ y, en todo caso, de repartirse alguna remuneración al capital, siempre tendrán la limitación que recoge de forma adecuada el art. 14 EGC, según el cual: «Las cooperativas no podrán remunerar su capital más que a un interés cuyo tipo determinado por los estatutos, sea, como máximo, igual a la tasa media de rendimiento de las obligaciones de las sociedades privadas publicado por el Ministerio de Economía».

c. Portugal

A lo largo de su Código Cooperativo (C.Coop.) elaborado por la Ley 51/1996, de 7 de septiembre se observa el gran deseo del legislador portugués por seguir fiel y únicamente las pretensiones de un modelo fundamentado en la ACI. Son innumerables los contenidos jurídico-positivos destinados a dar cobertura a la expresión más tradicional de la mutualidad en la S.Coop., cerrando a su vez la posibilidad, en la medida de lo posible, a la conformación de otros modelos más abiertos.

En el art. 2 C.Coop. queda apuntado el sometimiento del concepto mismo de S.Coop. a los principios cooperativos. Por si pudiese caber alguna duda de que esos principios en los que hace descansar la propia definición de S.Coop. se refieren a los proclamados por la ACI, el art. 3º, lleva como rúbrica: *Principios cooperativos*, y se

¹³² Adelantamos en este lugar la prueba de que en nuestro ordenamiento hay normas que provocan dicha confusión como es el caso del art. 58.3 LCoop., «Aplicación de los excedentes.- Los excedentes y beneficios extracooperativos y extraordinarios disponibles, una vez satisfechos los impuestos exigibles, se aplicarán, conforme establezcan los Estatutos o acuerde la Asamblea General en cada ejercicio, a retorno cooperativo a los socios, a dotación a fondos de reserva voluntarios con carácter irrepartible o repartible, o a incrementar los fondos obligatorios que se contemplan en los artículos 55 y 56 de esta Ley».

¹³³ «En efecto, como ha puesto de relieve RAMADIER, la distribución proporcional a las operaciones constituye necesariamente la característica del retorno sin que sea necesario constatarlo, puesto que no puede tener en ningún caso la característica de dividendo, las dos nociones se excluyen una a la otra», *vid.*; COUTANT, L., *L'évolution du droit coopératif de ses origines à 1950*, Reims, 1950, pg. 208.

ocupa de recoger el contenido de todos y cada uno de los principios sobre la «identidad cooperativa adoptada por la Alianza Cooperativa Internacional». El alcance del art. 3 C.Coop. no es meramente declarativo, y de hecho a lo largo del texto legal no sólo no se encuentran contradicciones con los principios de la ACI, como ocurre en otros ordenamientos¹³⁴, sino que observamos su fiel desarrollo¹³⁵.

Es cierto que la posibilidad de operar con terceros queda contemplada en el mismo art. 2.2 C.Coop. y que ello podría comportar cierta apertura del modelo, pero, entendemos que por sí sólo no tiene fuerza para desdibujar el modelo cerrado. En todo caso, recordemos que desde el principio de la cooperación, la realización de las operaciones con terceros se contemplaba en los mismos Estatutos de Rochdale. Su regulación, en todo caso, se ajusta a un modelo tradicional, y, de hecho, a través de las leyes especiales, propias de cada ramo de la cooperación, se exige la fijación de límites a dichas operaciones¹³⁶.

La fuerte intención de clausurar el modelo se hace patente igualmente en el mismo art. 2.1. C.Coop., cuando advierte que el desarrollo del objeto social se hará «sin fines lucrativos», mención ésta, que por sí sola ubica al modelo en una fase primigenia, superada por la generalidad de los ordenamientos, de la misma concepción del cooperativismo¹³⁷. No nos ha de extrañar por tanto que no se haga referencia en el C.Coop. a la posibilidad de admitir socios como meros inversores o socios capitalistas.

¹³⁴ El principio de interés limitado en el ordenamiento comunitario se proclama en el Considerado 10 RSCE y se vulnera en el art. 67.2 RSCE.

¹³⁵ Fieles muestras del desarrollo de los principios que recoge el art. 3 C.Coop. son, entre otros, el art. 51 C.Coop., el cual recoge la regla del principio democrático de «un hombre un voto»; art. 18 C.Coop., el cual recoge la idea de «variabilidad de capital» como consecuencia del sometimiento del principio de puerta abierta; art. 70 C.Coop., por recoger la constitución del Fondo de Educación y formación cooperativas, quedando así garantizada la regla de la Formación y Educación de los socios, art. 79 C.Coop., a través del cual entendemos salvaguardada la regla de la Cooperación entre S.Coop., por la obligación que ahí se recoge de destinar tras la liquidación cantidades a una entidad-cooperativa etc...

¹³⁶ Es el caso del art. 14 del D.L. núm. 509/1999, de 19 de noviembre, de régimen jurídico de las cooperativas de viviendas, el cual establece que: «Operaciones con no cooperativistas.-Las operaciones con los no cooperativistas, incluidas en el objeto social de las cooperativas, realizadas a título complementario no pueden desvirtuar el propio objeto ni perjudicar las posiciones adquiridas por sus cooperativistas, debiendo su montante ser escriturado separadamente del realizado con los cooperativistas. Los excedentes líquidos generados por las operaciones referidas en el número anterior revertirán a la reserva legal».

¹³⁷ En particular, en nuestro ordenamiento, ya en la L74, (BOE núm. 305, de 21 de diciembre), desaparece la mención de «la ausencia del ánimo de lucro» como rasgo caracterizador de las S.Coop.

En fin, en el régimen económico dispuesto en el C.Coop. se materializa con fuerza, una vez más, la no apertura del modelo, toda vez que el destino de las cantidades obtenidas por las operaciones con terceros será el Fondo de reserva y la única opción de repartir los excedentes entre los socios si el resultado es el propio de las S.Coop. esto es, si proviene de las operaciones entre la S.Coop. y los socios cooperadores, será siempre bajo el sistema de retorno cooperativo¹³⁸, excluyendo así la posibilidad de coexistir con el mecanismo de retribución de excedentes a través del reparto de dividendos.

d. Inglaterra

El ordenamiento inglés, a través de su norma fundamental, la Ley de sociedades industriales y mutuas de 1965 (IPSA)¹³⁹, establece una serie de claros requisitos para que las sociedades reciban la calificación de «Cooperativas» y poderse así registrar. Cobra en este aspecto una crucial relevancia la figura del *registrar*, en el que descansa la decisión final de admitir el registro de la sociedad como «cooperativa» si observa que cumplen en sus estatutos las exigencias para ello.

Los requisitos que se exigen (sección 1º IPSA) para la calificación como S.Coop., entendemos que pertenecen a un modelo de mutualidad cerrado, al requerir que se efectúe de un lado, una propuesta de desarrollar una industria, negocio o el comercio, y de otro, una constatación al registrador de que es una S.Coop. *bona fide*, o que la actividad que se realice se hace en beneficio de la comunidad

¹³⁸ En este sentido, art. 701.d. C.Coop., «Reserva para la educación y formación cooperativas.- Los excedentes anuales líquidos provenientes de las operaciones realizadas con terceros que no estuviese afectados a otras reservas», y art. 73.1. «Distribución de excedentes.- Los excedentes anuales líquidos, con excepción de los provenientes de operaciones realizadas con terceros, que resultasen después del eventual pago de intereses por los títulos de capital y de las dotaciones a las distintas reservas, podrán retornarse a los socios».

¹³⁹ La mayor parte de los casos de S.Coop. se constituyen al amparo de la *Industrial and Provident Societies* de 1965-78 (IPSA), sin perjuicio de que puedan existir igualmente S.Coop. que puedan optar por otras formas de constitución, como pueden ser las *companies* (sociedades capitalistas) o las *partnership* (sociedades personalistas). En todo caso, para la regulación de sectores concretos, deberá unirse su normativa particular para el desarrollo de las actividades de crédito, trabajo asociado y vivienda.

Para entender que la entidad es *bona fide*¹⁴⁰, deberá resultar que la actividad se desarrolla en beneficio mutuo de los socios; el control corresponde a los socios de forma igualitaria y nunca en función de la participación al capital de los mismos (principio democrático); el interés sobre las participaciones sociales y los préstamos no pueden exceder del tipo exacto para la constitución y permanencia del capital social necesario para la persecución del fin de la sociedad (principio de interés limitado y control de las operaciones con tercero); cuando se abonen los intereses por el capital aportado y si su distribución se prevé en los Estatutos, las ganancias se repartirán entre los cooperadores en proporción al volumen de las operaciones en las que éstos hayan intervenido (principio de retorno cooperativo); y no podrá existir restricción alguna en la admisión de socios (principio de puerta abierta).

En relación a que la actividad sea realizada en beneficio de la comunidad¹⁴¹ (7º principio de la ACI consagrado en el Congreso de Manchester de 1995), se entiende que implica que la actividad sea desarrollada de tal forma que resulten beneficiadas las personas que no son socios y que existan razones de peso para que tal sociedad deba registrarse según la IPSA en lugar de la *Companies Act*.

Con el contenido arriba expuesto, bajo nuestro punto de vista lo que queda configurada es una S.Coop. con base mutualista y cerrada. La confirmación de la no presencia de modelos abiertos entendemos que se encuentra en el art. 1.3. IPSA dedicado a delimitar las sociedades que pueden registrarse y recibir la calificación de «cooperativas», en tanto que no permite, como más adelante veremos que sirve de base en el ordenamiento italiano¹⁴², la actuación que no sea prevalentemente a favor de los socios si se quiere incluir en el tipo cooperativo en los siguientes términos: «A los efectos de esta sección, la expresión sociedad cooperativa no incluye a aquellas sociedades que lleven a cabo, o pretendan llevar a cabo, actividades dirigidas a obtener beneficios principalmente para abonar intereses, dividendos o bonos al dinero invertido o depositado en, o prestado a, la sociedad o a cualquier otra persona»

¹⁴⁰ Cfr. MONTOLIO, J.Mª, *Legislación cooperativa... cit.*, pg. 512.

¹⁴¹ *Ibi idem*, pg. 512.

¹⁴² Al abordar el modelo normativo cooperativo mutualista abierto, veremos en el ordenamiento italiano que precisamente la prevalencia en la realización del *scambio mutualistico* con los cooperadores, servirá, no sólo como ya se apuntó para la diferenciación con base positiva de dos clases de S.Coop., sino para reconocer la mutualidad en un sentido amplio, donde la S.Coop. que no actúa prevalentemente con sus socios queda circunscrita igualmente en nuestro modelo también mutualista pero abierto.

e. Derecho comunitario

El régimen jurídico que en el ámbito comunitario recoge el Estatuto de la S.Coop. europea es el Reglamento 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003. Si la observancia de los principios cooperativos proclamados por la ACI marcan la pauta para entender que tiene cabida en un ordenamiento el modelo normativo mutualista cerrado, debemos afirmar, al menos de manera genérica, que ello se produce con el RSCE¹⁴³.

¹⁴³ Resultaba evidente que la misma existencia de la Comunidad Europea, su expansión y fortalecimiento iba a implicar necesariamente la adopción de una disciplina legal y concreta en materia de S.Coop. por parte de los Estados miembros. La Comunidad Europea ha pretendido en todo momento llevar a cabo la «armonización» del derecho sobre las S.Coop., FAJARDO GARCÍA, G., *La armonización de la legislación cooperativa en los países de la Comunidad Económica Europea*, en AA.VV., *Homenaje al Prof. BROSETA PONT*, Valencia, 1995, pg. 1119 y como es sabido, el Tratado de la Comunidad Económica Europea ofrece al respecto principalmente dos posibilidades: una de ellas consistente en la actuación legislativa a través de reglamentos, con la finalidad de conseguir una unificación de las legislaciones de los países miembros y, la otra, en el empleo de directivas con el fin de aproximar dichos ordenamientos particulares, pero manteniendo cada uno su autonomía. No cabe la menor duda de que esta segunda opción no ha sido la que ha utilizado en el tema el Consejo de la Unión Europea. De hecho, el Consejo aprobó un Reglamento en su sesión de 22 de julio de 2003, relativo, nada menos, que al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea. El deseo comunitario por alcanzar la uniformidad no puede ser más claro.

En 1992, la Comisión europea había presentado tres propuestas relativas a los estatutos de la SCE, de la mutua europea y de la asociación europea (Propuesta inicial de 21 de abril de 1992, DOCE serie C núm. 99 y DOCE, suplemento 5/89), que a su vez fueron modificadas en 1993, (Propuesta modificada el 31 de agosto de 1993, DOCE serie C. núm. 236). En abril de 2002 se desarrolla el segundo documento del Grupo de expertos en derecho societario nombrados por la Comisión europea con el fin de que indicasen cuales eran los cauces por los que debería discurrir la disciplina europea en materia de ofertas públicas de adquisición e intercambio por un lado y por otro, los principios para la modernización del derecho societario europeo.

El 12 de julio de 2002 se aprueba, tras un largo camino que duraba ya 10 años, un Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, aunque habrá que esperar hasta el 22 de julio de 2003 para conocer el texto vigente, que se aprobó finalmente en Bruselas y por el que se establece el Reglamento que regula el Estatuto de la SCE (RSCE). Dicho Reglamento será obligatorio y directamente aplicable en cada Estado miembro a partir del 18 de agosto del año 2006.

Aunque son constantes las alusiones al régimen de las sociedades anónimas de cada ordenamiento: art. 4. 6 (régimen de las aportaciones no dinerarias); art. 11. 1 (inscripción registral); art. 12.1 (publicidad de la SCE); arts. 20, 24, 26, 28, 29 (SCE por fusión) resulta claro que ni la forma finalmente adoptada por la Sociedad Anónima Europea (SE) en el Reglamento nº 2157/2001., ni tampoco la de la Agrupación de Interés Económico Europea (AIEE) en su Reglamento nº 2137/85, fueron consideradas por el Consejo de la Unión Europea como estructuras que pudieran satisfacer con eficacia las necesidades específicas que una S.Coop. requiere, como queda reflejado en la Exp. Mot. del vigente RSCE. En el Dictamen de 19 de septiembre de 1989, del Comité Económico y Social, (DOCE núm. C332, de 31/12/89, pg. 81): según el cual «parece indispensable crear un marco jurídico europeo facultativo y alternativo para las empresas cooperativas, mutualistas y asociativas». Ello quedaría recogido después en los considerandos 4º y 5º de la Exposición de Motivos del RSCE.. El Consejo creyó necesario elaborar un Reglamento propio para, por una parte, poder perseguir al respecto los fines comunitarios principalmente centrados, como es sabido, en la eliminación de los obstáculos y la reforma de las estructuras de producción en el ámbito comunitario, con el fin de que pueda llevarse a cabo verdaderamente la realización de un mercado interior y conseguir la mejora de la situación tanto económica, como social de los Estados miembros, como recoge: MARTINEZ SEGOVIA, F., «La sociedad cooperativa europea: Más cerca», en AA. VV., *Las*

A pesar de la existencia de otras sociedades en el ámbito europeo, la doctrina ha considerado necesaria la creación de la SCE¹⁴⁴. En efecto, aunque de la opción legislativa que regula la SE resulta una sociedad con una flexibilidad tal que, al menos en parte, puede servir también a las realidades económicas de las PYMES, sin embargo, no se ha considerado por nuestra doctrina que la SE pueda dar respuesta satisfactoria a las necesidades de las sociedades cerradas¹⁴⁵. Esto, podemos decir, ha servido de principal justificación para la configuración de otro tipo societario en el ámbito europeo como es, en concreto, la SPE¹⁴⁶. De hecho se ha entendido que la SPE nace, principalmente, con la pretensión de dar una respuesta jurídica a la realidad empresarial de las PYMES¹⁴⁷, por entender que éstas están siendo las más utilizadas en el tráfico europeo¹⁴⁸.

empresas de participación en Europa: el reto del siglo XXI, Homenaje al Prof. GARCIA-GUTIERREZ FERNÁNDEZ, Escuela de Estudios Cooperativos, Madrid, 2002, pgs. 104, apdos. 1º y 2º. Asimismo, por otra parte, pretendió la satisfacción de las necesidades de los socios que compongan la SCE, siempre dentro de un espíritu de respeto a los más tradicionales principios cooperativos, aunque sin aludir directamente a la ACI. Por último, y con base en el desarrollo del art. 18 del Tratado, el Consejo de la Unión Europea con su Reglamento concreta lo que va a conformar el objetivo esencial, esto es: «permitir la constitución de SCE por particulares residentes en distintos Estados miembros o por entidades jurídicas sujetas a las legislaciones de Estados miembros distintos» (Exp. Mot. Ap. 5º RSCE).

De este modo, a través de los 76 artículos, de la disposición adicional transitoria y de las tres disposiciones finales incluidas en el Reglamento nº 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea de la SCE (RSCE), quedan regulados todos los aspectos jurídico-privados que definen la estructura del nuevo tipo societario de la Comunidad Europea, esto es, SCE.

¹⁴⁴ ESTEBAN VELASCO, G., «La sociedad cerrada europea: ¿figura complementaria o alternativa a la sociedad europea?», en *RdS*, núm. 13, 1999, pg. 164.

¹⁴⁵ ESTEBAN VELASCO, G., *Op. cit.*, pg 164, y VIERA GONZALEZ, A.J., *Las sociedades de capital cerradas. Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL*, Navarra, 2002, pg.142. *Vid.* ALONSO UREBA A., y GUERRA MARTIN, G., «La constitución de la sociedad europea como operación de concentración de empresas, en *la Sociedad Anónima Europea*» (Dir. Esteban Velasco, G. y Fernández del Pozo, L.), Madrid, 1994, pág. 859 y ss.

¹⁴⁶ El 25 de junio de 2008 se publicó la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que queda aprobado el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, antes también conocida como Sociedad Cerrada Europea, modificando y dejando de este modo sin efecto diez años después el Proyecto que encargó la *Chambre de Commerce et D'industrie de Paris* (CCIP) y el *Centre de recherche sur le Droit des Affaires* (CREDA) a un grupo de juristas en 1998 bajo el título de Société Privée Européene: une société de partenaires (en adelante PSP). Sobre la propuesta para la creación de una Sociedad Cerrada Europea -ahora Sociedad Privada Europea- *vid.*, VIERA GONZALEZ, A.J., *Las sociedades de capital cerradas... cit.* pg. 135 y ss.

¹⁴⁷ *Vid.* VIERA GONZALEZ, A.J., «La sociedad privada europea: una alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada», *RDM*, 2008, pgs. 1333 y ss.

De todos modos, el mismo autor resalta asimismo en la misma sede, pgs. 1387, párr. 1º y 1388, párr. 2º., respectivamente, que: «...la principal aportación de la PRSPE, con su actual redacción, desde la perspectiva del Derecho de sociedades español, no se centra en el hecho de ofrecer a las pequeñas y medianas empresa una forma jurídica que le sirva para su expansión a otros Estados miembros dentro del mercado europeo» y «... la incorporación de esta nueva forma social viene a cubrir ese espacio dentro del ámbito de las sociedades de capital cerradas para el que nuestra SRL no ofrece una respuesta plenamente satisfactoria...».

¹⁴⁸ En este sentido *vid.* ESTEBAN VELASCO, G., *Op cit.*, pg. 164.

Como quiera que sea, la SCE por su parte, pretende poder abarcar realidades empresariales que surjan del mundo cooperativo, sin predeterminedar con un régimen severo su tamaño¹⁴⁹ -como en cierta medida ocurre en los otros tipos europeos (SE y SPE)- por lo que no se considera adecuada tampoco la regulación de las AIEE.

La normativa de la SCE, (como ocurre con la SPE), se construye a través de un derecho-base-común, alejado de los derechos nacionales, para evitar así tanto eventuales problemas de interpretación como, en todo caso, divergencias existentes entre los particularismos nacionales. En general la normativa se caracteriza por la gran autonomía de las partes y la constante remisión a los derechos nacionales¹⁵⁰, aunque los temas centrales de configuración del nuevo tipo europeo quedan salvaguardados de las posibles interferencias de los derechos nacionales con una normativa propia (p.e.: capital mínimo, capital variable, formas de constitución, estructura orgánica, régimen de los fondos...)¹⁵¹.

¹⁴⁹MARTINEZ SEGOVIA, F., «Directiva y Reglamento sobre Sociedad Cooperativa Europea. Introducción», *RdS*, núm. 21, 2003, pg 349, not. núm. 18

¹⁵⁰ Ejemplos de las constantes remisiones que incorpora el RSCE al régimen de las sociedades cooperativas del derecho interno de los Estados miembros son los arts. 9, 14, 15.1 últ. párr, 17.1, 20, 29, 37.1 y 2, 46.2 y 3, 49, 53, 54.1 y 2, 56.3, 59. 2 y 3, 61.4, 63.1, 65.1.

¹⁵¹ La SCE tiene vocación de sociedad con *acceso abierto*, ya que fomenta la entrada de cooperadores, por lo que podemos afirmar que en este sentido se sigue en el ámbito comunitario la conocida regla de la ACI de *puerta abierta*, aunque bien es cierto que su apertura o facilidad de acceso nada tiene que ver con la apertura del tipo SE, ya que sólo se refiere al libre acceso de socios cooperadores y no a la facilidad de transmisión de la condición de socio como ocurre en el tipo más capitalista europeo que representa la SE. Por su lado, se establece en el RSCE, que: «Las participaciones serán obligatoriamente nominativas» (art. 4.3 RSCE); «...la adquisición de la condición de socio de la SCE estará sujeta a la aprobación del órgano de dirección o de administración» (art. 14. 1 RSCE). Además la SCE puede solicitar a sus socios antes de que causen baja un margen de preaviso de 5 años (art. 15.2.3 RSCE).

En relación al capital de la SCE, se fija un capital mínimo de 30.000 euros, sensiblemente superior al que se establecía para las SPE antes de la última propuesta, esto es, 25.000 euros. Ahora, sin embargo, el art. 19.4. del Proyecto de Reglamento de la SPE indica que el capital mínimo para las SPE es de 1 euro. En todo caso, pensamos que el legislador en ninguno de los casos se ha valido de la fijación de la cifra de capital como instrumento de garantía de terceros acreedores, propio de las sociedades de capital, y mucho menos aún si cabe en el caso de la SPE tras la propuesta del 2008. Ambas cantidades no pueden ser consideradas «suficientes» para servir a estos fines. Además la inseguridad para los acreedores se acrecentaría en el caso de la SCE, por tratarse de una sociedad con capital variable, de ahí que se encuentre justificado el singular régimen de dotación de los fondos sociales en el caso cooperativo. Según el art. 65. 2.2 y 3 RSCE: «Hasta que esta reserva legal no alcance un importe igual al capital considerado en el apartado 2 del artículo 3, se destinará a su constitución como mínimo el 15% de los excedentes del balance de fin de ejercicio, una vez deducidas las pérdidas arrastradas de ejercicios anteriores. Los socios salientes no podrán alegar ningún derecho sobre las cantidades destinadas a la constitución de la reserva legal».

Los preceptos del RSCE que a continuación apuntaremos son, bajo nuestro punto de vista, los que nos sirven para justificar la acogida de tal modelo desde el derecho comunitario. Es cierto que en el RSCE no se hace mención alguna de forma directa a la ACI, pero sin embargo, en la misma Exp. Mot. encontramos, al menos, la pretensión del legislador por ser fiel a los «principios cooperativos», a los que alude bajo este mismo término. Así, una primera y genérica referencia de alguno de ellos puede hallarse en el Considerando 7º, donde es clara la alusión al principio democrático e indirectamente, al principio del retorno cooperativo en los siguientes términos: «Las cooperativas son, ante todo, agrupaciones de personas o entidades jurídicas que se rigen por principios de funcionamiento específicos, distintos de los de otros agentes económicos. Entre esos principios cabe mencionar el de la estructura y gestión democráticas y el de la distribución equitativa del beneficio neto del ejercicio financiero».

El Considerando 10º, continúa apuntado claros aspectos relacionados con los principios de Viena de 1966. En particular, recoge de forma nítida el concreto reparto a través de la regla del retorno cooperativo («los beneficios han de distribuirse en función de las actividades realizadas con la SCE»), el principio de puerta abierta («no deben existir obstáculos estatutarios a la adhesión»), el sistema democrático («el control debe estar repartido equitativamente entre sus socios») y el principio de interés limitado¹⁵² («la remuneración del capital tomado en préstamo y de las participaciones debe ser limitada»), lo que en el mismo articulado se irá ajustando a un régimen específico para su efectiva realización¹⁵³.

¹⁵² Debe advertirse, no obstante, que en particular, este principio se entiende vulnerado en el desarrollo contenido en el art. 67.2 RSCE, puesto que a pesar de que en el Considerando 10 se indique que la remuneración de las participaciones deba ser limitada, aquel autoriza el reparto sin límites entre los socios, la distribución de los resultados en proporción al capital social desembolsado por estos; en este sentido, *vid.* BENAVIDES VELASCO, P. y GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Mª B., «La sociedad cooperativa europea: análisis del reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico», *RdS*, núm. 27, 2006-2, pg. 283.

¹⁵³ Así, entre otros, encontramos el sistema de capital variable (art. 1.5 RSCE), régimen garantista para la entrada y salida de los cooperadores (art. 14 y ss RSCE) consecuencias éstas directas, entre otras, del sometimiento del principio de puerta abierta; la genérica fijación de que un hombre significa un voto (art. 59.1 RSCE) como consecuencia más significativa de la asunción del principio democrático; el retorno cooperativo (art. 66 RSCE); dotación e indisponibilidad de la reserva legal (art. 65RSCE), entendido por nuestra doctrina más reciente, como cumplimiento indirecto del principio de educación y formación, al menos en el caso español y el principio de cooperación entre S.Coop. como consecuencia del régimen jurídico que se dispone tras la liquidación al activo neto de la sociedad, así, *vid.*, BENAVIDES VELASCO, P. y GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Mª B.; «La sociedad cooperativa europea...» *cit.*, pgs. 281 y 289.

Por tanto, a la vista del régimen jurídico ofrecido por el legislador comunitario, entendemos que se dan las bases jurídico-positivas suficientes, para considerar que queda recogido el modelo normativo de S.Coop. mutualista cerrado. Ahora bien, es justo apuntar que, en todo caso, el régimen comunitario establecido en el Estatuto de la S.Coop., está marcado por su carácter dispositivo y sus constantes remisiones a los ordenamientos nacionales.

3.1.2. La sociedad cooperativa abierta:

a. Italia

El CCI contiene, a lo largo de sus preceptos relativos a la regulación de las S.Coop., una serie de normas que permiten la flexibilización del modelo normativo anteriormente descrito. Esto es, con el mismo marco normativo, se permite la creación de una S.Coop. que, aunque se ajusta a la idea de una sociedad con base mutualista, se aleja de su concepción más teórica y tradicional, sin que quepa entender que por ello no se cumpla, persiga y construya una S.Coop. mutualista.

En este sentido, entendemos que la presencia del «modelo cooperativo mutualista abierto», se deduce del régimen normativo que a continuación apuntamos, si bien debe destacarse desde el principio la correlación que encontramos entre aquel modelo y la clase de *società cooperativa non prevalente* que se establece en el derecho italiano en el CCI y a la que con más detalle ya nos referimos, o sea, la que no cumple los requisitos objetivos establecidos en el art 2514 CCI, pero que igualmente es considerada sociedad mutualista.

Los preceptos que recogían la materia de S.Coop. en el CCI antes de la reforma producida en el 2003, ya se ocuparon de ubicar a la mutualidad en un lugar relevante en el régimen aplicable a todas las S.Coop. Nos inclinamos a pensar que, sea de la clase que sea, todas las S.Coop. en el ordenamiento italiano han sido concebidas para que participen de la mutualidad. Para fundar tal opinión debemos acudir los arts. 2511 y 2525 CCI (art. 2511 CCI, «Las cooperativas son sociedades de capital variable con fin

mutualista»; art. 2525 CCI, «... La escritura de constitución hará constar las reglas para el desarrollo de la actividad mutualista...»). Así tanto desde una perspectiva formal o puramente declarativa (art. 2511 CCI) como material (art. 2525 CCI), se observa el deseo del legislador italiano por exigir la estrecha vinculación de las S.Coop. con la mutualidad. Ahora bien, ha dejado la puridad o no de dicho binomio: cooperativa-mutualidad, en manos de los socios fundadores, ofreciendo una serie de normas que permitan incluso distinguir, para muchos a efectos puramente fiscales¹⁵⁴, el límite de dicha clasificación.

La doctrina entiende que la S.Coop *non prevalente* ya descrita es la que tiene un papel principal en el desarrollo de la mutualidad, si bien su concepción se aleja de los estrechos cauces que describen una mutualidad perfecta, ideal o tradicional. Esta mutualidad externa, como la define la doctrina italiana, para nosotros equiparable al «modelo normativo mutualista abierto», es el que opera con los terceros y con socios no cooperadores en mayor medida que la S.Coop con *mutualità prevalente*, o lo que para nosotros corresponde a las que tienen una base «mutualista cerrada». Es así la mutualidad abierta la que permite repartir reservas entre los socios cooperadores y la que no establece límites para la remuneración de los instrumentos financieros a estos mismos socios¹⁵⁵, y a la que se le reconoce justamente una finalidad de «utilidad pública»¹⁵⁶, lo que encontramos, en todo caso, en total armonía con el espíritu de la ACI y más en particular, con el último principio proclamado por ella en su Congreso de Manchester en 1995, sobre la positiva repercusión de la que debe beneficiarse el área geográfica donde se constituya una S.Coop.

En todo caso, debemos hacernos eco aquí de la crítica hecha al modelo cooperativo mutualista abierto propuesto por el legislador tras la reforma. Dicha crítica se centra,

¹⁵⁴ Vid.; RIZZI A. «Le cooperative a mutualità prevalente», en *Congreso de Confcooperative: La cooperazione e la riforma del diritto societario*, Palacio de Congresos, Florencia, 12 de mayo, 2003, pg. 9.

¹⁵⁵ Posibilidades todas ellas descritas en *vid.* art. 2514 CCI, precepto que sin embargo se ocupa de recoger los requisitos de la prevalencia, lo que indirectamente nos indica en que consiste la no prevalencia. Precepto que, en todo caso ya atendimos *supra* Cap. II a lo largo del ap. 3.3.3.a).

¹⁵⁶ Cfr. antes de la reforma, PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative dopo... cit.* pg. 4; y después de la reforma, *idem*, *Le società cooperative...*, *cit.*, pg. 7. Entre nosotros, LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *Mutualidad... cit.* pg. 25, not. núm. 37. A favor del reconocimiento de la posible realización de una auténtica mutualidad en las S.Coop. grandes, externas y abiertas a la competencia con las demás sociedades, *vid.* BONFANTE, G., «La nuova disciplina delle cooperative», *Rivista della Cooperazione*, núm 3, 2002, pg. 24 y 25.

fundamentalmente, en la inexistencia de una efectiva correlación, en los preceptos del CCI destinados a regular a las S.Coop., entre la figura del retorno y la del dividendo. Compartimos la idea de que, incluso en las S.Coop no prevalentes, cuando se den simultáneamente ambos sistemas de retribución, tendría que existir un límite por encima del cual no pudiera retribuirse a los socios más dividendos, o dicho de otro modo, no se debería permitir, precisamente para salvaguardar el *scopo mutualistico*, proclamado para todas las S.Coop. en su mismo primer precepto (art. 2511 CCI), más reparto de dividendos que de retornos¹⁵⁷.

Del mismo modo, no encontramos en el modelo abierto, esto es, el que coincide con la clasificación *ex-lege* de S.Coop. *non prevalente*, un límite para operar con los terceros, sino un porcentaje por encima del cual, sin establecer techo alguno, considera el legislador que estaríamos ya ante una S.Coop. *non prevalente*. La exigencia de un límite, que sólo opera para las S.Coop. prevalentes, la encontramos en concreto en el art. 2513 CCI¹⁵⁸. El criterio general es que la gestión-cooperativa se considera dentro de los cauces de la mutualidad prevalente cuando dicha gestión se haga preferentemente o prevalentemente para o por los socios, lo que, según la doctrina, implica que el volumen de intercambio u operaciones que se desarrollan con los socios es superior al cincuenta por ciento de las desarrolladas con los terceros¹⁵⁹. El vacío legal existente por no establecer, sin embargo, un límite para relacionarse con terceros para la S.Coop. sin mutualidad prevalente, lo encontramos inexplicable e inadecuado, teniendo en cuenta

¹⁵⁷ Así lo ha apuntado la doctrina en los siguientes términos: *La principale ambiguità della riforma riguarda il mancato chiarimento del ruolo dello scopo lucrativo rispetto a quello mutualistico. Seppure, come si è visto, lo scopo mutualistico viene identificato nei suoi contenuti dalla riforma assumendo carattere essenziale ai fini dell'inveramento della funzione sociale della cooperazione risultando quindi ben chiara la distinzione dallo scopo di lucro, mancano, in parte almeno, disposizioni che limitino il ruolo della finalità lucrativa nella cooperativa. Quest'ultima, se sono estate le considerazioni sopra svolte in tema di mutualità, dovrebbe assumere una funzione accessoria e strumentale rispetto allo scopo mutualistico. Difettano peraltro chiare disposizioni che statuiscono questo carattere di accessarietà e ciò sia con riguardo alla cooperativa a mutualità prevalente, sia, soprattutto per le cooperative a mutualità non prevalente. Mancano in altri termini disposizioni che statuiscono che la cooperativa deve dare più ristorni che dividendi i quali, come avviene in altre legislazioni, non dovrebbero superare determinati tetti*, en BONFANTE, G., «Attività mutualistica e ristorni: aspetti sostanziali e clausole statutarie», en Seminario sobre *Adeguamenti statutarie regolamenti nelle cooperative dopo la riforma*, Facultad de Economía de Bologna, sede de Forlì, 12 de septiembre, 2003, pg. 7.

¹⁵⁸ Art. 2513.a CCI: *Criteri per la definizione della prevalenza.- Gli amministratori e i sindaci documentano la condizione di prevalenza di cui al precedente articolo nella nota integrativa al bilancio, evidenziando contabilmente i seguenti parametri: i ricavi dalle vendite di beni e dalle prestazioni di servizi verso i socio superiori al cinquanta per cento del totale di ricavi delle vendite e della prestazioni ai sensi dell'art. 2425, primo comma, punto A1.*

¹⁵⁹ *Vid.*, BASSI, A.; «L'impresa societaria con scopo mutualistico. Scopo e variabilità del capitale», en AAVV; *Diritto Commerciale*, dir. VICENZO BUONOCORE, Torino, 2003, pg. 432.

que dicha laxitud del modelo mutualista abierto que se describe, podría alcanzar una tornarse en un modelo totalmente desvirtuado o des-mutualizado, lo que, por otro lado, no creemos que fuera la intención del legislador, al no encontrarse en sintonía con el resto de normas que son de obligado cumplimiento para este modelo¹⁶⁰.

Se permite así una S.Coop. que, participando de unas normas mínimas que aseguran la base mutualista de la misma, permite igualmente la elevada relación con terceros y la asunción de socios capitalistas, lo que para poder igualmente circunscribirse en tal modelo, ha de servir para potenciar la persecución del fin mutualista obligatorio para todas las S.Coop. en el tantas veces ya mencionado art. 2511 CCI.

b. Francia

Centrándonos en el estudio del régimen que se predica de un modelo abierto, comprobamos que en los art. 3 y *3bis* EGC, se dan los instrumentos para desdibujar el carácter cerrado del modelo normativo. Por un lado, el art. 3, que prohíbe en principio la participación de terceros si bien deja indicada la posible apertura del modelo por remisión, puesto que la participación con los terceros la hace posible si así se recoge en las leyes especiales, como es el caso p.e. del art. L.522-5 del título II, sección tercera del Código Rural de 18 de marzo de 1981 (aprobado por el Decreto núm. 81-276)¹⁶¹, o también del art. 10 de la Ley relativa al desarrollo de determinadas actividades de economía social de 20 de julio de 1983 (Ley núm. 83-657)¹⁶².

¹⁶⁰ Quizás, el más claro ejemplo de ese elenco de normas que garantizan la mutualidad incluso en la S.Coop. «no prevalentes» y que no concuerda con la idea de posibilidad «ilimitada» o «sin control» para relacionarse con los terceros, sea el reiterado art. 2511 CCI y su exigencia de la búsqueda de un «fin mutualístico».

¹⁶¹ Entendemos del tenor literal del art. L.522-5 del Código Rural que la apertura aludida está comprendida en la mutualidad, y se aleja de cualquier manifestación de una estructura típica capitalista, toda vez que el legislador, no sólo recoge la posibilidad de operar con terceros, sino su clara limitación e indisponibilidad por parte de los socios incluso en la liquidación.

¹⁶² Queda recogida la posibilidad de operar con terceros en el art. 10 de la Ley de 20 de julio de 1983 francesa, ya que no se limita a permitir la participación de terceros en su párr. 1º, sino a establecer unos claros límites en el párr. 2º, a conseguir la transparencia de los resultados, exigiendo una contabilidad separada por el resultado de las operaciones así efectuadas en el párr. 1º y finalmente, de manera coherente con lo que entendemos que es un modelo mutualista aunque abierto, la prohibición que en el art. 25 se fija de proceder a cualquier reparto entre los socios de las cantidades de dicho modo obtenidas.

De esa manera tan clara, el legislador permite a la S.Coop., siguiendo una concepción también externa de la mutualidad, la opción de desarrollarse fuera del estrecho binomio cooperativa-cooperador, pero no sólo a través de la sustitución de éste último por un tercero, sino también por la posibilidad de acoger a socios no cooperadores. Así, el art. 3 *bis* párr. 1º EGC, abre la puerta a la recepción en la S.Coop. de los socios capitalistas con la siguiente redacción: «Las cooperativas podrán admitir como socios, en las condiciones fijadas por sus estatutos, a personas físicas o jurídicas que no tengan intención de recurrir a sus servicios o a aquellas que no utilicen su actividad, pero que puedan contribuir, mediante la aportación de capital, a la consecución del objeto de la cooperativa». Sin embargo, consideramos que el establecimiento de ciertos límites (art. 3 *bis* párr. 2º EGC.) garantizan que en cualquier caso quede circunscrito el binomio cooperativa-socio capitalista en el desarrollo de una mutualidad, por disponer que: «Estos socios no podrán, en ningún caso, representar conjuntamente más de un treinta y cinco por ciento del total de los derecho de voto. Los estatutos podrán prever que estos socios, o ciertas categorías de entre ellos, dispongan conjuntamente de un número de votos proporcional al capital que ostenten y que se distribuirá a prorrata de la parte de cada uno en aquel», apuntando, en los siguientes párrafos otras limitaciones y previsiones encaminadas al control de la participación de socios no cooperadores.

c. Derecho comunitario

Como dejamos ya apuntado al abordar en el derecho comunitario el «modelo normativo de S.Coop. mutualista cerrada», el gran número de normas de naturaleza dispositiva y las constantes remisiones indican, cuanto menos, la consecuente coexistencia del modelo cerrado resultante, que es por obvias razones «facultativo», con los modelos derivados de la aplicación bien de la autonomía de las partes y/o bien del derecho nacional en su caso.

Recordemos, rápidamente, que el panorama europeo actual ante la mutualidad está marcado por lo que algunos han denominado des-mutualización, y otros mutualidad

externa. Así las cosas, con indiferencia del término que se utilice, es al menos genérica la idea del progresivo alejamiento de los tradicionales corsés mutualistas. Entendemos que el resultado, cierto es que aproximado, de añadir, con dichas premisas, al Derecho comunitario jurídico imperativo en materia de S.Coop., bien la autonomía de las partes, bien el derecho nacional de al menos los Estados miembros que aquí hemos estudiado, no es otro que el de la existencia de otro modelo normativo que, con lógicamente todos los matices que el supuesto en cuestión ofrezca, queda circunscrito en nuestro modelo normativo de S.Coop. mutualistas abiertas.

Qué duda cabe que la relación de la S.Coop. con terceros se predica de un modelo abierto, posibilidad que se deja abierta, ciertamente sin más limitación que la estatutaria, a través del art. 1.4. según el cual: «La SCE no podrá admitir que terceros no socios se beneficien de sus actividades o participen en sus operaciones, salvo disposición en contrario de los estatuto». Ya hemos apuntado numerosas veces en todo caso, que la realización de actividades con terceros no se aleja de la concepción actual de mutualidad, sino que se trata de operaciones que se realizan precisamente por el mantenimiento de la propia S.Coop. como empresa, lo que redundaría en el mutualismo. Son las S.Coop. con mutualidad externa.

La participación de socios no cooperadores se permite por remisión al régimen jurídico interno del Estado miembro que en su caso participe, como señala el art. 14.1. relativo a la adquisición de la condición de socio: «Cuando la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE lo permita, los estatutos podrán prever la admisión, en calidad de socios inversores (no usuarios), de personas que no tengan intención de utilizar o de producir los bienes y servicios de la SCE». No cabe duda que con la participación de los mismos se «abre el modelo», pero no se ha entendido que ello deba ser expresión en sí mismo de un alejamiento de la mutualidad, sino de un instrumento de autofinanciación de la S.Coop. desde una perspectiva de permanencia del que participan todas las empresas. Aun así, debemos indicar que si bien se permite la asunción de socios no cooperadores indirectamente por remisión al derecho interno de los Estados miembros, el RSCE, en el final del párr. del art. 14.1., deposita en la Asamblea de la SCE la decisión última. En efecto, refiriéndose a estos «socios no cooperadores» apunta el legislador que: «En este caso, la adquisición de la condición de socio estará sujeta a una votación de la asamblea general o de cualquier otro órgano en

el que la asamblea o los estatutos hayan delegado este cometido», previsión que a los efectos que aquí nos ocupan, limita en cierta medida la posible dimensión de la apertura de la S.Coop.

Un supuesto análogo lo encontramos en el art. 74 RSCE, el cual apunta que tras la liquidación, el activo neto que resulte tendrá un destino desinteresado, lo cual entendemos que encierra gran carga o base mutualista, aunque deja una puerta abierta, a través del sistema de remisión a los derechos internos, a la posibilidad de que se fije otro destino si así lo permiten los Estados miembros. En el resultado final vemos una falsa posible apertura, toda vez que para esos mismos extremos los ordenamientos europeos en estudio llevan a soluciones similares.

En ocasiones se ha destacado por la doctrina la capitalización de la SCE por influencia del régimen alemán en materia de S.Coop.¹⁶³ Bajo nuestro punto de vista, a la hora de conformar los modelos normativos, entendemos que el resultado es que efectivamente la SCE puede albergar distintos grados de sometimiento a la regla de la mutualidad perfecta o del sometimiento a los principios cooperativos, de ahí el surgimiento del modelo abierto y del cerrado, pero en principio siempre con base mutualista. Sin embargo, la realidad cambia si el socio que participa es alemán. Si a las normas imperativas del RSCE se les añade el régimen alemán que por remisión en ocasiones se permite desde el RSCE, entendemos que las normas comunitarias no tienen fuerza suficiente para «mutualizar» la participación alemana¹⁶⁴. En cambio, no ocurre lo mismo en los demás ordenamientos, en los que el sometimiento a las normas imperativas mínimas que conforman el elenco de preceptos que desde la norma comunitaria garantizan la realización de una mínima mutualidad contienen previsiones jurídicas «imperativas» suficientes que velan por su realización y por no alejarse el eventual derecho interno aplicable de esa misma línea de garantizar un mínimo de

¹⁶³ Cfr. BENAVIDES VELASCO, P. y GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M^a B., *Op. cit.* pg.281, not. núm. 60

¹⁶⁴ Recordemos, que el derecho dispositivo ofrecido por el Derecho comunitario a los Estados miembros, a través del cual se podría producir una eventual apertura del modelo comunitario cerrado descrito, lo hemos centrado fundamentalmente en las remisiones relativas a las operaciones con terceros y a la posible participación de socios capitalistas, y frente a ello el derecho alemán no ofrece posibilidad alguna de atenuar dicha apertura, todo lo contrario, la capitaliza en la parte que le corresponde, toda vez que no alberga límite alguno para operar con terceros y que todos los socios reciben en gran medida un tratamiento capitalista. Decimos en gran medida, porque es cierto que existen normas, como la de un hombre un voto (art. 43.2 LCoop. alemana) que no procuran dicho tratamiento capitalista, aunque bien es cierto que en el contexto normativo de la L.Coop. alemana se trata más bien de singularidades del régimen capitalista que de auténticas proyecciones de una sociedad con base mutualista.

mutualidad¹⁶⁵. Así, las normas dispositivas que dejan en manos de los socios unas veces (ya sea reunidos en la Asamblea General, como estatutariamente) y de los ordenamientos nacionales otras, logran o pueden lograr la apertura del modelo, pero siempre desde una base mutualista.

Hacemos en todo caso aquí extensible la crítica que se hizo al modelo normativo abierto propuesto desde el CCI, ya que, como sucede en el ordenamiento italiano, el comunitario carece de una serie de límites, que entendemos que serían efectivos para garantizar una mínima mutualidad. Se trata, en todo caso, de límites lógicos en su contexto normativo, puesto que de él, como hemos ya apuntado, se desprende la clara intención de aunar, siempre y en todos los casos, en la constitución de una SCE, una serie de exigencias relacionadas con la mutualidad y el cooperativismo, que son a su vez las que justifican su regulación separada de los demás tipos societarios comunitarios con base jurídico positiva. Podemos concluir al menos que, si bien es cierto que es posible que desde otra óptica cupiesen otras interpretaciones al texto comunitario, a través de las cuales se elaborasen otros modelos, o los mismos con diversos matices, lo que entendemos que es claro es que el legislador comunitario nunca ha pretendido la creación de otra sociedad capitalista europea¹⁶⁶, y no es que entendamos que la inexistencia de un límite en las operaciones con los terceros sea por sí sola suficiente para poder decir que estamos ante un modelo capitalista, sino simplemente denunciarnos la existencia de normas aisladas que por laxas o imprecisas chocan con la naturaleza de las demás. Nos estamos refiriendo en particular, por un lado, al régimen

¹⁶⁵ Encontramos salvaguardado, fundamentalmente, la segura realización de una mínima mutualidad desde el texto del RSCE a través de los siguientes preceptos imperativos. Sobre el principio de puerta abierta: «el número de socios y el capital de la SCE serán variables», «la variación del capital no requerirá modificación de los estatutos ni publicidad» (art. 1 y 3.5. RSCE). En relación con la gestión de servicio: «La SCE tendrá por objeto principal la satisfacción de las necesidades y el fomento de las actividades económicas y sociales de sus socios, en particular mediante la conclusión de acuerdos con ellos para el suministro de bienes o servicios o la ejecución de obras en el desempeño de las actividades que ejerza o haga ejercer la SCE». Propugnado el sistema democrático encontramos que: «Todos los socios tendrán voz y voto en la asamblea en relación con los puntos del orden del día», «Cada socio de la SCE dispondrá de un voto, independientemente del número de participaciones que posea» (arts. 58 y 59 RSCE), en incluso en este mismo sentido, cuando permite la existencia de más votos por socios esto no escapa del modelo mutualista puesto que lo hace depender de la propia participación del socio en la actividad de la S.Coop, en los siguientes términos: Si lo permite la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social, los estatutos podrán estipular que el número de votos de un socio esté determinado por su participación en la actividad cooperativa por medios distintos de la aportación de capital » (art. 59.2 RSCE).

¹⁶⁶ Precisamente, se ha apuntado por la doctrina, la necesidad de crear una SCE precisamente porque los tipos societarios en el ámbito europeo no se ajustaban precisamente a las pretensiones del movimiento cooperativo.

jurídico que dispone el art. 1.4 RSCE, según el cual: «La SCE no podrá admitir que terceros no socios se beneficien de sus actividades o participen en sus operaciones, salvo disposición en contrario de los estatutos», y por otro, a la falta de un régimen que ofrezca una correlación entre retornos y dividendos, por lo que *lege-ferenda* deberían fijarse unos límites cuando ambos mecanismos de distribución coincidan, y que en todo caso, se establecieran unos criterios que procurasen una mayor realización de retornos que de dividendos (cfr. arts. 66 y 67 RSCE).

3.2. El modelo cooperativo no mutualista: Alemania

La singularidad del régimen jurídico alemán en materia de S.Coop., frente a los demás ordenamientos europeos comparados, ha sido ya apuntada en ocasiones por la doctrina¹⁶⁷. En este sentido es cierto por una parte que su régimen está marcado por contener grandes particularidades que sirven para una singularización con respecto a las tradicionales sociedades mercantiles capitalistas, pero, sin perjuicio de ello, es del todo imposible no apuntar asimismo que el modelo que se describe en el derecho positivo alemán, impide, por sí solo, su ubicación al lado ni tan siquiera de los modelos más abiertos con base mutualista. De ahí, como ya indicábamos, que podamos considerar que el modelo que así se nos muestra sea un híbrido entre las sociedades mutualistas, ya sean éstas abiertas o cerradas y las capitalistas.

A diferencia de la ya tradicional proliferación de normas de simultánea aplicación que en este ámbito se producen en los demás ordenamientos, la Ley en Alemania, que de manera principal y casi única se ocupa de la materia de S.Coop., es la L1889¹⁶⁸. Dicha Ley evoca, de algún modo, algunos de los principios que entendemos que se ocupan de describir un modelo general mutualista, pero el no reconocimiento de algunos de ellos, entre otros el del retorno, y la enorme flexibilidad que estatutariamente se ofrece para la concreción de otros, nos conduce inexorablemente a no considerar que

¹⁶⁷ LLOBREGAT, HURTADO M^a L.; *Mutualidad ... cit.*, pg. 76; PAULIK, *Das Recht der eingetragenen Genossenschaft. Ein Leer-und Handbuch, Karlsruhe*, 1956, pg 53. En este orden de ideas se ha señalado por MONTOLIO, J.M^a; *Legislación cooperativa... cit.*, pg. 18 que: «En cualquier caso y por encima de otra consideración, nunca cabrá separar la normativa alemana de su vinculación con la realidad a que se dirige y de la que en buena medida procede, es decir, de un neto sentido práctico».

¹⁶⁸ La última modificación en la *Genossenschaftsgesetz* se produjo en 1998.

el texto alemán procure instrumentos suficientes para ubicar el modelo resultante dentro de los que describen para las S.Coop. que participan de una base mutualista.

En efecto, explícitamente la Ley no dedica ningún precepto a sistematizar los principios de la ACI, la cual tampoco menciona. No obstante, el principio de libre adhesión entendemos que se encuentra en el art. 1 L1889. al no establecerse un número fijo de socios y en los art. 16 y 65 L1889. principalmente, puesto que se dedican a la fijación de las reglas sobre la admisión de los nuevos socios y el derecho de éstos a darse de baja en la S.Coop.

Tras la amplia reforma producida en 1973, el principio democrático queda igualmente tutelado en el art. 43 L1889. dónde se establece si no el sistema de voto por cabeza, sí el voto plural ponderado. Encontramos su desarrollo igualmente en la participación de los socios en la Asamblea General y en la elección y control de éstos de los órganos sociales en los arts. 24 y 36 L1889. En cambio, no hallamos mención directa alguna desde la Ley de los principios de promoción y educación de los cooperadores y el de cooperación entre S.Coop.¹⁶⁹. En cualquier caso, la desvinculación total con los modelos normativos mutualistas surge del régimen relativo a los principios de limitación de intereses y del retorno cooperativo.

En relación al primero, la regla de la limitación de los intereses a las aportaciones de capital se recoge en los arts. 21 y 21^a L1889., porque aunque la regla sea la prohibición de los mismos, se advierte laxitud en su regulación por la posibilidad de poder descansar su regulación en la autodeterminación estatutaria.

El tradicional principio del retorno y su singular fórmula de acreditar a los socios los excedentes, no es observado ni directa ni indirectamente. El legislador, en cuanto a la distribución de los resultados positivos alcanzados en la S.Coop., obliga en su art. 19 L1889. a que se lleven a efecto tras cumplir los demás requisitos legales, dejando siempre una amplia libertad para su determinación en los Estatutos. No obstante, hay

¹⁶⁹ El desarrollo de los principios de educación y promoción y el de cooperación entre S.Coop. se ha entendido que encuentran sus observancia a través de las reglas de funcionamiento de las Asociaciones de auditoría, a las que deben afiliarse por imperativo legal (art. 54 L1889), cfr. MONTOLIO, .M^a; *Legislación cooperativa... cit.*, pg. 31.

que señalar, que el primer criterio de distribución que se propone *ex-lege*, ya sea para los beneficios como para las pérdidas, es el de establecer una proporcionalidad de éstos con las aportaciones de los socios. Entendemos en todo caso, que tiene sentido no distribuir a través del sistema del retorno cooperativo, toda vez que tampoco el legislador alemán se ha interesado por diferenciar los resultados económicos que tiene la S.Coop.. Es decir, en las S.Coop. alemanas no se lleva a cabo una separación de los resultados en función de si las operaciones se realizan con sus socios o con los terceros, y al estar por tanto mezclado el resultado propio cooperativo con otros, es de lógica jurídica y buena técnica legislativa que luego no permita nunca el reparto a través del sistema del retorno, puesto que éste solo debería repartirse en función de la participación en el desarrollo del objeto social de la S.Coop. por los socios. Por ello entendemos que la inexistencia del retorno no sólo es respuesta a una sociedad sin base mutualista en la que descansa la S.Coop. alemana, sino consecuencia indirecta de la perfecta aprehensión del concepto del retorno cooperativo.

Encontramos así la postura inversa al ordenamiento francés pero fundamentada en una misma base conceptual, esto es, los dividendos y los retornos se excluyen, pero aquí, a diferencia del ordenamiento francés, se opta por la remuneración a los socios con base al capital, en los siguientes términos: «Distribución de beneficios y pérdidas.- Se distribuirán entre los socios los benéficos o pérdidas que resulten después de aprobar las cuentas anuales. Con ocasión del primer ejercicio social, la distribución se realizará en proporción a las cantidades desembolsadas por los socios para satisfacer su parte social. Por lo que se refiere a los ejercicios siguientes, la distribución será proporcional al haber social de cada socio incorporando los beneficios al activo y las pérdidas al pasivo al momento del cierre del ejercicio social anterior. Se continuarán incorporando los beneficios al activo hasta que se haya satisfecho el importe de la parte social» (art. 19.1 L1889.).

Entre los contenidos potestativos que quedan confiados a la autonomía estatutaria, que como ya se ha apuntado es la regla general, encontramos también en el art. 8.5 L1889., dedicado a «otras disposiciones facultativas», la admisión de las

operaciones por parte de la S.Coop. con los terceros, y su obligada mención en los Estatutos, sin establecer sin embargo a tales operaciones ningún límite.

Ahora bien, bajo nuestra ya reiterada consideración de la mutualidad en las S.Coop., hasta el punto de entender que es rasgo caracterizador del tipo, nos resulta difícil entender la configuración de las S.Coop. alemanas como verdaderas S.Coop., por lo que bajo nuestro punto de vista, la sociedad, que el ordenamiento alemán describe, puede incluso estar más cerca de una sociedad de capitales¹⁷⁰, bien es cierto que con infinidad de singularidades que podrían justificar su regulación separada, pero que en modo alguno entendemos que pueda encontrar cabida en la configuración ni abierta ni cerrada de los modelos cooperativos mutualistas en los que dividimos el panorama europeo y comunitario.

4. Conclusiones sobre la posición del retorno en los modelos normativos resultantes

1. El retorno es una clara muestra de la base mutualista de los modelos cooperativos.
2. El retorno, expresión de la ventaja mutualista, ayuda a sintetizar ex-lege el espíritu de los principios de la ACI, de los que nos valemos para entender que estamos ante un modelo normativo mutualista.
3. La fiel persecución de los principios de la ACI, en los que se incluye el principio del retorno cooperativo, y la dificultad o imposibilidad de alejarse de los cauces que estos describen, indican la existencia de un modelo mutualista cerrado.
4. La coexistencia del retorno con el dividendo es posible, incluso en lo que entendemos que se trata de un modelo normativo mutualista. Esa convivencia es fiel indicador de la apertura de su base mutualista, o de la aparición del modelo

¹⁷⁰En relación a la similitud de las S.Coop. alemanas con las demás sociedades de capital del ordenamiento alemán principalmente en aspectos económicos, contables y fiscales, *vid.* ITURRIOZ DEL CAMPO, J.; «La distribución de resultados en las sociedades cooperativas alemanas: un análisis comparado con el caso español», *REVESCO*, núm. 74, pgs. 107-121.

normativo cooperativo mutualista abierto. El modelo mutualista abierto implica sucintamente, la posibilidad de atenuar la estrecha observancia de las reglas del cooperativismo a través de la distribución de dividendos, la actuación con terceros, la participación de los socios no cooperadores de manera elevada o constante y en todo caso, por encima de los límites dispositivos que fija la Ley, sin alzarse por ello, en una finalidad en sí misma, sino en instrumento para lograr la pretensión de permanencia de la participa la S.Coop como empresa, pero observando siempre su finalidad de «utilidad pública».

5. Para que el retorno no quede desvirtuado, es importante que, o bien se separen los resultados cooperativos (los obtenidos por el desarrollo del objeto social entre la S.Coop y los socios cooperadores, que son los únicos susceptibles de repartirse por retorno) del resto de resultados (ajenos al desarrollo del objeto social, o con participación de socios capitalistas o terceros), o bien, las operaciones realizadas con meros socios inversores y terceros no sean nunca objeto de reparto y vayan a parar a alguno de los fondos de los que disponga la S.Coop.. La necesidad de la separación de resultados se justifica precisamente porque si el retorno es proyección de un modelo mutualista, principio o regla del cooperativismo de la ACI, el cual obedece a un sistema de retribución del trabajo y no del capital, si concurren cooperadores con otros sujetos, ya sean terceros o socios capitalistas, es importante atender al tratamiento que reciben dichas cantidades tras el ejercicio anual para conocer si se respeta el retorno o no, lo que de manera general respetan la totalidad de los ordenamientos que acogen la figura.
6. Es lógicamente incompatible la realización de retornos en un modelo no mutualista, como sucede en el caso alemán, dónde no se distinguen los resultados cooperativos de los extra-cooperativos, dónde no hay un límite en la realización de operaciones de la S.Coop. con terceros, y dónde los dividendos son el mecanismo de distribución que propone el legislador.
7. El panorama jurídico positivo comparado y comunitario queda dividido en dos grandes bloques, por un lado, los ordenamientos con base mutualista, esto es, Italia, Francia, Portugal, Inglaterra y la Comunidad Europea y por otro lado, el ordenamiento sin base mutualista: Alemania.

8. A su vez, en la lista de ordenamientos que conforman el bloque mutualista, encontramos, por un lado, los que permiten la creación de dos sub-modelos, el modelo mutualista cerrado y el modelo mutualista abierto, donde se encuentran los ordenamientos italiano, francés y comunitario y por otro lado los ordenamientos que únicamente admiten una mutualidad pura o el modelo normativo cooperativo cerrado, que son Portugal e Inglaterra.
9. En razón al sistema de distribución de resultados entre los socios, encontramos también diferencias en función del ordenamiento ante el que estemos. En primer lugar, Alemania, como sabemos, no alude en su L1889. al retorno, y el legislador apunta sólo el reparto a través de dividendos. En segundo lugar, Inglaterra y Portugal no dan cabida en sus respectivas normas (IPSA y C.Coop.) al reparto a través de dividendos, por lo que es el retorno la única forma posible descrita por el legislador. Y, en tercer lugar, Italia en su CCI, Francia en su EGC y la Comunidad Europea, a través del RSCE, permiten que ambas figuras se den simultáneamente.
10. En relación a las diversas modalidades de organizar el régimen económico de la S.Coop. en atención al sistema escogido para ejecutarlo, debemos precisar que todas ellas son consecuencias lógicas del modelo adoptado. Así en un modelo no mutualista se da únicamente la distribución de dividendos. En los ordenamientos que no permiten la subdivisión en atención a una mutualidad más o menos pura, sino que por lo contrario, sólo reconocen la cooperación desde un plano tradicional o interna, donde sólo tiene cabida un modelo, y este es, el mutualista cerrado, tampoco ha de extrañarnos que consideren que los dividendos y los retornos son mecanismos que se excluyen, y a su vez, opten por éste último. En relación a los ordenamientos que admiten los dos sistemas de reparto, entendemos que tal opción se adecua y se encuentra en consonancia con el acogimiento, que igualmente tienen en sus normas, de los dos sub-modelos mutualistas, el abierto y el cerrado.
11. Los ordenamientos italiano y comunitario, que permiten tanto la mutualidad abierta como cerrada de sus modelos, admiten, igualmente, con lógica, la coexistencia de los retornos y de los dividendos. Sin embargo, ambos ordenamientos adolecen en todo caso, de una efectiva correlación entre los institutos cuando efectivamente

concurrir en la distribución. Carecen ambas leyes de normas que se preocupen de que cuando dicha situación se dé, quede salvaguardada la primacía del retorno sobre el dividendo.

CAPITULO IV

EL RETORNO EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL DE SOCIEDADES COOPERATIVAS EN EL MARCO DE LOS MODELOS NORMATIVOS COMPARADOS VIGENTES

1. Introducción

En España se van a conformar a lo largo de toda la trayectoria legislativa en materia de sociedades cooperativas dos modelos: el modelo normativo mutualista abierto y el cerrado. Bien es cierto que, bajo nuestro punto de vista, éste último es el único que verdaderamente ha existido hasta la actual redacción de la LCoop.. En las leyes derogadas se encuentra el origen de las normas que hoy entendemos que encierran el contenido normativo de apertura de la S.Coop. pero, como veremos, en algunos momentos por imprecisas, y en otros muchos por aisladas respecto de norma que les servía de marco, no pudieron por sí solas construir el modelo abierto.

En el caso español, como sucede en el marco comunitario y comparado, entendemos que en el análisis de los modelos normativos de S.Coop. en la evolución legislativa adquiere una especial relevancia el estudio de los aspectos jurídico-económicos de las S.Coop., puesto que es la vía que mejor nos descubre el modelo que el legislador ha querido en cada momento crear. Los preceptos que principalmente serán analizados serán todos aquellos que de alguna forma se refieran al tratamiento del lucro en la sociedad, al principio de mutualidad, al sistema establecido para operar con los terceros, y a la aplicación del resultado, puesto que el régimen jurídico que se aplique a las partidas que lo conforman determinará, en gran medida, la pureza o no con la que se trata al retorno, que por otro lado, como en reiteradas ocasiones hemos ya señalado en el presente trabajo, es fiel indicador del modelo cooperativo que subyace.

La complejidad de elaborar una mera exégesis normativa de los aspectos jurídico-económicos mencionados radica, sin duda alguna, tanto en el desorden con el

que el legislador en ocasiones presenta el régimen económico, como en la falta de técnica jurídica que marca las primeras leyes, caracterizadas éstas por la abundancia de conceptos, en teoría jurídico-privados, pero que muestran sin disimulo una naturaleza meramente política¹. A todo ello hay que añadir el gran número de leyes y reglamentos que desde sus inicios se han ido sucediendo en el ámbito de las sociedades cooperativas, sin parangón alguno en otro tipo societario.

Asimismo indicaremos, cuando sea necesario, fuera de una óptica puramente jurídico-económica, todos aquellos aspectos que entendamos que en cada momento han contribuido a la formación del modelo, como es, fundamentalmente, el régimen relativo a las clases de socios.

Bien es cierto que en el período anterior a la redacción de los principios de la ACI en el Congreso de 1966, no se contaba con un elenco claro de reglas que describiesen la cooperación, por lo que no se aludieron ni directa ni indirectamente desde nuestro ordenamiento. Ahora bien, recordemos que las conocidas reglas de los pioneros de Rochdale, existentes desde 1844 y otros Congresos de la ACI que se sucedieron desde 1895, respondían de una u otra manera ya a la caracterización del modelo cooperativo de mutualidad tradicional cerrado descrito. Con base en ello se puede confirmar que en el período legislativo español anterior a la celebración del Congreso de 1966, queda recogido sin lugar a dudas, un modelo cooperativo cerrado con diversas peculiaridades propias de cada momento legislativo.

Siguiendo la línea del modelo mutualista cerrado comparado y comunitario, en la legislación española estaremos ante el modelo de S. Coop. cerrada cuando a través de él se consiga, o pretenda conseguir al menos, lo que para en un inicio, en todo el sentido histórico de la palabra, fueron pensadas las S.Coop.². Todas las normas que se salgan y

¹ Vid., MONTOLIO, J.M^a.; *op. cit.*, pg. 132, párr. 3º, según el cual: «La legislación no resultará ajena al respectivo momento histórico y enmarcará las relaciones entre los poderes públicos y las cooperativas, incluso la propia concepción de éstas».

²Según ARCO ALVAREZ, J.L., «Régimen económico...», *REVESCO*, vol. 20, 1079, pgs. 5 y 6: «La construcción del cooperativismo como una economía basada en el trabajo, opuesta a la fórmula capitalista, ha de comportar necesariamente determinadas afirmaciones de principio, que son, al mismo tiempo, repulsa o condena de los principios y objetivos que inspiran el sistema al que se opone». «Para la doctrina cooperativa el trabajo –entendido en su más amplio sentido- es el agente principal, por no decir único, creador de valores económicos, y es el trabajo el medio por excelencia para el desarrollo económico y social de la persona».

alejen de la consecución del objeto social, entre S.Coop. y socios cooperadores, no servirán para componer el modelo de S.Coop. que denominamos cerrado, tradicional, mutualista o puro.

Será una S.Coop. cerrada perfecta, aquella que sirva de instrumento a sus socios para obtener sus necesidades, ya sean económicas como sociales, pero que al mismo tiempo se muestre incapaz de ofrecer nada a los socios sin la constante ayuda, trabajo y colaboración de éstos, materializado principalmente en el desarrollo de la actividad cooperativizadora acordada entre el socio y la sociedad. Son estas operaciones, que se desarrollan en el binomio socio-sociedad, las que constituyen la principal y casi única fuente de abastecimiento de la persona jurídica, tendiendo así a conformar una S.Coop. caracterizada por la autogestión, la autoayuda y, en definitiva, una S.Coop. con autosuficiencia notoria, caracteres todos ellos que, por otro lado, como indicamos en epígrafes anteriores, describen la proyección de la mutualidad en la S.Coop.

El desarrollo de esta actividad por el socio ofrece en el plano jurídico formal una gran peculiaridad y es la dificultad de distinguir el fin del objeto en las sociedades S.Coop., toda vez que el desarrollo de éste constituye el propio fin. Cuanto mayor sea la dificultad que entrañe la escisión de ambos institutos, mayor será la certeza de que la sociedad S.Coop. en cuestión pertenece a un modelo perfecto o ideal, o al modelo cooperativo cerrado. Si se observa, otra vez, aunque de manera indirecta, volvemos a valernos de la mutualidad para elaborar una S.Coop. cerrada. La dificultad de escindir el objeto y el fin no es más que otra proyección de la mutualidad en la S.Coop. en tanto que ello se halla relacionado estrechamente con la doble condición o cualidad del socio como socio y usuario.

En particular, en nuestro ordenamiento, los instrumentos que se vienen utilizando para cerrar la sociedad S.Coop. se concentran, generalmente, en tres puntos: el régimen de control de las operaciones que la sociedad pueda realizar con terceros; la expresa prohibición de perseguir el lucro por la entidad; y la prohibición también de incluir entre los socios a meros especuladores que no desarrollan actividad cooperativa alguna más allá del desembolso de capital. Igualmente, reflejo del deseo del legislador por establecer un modelo cerrado, es el control del destino de los excedentes, dando prioridad siempre al engrosamiento de los fondos irrepartibles de la sociedad incluso

frente a un posible retorno. Entendemos que ello se debe, desde una estrecha óptica del mismo instituto, a que, en definitiva, el retorno implica una pérdida de titularidad por parte de la persona jurídica de esas cantidades para pasar exclusivamente a manos de cada uno de los socios, y por lo tanto, fuera de la S.Coop., aunque entendemos que sí se encuentra en todo caso dentro del cooperativismo al ser los cooperativistas los únicos titulares legítimos de las cantidades repartidas a través del instituto del retorno.

2. Evolución legislativa estatal española en materia de sociedades cooperativas

El régimen jurídico regulador de la materia de S.Coop. en España se ha caracterizado desde sus inicios por ser una fuente inagotable de leyes y reglamentos, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico³.

Mientras no existió una normativa sustantiva propia que regulase las S.Coop., la constitución de éstas se encuadró fundamentalmente en el art. 2 párr. 2º de la Ley General de Sociedades de 19 de octubre de 1869⁴, que establecía que: «Las sociedades que legalmente no tengan el carácter de mercantiles y las cooperativas en las que ni el capital ni el número de socios es determinado y constante, podrán adoptar la forma que los asociados crean conveniente establecer en la escritura fundamental», por lo que, en tal marco legislativo, los Estatutos jugaron un papel importante para procurar garantías y fomentar el cooperativismo⁵.

Unos años más tarde, la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887 se acerca al tipo. En aplicación del art. 37 de la Constitución de 1876, se regula el derecho a la reunión, considerando en su art. 1º Ley de Asociaciones, que tales asociaciones son: «los gremios, las sociedades de socorros mutuos, de previsión, de patronato, y las cooperativas de producción, de crédito y de consumo», sin ofrecer por ello una

³ Vid., BORJABAD GONZALO, P., «El nuevo marco jurídico cooperativo en España», *Revista de desarrollo rural y cooperativismo agrario*, núm. 3, 1999, pg. 1: «Un esfuerzo legislativo, dentro de un mismo siglo, dedicado a un determinado modo de agruparse las personas, a una determinada clase de sociedad, o a un concreto modelo de empresario, mayor que el que se ha proporcionado a la Sociedad Cooperativa durante el presente, no se había producido nunca en la legislación española y no tengo noticia de que se haya producido en ningún otro país».

⁴ Vid., MORILLAS JARILLO, Mª.J. y FELIÚ REY, M.I., *Curso de Cooperativas*, 2ª ed., Madrid, 2002, pg. 38.

⁵ LLOBREGAT HURTADO, Mª.L., *Mutualidad... cit.*, pg. 95.

normativa específica para la S.Coop., pero, en todo caso, ayudando a evitar la persecución de las mismas⁶. Sea como fuere, nuestra doctrina ha considerado que la primera norma que sí ofrece una regulación propia –bien es cierto, que tan solo para el sector agrícola- es la Ley de 28 de enero de 1906, reguladora de los Sindicatos Agrícolas⁷.

El desarrollo legislativo en el ámbito estatal -que es lo que ahora nos ocupa- y no en el autonómico, se inicia verdaderamente con la redacción de la L31 (*Gaceta* de 10 de diciembre de 1931)⁸, y su Reglamento ejecutivo, aprobado por D. de 2 de octubre del mismo año (*Gaceta* de 21 de octubre de 1931)⁹. Todo ello había sido fruto del esfuerzo que se realizó en la década de los años 20 (S. XX), para la culminación de una normativa dirigida a la regulación de las S.Coop., por el Instituto de Reformas Sociales,

⁶ MORILLAS JARILLO, M^a.J. y FELIÚ REY, M.I., *Op. cit.*, pg. 36.

⁷ *Vid.*, MORILLAS JARILLO, M^a.J. y FELIÚ REY, M.I.; *Op.cit.*, pg. 39; VARGAS VASSEROT, C., *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros*, Navarra, 2006, pg. 21.

⁸ Las S.Coop. vivieron al margen de los Códigos de Comercio de 1829 y 1885 y al amparo fundamentalmente de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, por lo tanto, carentes de una regulación específica. El criticado art. 124 del vigente C.Co. 1885 es el único que lo menciona en los siguientes términos: «las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios a la vejez, y de cualquiera otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija». El lucro y su incompatibilidad con la S.Coop. fueron en la Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1882 utilizados como base para aislar a la S.Coop. de la materia mercantil, lo que se contuvo en el art. 143 del Proyecto y hoy se recoge en el 124 C.Co 1885, *vid.*; MORILLAS JARILLO, M^a.J. y FELIÚ REY, M.I., *Op.cit.*, pg. 38. Sin embargo, la delimitación conceptual de la materia mercantil, y en particular la diferenciación entre las sociedades civiles y mercantiles y dentro de éstas, su clasificación entre capitalistas y personalista, ya no descansa en la búsqueda o no del lucro, *vid.*, ALONSO UREBA; A., *Elementos para una teoría general sobre la fundación de las personas jurídicas mercantiles corporativas (sociedades de capital) e instituciones (fundación y empresa)*, trabajo inédito, 1989, pgs. 122-126; PAZ ARES, C.; «Art. 1665», en *Comentario al Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1993, pg. 1307 y ss, *idem*: «Ánimo de lucro y concepto de sociedad», en AA.VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*, Est. Hom. al Prof. J. GIRON TENA, Madrid, 1991, pgs. 743 y ss.; en particular, refiriéndose a las S.Coop. como claros empresarios sin perjuicio del fin que persigan, *vid.*; GIRON, *Derecho de Sociedades*, *cit.*, pg. 106; GONDRA, J.M.; «La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)», *RDM*, núm. 228, 1998, pgs. 516 y 517.

⁹ Proclamada la República, el 14 de abril de 1931, se constituye seguidamente el Gobierno provisional, el cual, emite una serie de decretos que muestran a la ciudadanía el compromiso con el nuevo marco político. Resultado de las elecciones celebradas en junio, nacen las cortes constituyentes donde se encaminan sus primeras sesiones a convertir los decretos en leyes, *vid.*, VILLA BENAYAS, R., «Ley y Reglamento de cooperativas de 1931: Pedagogía de ciudadanía», *XI Jornadas de Investigadores en Economía social y Cooperativa. Los planes estratégicos de la Economía Social*, pgs. 3 y ss. <http://www.75aniversarioleydecooperativas.org/>, 10 de diciembre de 2007. En ese marco surge la Ley de 1931, primero, Decreto de 4 de julio de 1931 y definitivamente con rango de Ley el 9 de septiembre siguiente. Es indudablemente la primera regulación en materia de S.Coop. en nuestro país, y la primera norma también que nace con vocación de aunar toda la materia cooperativa.

el cual constituyó una comisión con dicho propósito, de la que surgió el Anteproyecto en 1927.

Así, en 1931 entra en vigor la primera Ley de S. Coop. españolas, marcada, como avisa su propio preámbulo, por su carácter obrero y social, conectando siempre al tipo con su fines¹⁰.

Posteriormente, en 1938 se promulga una Ley que modifica a la L31, dejando a salvo aquellos preceptos que no se vean alterados por su nueva redacción. La Ley de 27 de octubre de 1938 (BOE nº 132, de 9 de noviembre), permanecerá en vigor tan solo dos años, puesto que es derogada por la Ley de 26 de enero de 1940, de Unidad Sindical. El art. 6º de la misma decía que quedaría: «en suspenso mientras no se dicten disposiciones en la materia, toda tramitación de expedientes sobre constitución de nuevas cooperativas». Habrá que esperar tan solo otros dos años para que se vuelva a redactar una nueva ley de S.Coop..

Así, el cambio de dirección política trajo consigo una nueva Ley de S.Coop. con un signo dictatorial y conocida como la «autoritaria». La norma surge durante la Segunda Guerra Mundial y tiene como principal pretensión abolir la orientación democrática y obrera, restringiendo los fines cooperativos a los puramente económicos de base social a través de un control político y administrativo sobre las S.Coop. La L42 (BOE de 12 de enero) recoge esta política legislativa en sus preceptos¹¹.

La L42 tuvo su desarrollo primero, en el Reglamento de 11 de noviembre de 1943, y más tarde, en el Reglamento de 13 de agosto de 1971, el cual, como observaremos al abordarlo, resultó mucho más avanzado que el Reglamento que derogaba y que la propia Ley que desarrollaba¹². En todo caso, la «autoritaria» asfixiaba con normas profundamente intervencionistas la autonomía cooperativa¹³, lo que motivó, entre otras cosas, que, con el cambio político, se procediera a su derogación en 1974.

¹⁰ PANIAGUA ZURERA, M., *La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas y las entidades mutuales. Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca*, vol. I, Madrid, Barcelona, 2005, pg. 42.

¹¹ PANIAGUA ZURERA, M., *Op. cit.* pgs. 42 y 43.

¹² Bajo el mandato de la Ley de 1942 verán la luz los dos primeros Estatutos fiscales de carácter general para las S.Coop. (D. de 9 de abril de 1954 y D. 888/1969, de 9 de mayo, este último, con la adecuación debida a la Orden Ministerial de 14 de febrero de 1980, una vez creado el sistema tributario nacional a partir de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, es el precedente inmediato de la vigente Ley 20/1990, de 19 de noviembre, sobre régimen fiscal de las cooperativas).

¹³ *Vid.* PANIAGUA ZURERA, M., *Op. cit.* pg. 43.

En cuanto a la figura del retorno, ya se había mencionado en el Reglamento de 11 de noviembre de 1943 y, en todo caso, desde la primera Ley de S.Coop. española tal mecanismo de reparto quedaba recogido, aunque sin que existiera término concreto alguno que lo englobara, por lo que el contenido dado del mismo hasta el 1974 era, cuanto menos, insuficiente e incierto.

Sin embargo, muestra de la influencia que ejerce la ACI y en concreto sus principios promulgados en 1966 es que, en el caso español, el retorno cooperativo se empezó a recoger adecuadamente, a partir de la redacción de la L74 (BOE nº 305, de 21 de diciembre)¹⁴, primera Ley posterior a la proclamación de los principios de la ACI., la cual, a pesar de sus avances, no se libró de tener normas desfasadas de naturaleza intervencionista que requerían su derogación.

La LGC, es la primera Ley de S.Coop. que se elabora tras la redacción de la CE, que contiene en su art. 129.2 un claro mandato relativo a las S.Coop: «Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción». La minuciosidad contenida en la regulación de la LGC, busca lograr un texto completo que no requiera de un obligatorio desarrollo reglamentario posterior. La nueva Ley, con una vocación general, procura potenciar los principios cooperativos (art. 1.3 LGC), pero sin olvidar la dimensión empresarial de la S.Coop.¹⁵

Influida por la CE, por los principios de la ACI y por la inagotable fuente normativa autonómica¹⁶, se redacta y el 16 de julio de 1999 se promulga, la vigente LCoop. con un carácter menos rígido, aunque no exenta de críticas por las restricciones

¹⁴ La doctrina anterior a la redacción de la Ley 52/1974, de 19 de diciembre de cooperativas ya le daba un tratamiento a la figura no sólo de mecanismo de reparto sino de «principio fundamental de la sociedad cooperativa», *vid.*, VERGEZ SANCHEZ, M., *El derecho de las cooperativas y su reforma*, Madrid, 1973, pg. 32, not.35.

¹⁵ *Vid.* LLOBREGAT HURTADO, M^a.L., *Mutualidad... cit.*, pg. 117 y118 y PANIAGUA ZURERA, M., *Op. cit.*, pg 46

¹⁶ En relación con la influencia que las normas autonómicas han tenido en la vigente Ley de S.Coop., *vid.*, PASTOR SEMPERE, C., «Notas en torno a las principales novedades de la nueva Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas», *REVESCO*, vol. 69, 1999, pg. 151 y ss.

tributarias ante supuestos sustantivos, la imprecisión en su ámbito de aplicación y la poca coordinación entre la EM y los artículos¹⁷.

En la actualidad, el sometimiento a las reglas enunciadas por la ACI se refleja a lo largo de múltiples preceptos, pero de manera principal en el art.1.1. L 27/1999, de 16 de julio de S.Coop., aunque quede atenuado, bajo nuestra interpretación, al subrayar que se someterán a los principios formulados por la ACI, «en los términos de la presente Ley»¹⁸, que servirá como base jurídico-positiva al legislador para justificar en posteriores preceptos modificaciones, que en ocasiones son verdaderas vulneraciones a lo promulgado por la ACI.

Por otra parte, los aspectos modificados por la L. 27/1999, de 16 de julio de cooperativas que a su vez entendemos que suponen un acercamiento al régimen de las sociedades mercantiles de carácter capitalista son entre otros: 1. La mayor Facilidad de constitución de una S.Coop. (puesto que rebaja el número de socios que como mínimo ha de constituir una S.Coop. (3 en vez de 5); 2. Aumento del límite del 25% a 1/3 de la cantidad a la que puede ascender la aportación del socio; 3. En general, aumento del porcentaje de operaciones con terceros en todas las clases de cooperativas; 4. Porcentaje elevado de capital que puede pertenecer a socios capitalistas incluido con toda nitidez por primera vez en un texto de S.Coop. (colaboradores 45% del capital y en sustitución del asociado que tenía como límite 33%, acompañándole, en todo caso, a aquel un régimen menos detallado y más flexible); 5. Creación de las partes sociales con voto, con un régimen regulador del derecho de reparto de beneficios y del derecho de voto plenamente capitalista; 6. Posibilidad de los llamados socios intermitentes, Socios que desde un principio se conoce el momento en que abandonarán la sociedad, los cuales, como se ha señalado por la doctrina, son, astutamente, socios-financiadores; 7. El interés que pueden percibir los socios asciende de 3 a 6 puntos por encima de lo que fije el Banco de España, 8. Cargo de administrador de 3 a 6 años reelegibles (antes de 2 a 4), puede estar formado hasta por 1/3 de expertos independientes, cabe el administrador único y la responsabilidad de los administradores se remite a la LSA; 9. Posibilidad del

¹⁷ PAZ CANALEJO, N., «Perspectivas y problemas jurídicos de la nueva ley estatal de cooperativas», *REVESCO*, núm. 69, pg. 183 y ss.

¹⁸ En este mismo sentido, hace MONTOLIO, J. M^a., «Leyes de cooperativas de las comunidades autónomas: determinación de un modelo», *REVESCO*, núm. 66, 1998, pg. 238. esa misma interpretación en relación a expresiones similares que se recogen en las leyes de diversas CCAA.

voto plural (ponderado: no más de cinco) frente a la regla general de «un hombre un voto», y 10. Empujan a la S.Coop. al acercamiento a tales sociedades temas como la transformación, fusión, contabilidad, que se remiten constantemente a la legislación de las sociedades anónimas y de las limitadas.

Por ello la recepción del modelo normativo abierto, pensado para grandes sociedades mutualistas¹⁹, se hace patente bajo nuestra legislación estatal vigente, sin dejar por ello de acoger asimismo el modelo cerrado. Sin embargo, las peculiaridades y, por qué no, los errores que se cometen en la L. 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, nos obligan a retomar y a redefinir la propia configuración de los modelos normativos que coexisten, el abierto y el cerrado.

3. Los modelos normativos en la evolución legislativa española en materia de sociedades cooperativas, especial referencia al instituto del retorno

3.1. La sociedad cooperativa mutualista cerrada

3.1.1. El período previo al Congreso de Viena de 1966

a). La sociedad cooperativa no lucrativa en la Ley General de Cooperativas de 9 de septiembre de 1931

La clara intención del legislador de 1931 de crear un único modelo normativo que a su vez sea cerrado nos resulta claro fundamentalmente por tres motivos. El primero de ellos, por quedar incluido a lo largo de su régimen los caracteres de una mutualidad y además recoger el retorno cooperativo como único mecanismo posible de reparto de excedentes entre los socios. En segundo lugar, por intentar velar por la pureza del modelo a través de la clara prohibición de la persecución del lucro. Esto se refleja en el mismo art. 1º L31, de manera directa cuando se señala que la S.Coop. «tenderá a eliminar el lucro» y en el art. 3 L.31, de forma indirecta a través de la

¹⁹EL Grupo de Coalición Canaria justificó muchas de sus enmiendas porque: Las grandes cooperativas son las destinatarias de la futura Ley, vid. BOC, 17 de noviembre de 1998. Serie A, núm. 125-7, en particular enmiendas núms.. 163 y 167.

imposibilidad, que ahí se fija, de dar cabida en una S.Coop a un socio especulador, capitalista o no cooperador. En tercer y último lugar, consideramos que nos encontramos ante un modelo cerrado que a su vez excluye cualquier estructura más abierta, cuando el legislador apunta un singular régimen del derecho de voto, toda vez que el ejercicio de este derecho se aleja de cualquier vinculación con el capital social desembolsado por el socio. Con todo ello, por otro lado, se refuerza el carácter personalista del que participa todo modelo normativo cerrado cooperativo.

En el mismo sentido, aunque parece que no se consideró necesaria la expresa regulación de las eventuales operaciones con terceros²⁰, sin embargo, de forma indirecta sí que se controla dichas operaciones, ya que, en ocasiones, se las limita²¹ y, en general, se sanciona actos relacionados con su no transparencia²². Sin existir una contabilidad que separe los resultados procedentes de las operaciones propias de la S.Coop. de los provenientes de las realizadas con los terceros, la persecución del lucro por cualquier vía se hace imposible a tenor de lo dispuesto en los arts. 1 y 3 L.31, en los que, sucintamente, delimita a la S.Coop. como una sociedad no lucrativa ni receptora de socios capitalistas²³. Para dar mayor efecto a todo esto, el art. 45 L.31 sanciona aquellas actividades que vulneren lo preceptuado en los mencionados artículos, llegando incluso por ello a poderse descalificar a la sociedad como «cooperativa»²⁴

²⁰ Hoy regulado en el art 4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

²¹ Las S.Coop escolares son un ejemplo del establecimiento de límites. Así según el art. 23, párr. 4º L.31: «Los Reglamentos podrán establecer límites para la cuantía de las cuotas y el volumen de las operaciones sociales en las cooperativas escolares, a fin de que éstas no se desnaturalicen ni sirvan de pretexto para combinaciones extrañas a su finalidad propia».

Igualmente, con respecto a las S.Coop. de consumidores, en el art. 20 L.31, se contienen una serie de actividades, que más que comportar una limitación a la realización de las operaciones con los terceros, aclaran o delimitan cuáles son las actividades que sí que son consideradas como propias de la sociedad, por lo que el legislador se ocupa si no de limitar, sí al menos de distinguir las actividades propias de las desarrolladas con los terceros.

²² Art. 65 L.31: «Incurrirán en multa de 50 a 500 pesetas las cooperativas que no consignen su condición de tales en los contratos con terceros y en los documentos de toda clase destinados a la publicidad, y las que operen con una denominación social distinta a de la registrada»

²³ Art. 1º L.31: «Para todos los efectos legales se entenderá por Sociedad Cooperativa la Asociación de personas naturales y jurídicas que, sujetándose en organización y en su funcionamiento a las prescripciones del presente Decreto y tendiendo a eliminar el lucro, tenga por objeto satisfacer alguna necesidad común, procurando el mejoramiento social y económico de los asociados mediante la acción conjunta de éstos en una obra colectiva».

Art. 3º L.31: «Nadie podrá pertenecer a una sociedad cooperativa en concepto de empresario, contratista, socio capitalista u otro análogo»

²⁴ Art. 45 L.31: «Toda sociedad cooperativa inscrita en el Registro de cooperativas que, aún cumpliendo en lo externo con los requisitos impuestos a las de su clase, encamine su funcionamiento a realizar o servir cualquier combinación lucrativa, será requerida, dándole un plazo prudencial no superior a treinta días, para que ponga el oportuno remedio. Si no lo hiciere así o si reincidiera, podrá serle retirada la

Como apuntábamos, debe resaltarse que a diferencia de nuestra normativa actual en materia de S.Coop., en la L31, no se hace mención alguna a la llevanza de una contabilidad separada en función de la clase de actividad que origine el resultado. La Ley apenas dedica un artículo a la contabilidad de la S.Coop. y cuando lo hace es para referirse a extremos formales de la misma²⁵.

El interés principal que encontramos en la existencia de una regulación sobre separación de la contabilidad en función del tipo de actividad que se desarrolle se centra, simplemente, en la necesidad de ofrecer un régimen distinto a las cantidades que obtenga la S.Coop. en función de lo que las originó, esto es, contabilizar por un lado la actividad cooperativa, es decir, la que estrictamente se desarrolle en los cauces del objeto social²⁶ y, por otro lado, el resto. De este modo se logra evitar que los resultados procedentes de las actividades extracooperativas sean repartidos entre los socios, vulnerando el espíritu cooperativo y, en particular, la acepción que desde la ACI se hace del retorno cooperativo.

Quizás el silencio del legislador en torno a la diferenciación de la contabilidad en función de la clase de actividad que originó el resultado se pueda deber a cuatro causas: la primera y más obvia puede tener su origen en defectos propios de una Ley pionera en una materia hasta entonces no legislada en España; la segunda, podría deberse a la prohibición de la persecución de un lucro ilimitado, para lo cual, lógicamente, se habrían de realizar operaciones con terceros a gran escala, es decir, desarrollar actividades fuera del objeto social, lo que bajo esta legislación sería, cuanto

calificación de cooperativas temporal o definitivamente, según el caso, y sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar según la naturaleza de los hechos determinantes de la propuesta»

²⁵ Vid. art. 16 L31.

²⁶ Sin ánimo de complicar más la terminología y su contenido, entendemos que, como ha apuntado la doctrina, aludir en las S.Coop. a su objeto social se está ya refiriendo a la idea de desarrollar la actividad con los cooperadores. Algunos autores en este sentido, al hablar de extremos relacionados con el objeto social de las S.Coop., consideran obvia la idea de que el socio siempre se incluye en dicho concepto, p.e. en: LLOBREGAT HURTADO, M^a L.; *Mutualidad... cit.* pg. 40, al referirse a la identidad existente entre objeto y fin en las S.Coop. señala precisamente la singularidad de las S.Coop. frente a las típicas sociedades mercantiles capitalistas en tanto que los socios se insertan en el objeto. Sin embargo, el contenido de objeto social que ofrece hoy la Ley de 1999 es diverso, puede deberse a su tendencia aperturista, en la que concibe de forma más natural la participación de los terceros en la obtención del fin social. La LCoop. considera que son actividades extracooperativas las que desarrollan el objeto social pero con terceros. Para una mejor comprensión de los términos: objeto social, actividad cooperativa, actividad extracooperativa, actividad extraordinaria en la vigente L.27/1999, de 16 de julio de Sociedades Cooperativas, *vid* VARGAS VASSEROT, C., *op. cit.*, pgs. 63 y ss.

menos, difícil; en tercer lugar, en caso de que se operase con el exterior, posibilidad que permite y a la que vagamente se alude en el art.19.2 L. 31 bajo los términos de «publico no asociado», esto nunca podría llegar a manos de los socios porque vulneraría las diversas normas que establecen como única medida de reparto el sistema de distribución entre los socios del excedente proporcional al trabajo realizado por ellos en el desarrollo de la actividad, léase actividad cooperativizadora²⁷; e igualmente vulneraría el mismo precepto en cuanto que señala que lo así obtenido «no será jamás distribuido entre los socios». En cuarto lugar y como conclusión, el único sitio posible al que, a tenor de la L.31, pueden llegar las cantidades así obtenidas sería a los fondos, que siempre tendrán carácter de irrepartibles, como bien queda señalado en el art. 19, párr. 2º L31 en los siguientes términos: «El exceso de percepción correspondiente a las operaciones que las cooperativas de consumidores pueden en su caso hacer con el público no asociado y que no sea devuelto a los mismos compradores, no será jamás distribuido entre los socios, sino que se aplicará al fondo de reserva irrepartible y a obras sociales que figuren entre las oficialmente aprobadas».

En relación con el contenido de ese mismo artículo 19, en su ya señalado párr. 2º, no hay que olvidar que lo que ahí queda expuesto se refiere únicamente a las S.Coop. de consumo. Creemos, por ello, que hubiese sido más adecuado que lo que queda establecido en el art. 19 L31, es decir, la no distribución entre los socios de las cantidades obtenidas con el publico no asociado, no se aplicase sólo por analogía a las demás clases de S.Coop., en aras de una mayor seguridad jurídica, y por el contrario, se declarase aplicable desde la Ley a todas las clases posibles de S.Coop. mediante una normativa general, tan necesaria, al menos en los presentes aspectos. Sin embargo, la carencia de normas-base aplicables para todas las S.Coop., sin perjuicio de ulteriores especialidades, será un defecto propio de las primeras leyes en esta materia, que no dejó de señalar la doctrina del momento, aún exponiendo ésta, con toda certeza, la dificultad

²⁷ Lo que es obvio es que en las relaciones entre la S.Coop. y los terceros no hay actividad de los socios, actividad que bajo el mandato de la presente Ley es la única que permite un posterior reparto entre los mismos.

Se reconstruye un concepto o idea de actividad cooperativizadora como mecanismo único de medida en caso de reparto del resultado positivo a lo largo de expresiones utilizadas en diversos preceptos, como es el caso de los siguientes arts: 1.5 L31 («operaciones sociales»), 19 L31 («lo que resulte de las operaciones con el público no asociado nunca se podrá repartir»), 24.2 L31 («valor asignado al trabajo»), 28.2 («a prorrata del importe de las operaciones hechas por cada asociado») y 31 L31 («exceso de percepción», «a prorrata de las primas abonadas»).

que entrañaría reunir criterios en un tipo de tales características, es decir, con una clasificación tan vasta²⁸.

Del art. 19 L.31, pues, se deduce el reconocimiento de operaciones impropias o extrañas al objeto social de la S.Coop., pero con la siempre presente prohibición de utilizar sus resultados para el cálculo de las cantidades retornables. Aunque dichas actividades no viniesen entonces aglutinadas bajo un término específico, entendemos que se corresponden con lo que hoy se conocen por actividades extracooperativas y extraordinarias²⁹.

En cuanto a los fondos se refiere, el tratamiento jurídico que aquí se ofrece a los mismos puede calificarse como disperso y desordenado³⁰. No reciben éstos un régimen sistemático, donde se pueda ver con claridad en qué momento del ejercicio económico se nutren de los excedentes que indica la norma³¹, cuáles son las fuentes posibles de su abastecimiento y cuál es la finalidad principal o el destino último de esa acumulación. Aún así, se preocupa el legislador de 1931 de su existencia; de su mínima dotación; y de

²⁸ VERGEZ SANCHEZ, M., *op. cit.*, pgs. 23 y 24.

²⁹ Es cierto que el art. 19 L31 empieza a apuntar las bases jurídicas en las que en un futuro se cimentará el retorno y por ende, las diferencias entre las actividades propias de la impropias, o lo que en nuestra regulación vigente recibe el nombre de «actividades-cooperativas» y «actividades-extracooperativas y extraordinarias», ahora bien, no creemos sin embargo que el art. 19 L31 tenga fuerza suficiente como para poder afirmar que desde ahí queda configurado el retorno -ni directa ni indirectamente- como un derecho subjetivo del socio, aspecto que apuntamos y más adelante desarrollamos. En contra, *vid.*, HURTADO LLOBREGAT, M^a L.: *Mutualidad...cit.*, pg. 419.

³⁰ La L31 inicia la regulación de la materia de los fondos en su art. 13 que establece: «Un 10 por 100 cuando menos de los rendimientos de cada ejercicio se aplicará a la formación de un fondo de reserva colectivo, hasta alcanzar una suma igual a la de los capitales individuales que los socios hayan aportado con carácter forzoso, a menos que las leyes y Reglamentos impongan para las cooperativas de alguna clase o carácter y salvo lo que en el mismo sentido establezcan los Estatutos sociales».

Este fondo vuelve a ser mencionado, en concreto para las S.Coop. de consumidores, en el art. 18. párr. 3º L31, pero sin ofrecer, una vez más, un régimen claro, es decir, sin apuntar siquiera cual es el órgano competente para la distribución, el orden de prelación de las partidas previas o la adjudicación de rendimientos positivos a los fondos etc...

Similar tratamiento reciben los fondos en otros preceptos, es el caso del art. 21 párr. 3º L31, sobre las S.Coop. populares (aumentada aquí su dotación hasta un 50 por 100 de los rendimientos); del art. 22 L31 sobre las S.C oop. sanitarias con farmacia; del art. 27 párr. 5º L31, sobre S.Coop. de trabajadores con consideración de populares (también con una dotación a los fondos del 50 por 100), o del art. 29, últ. párr. L31 de S.Coop. de crédito (con una dotación del 35 por 100).

Es decir, en las S.Coop. se habla de la existencia de un fondo y de que en caso de excedentes sea incrementado con determinadas cantidades, pero sin establecer realmente, bajo un mismo precepto, un régimen común y básico para el fondo de reserva, denominado a veces «colectivo» y otras «irrepartible». En todo caso, no se ocupa el legislador de establecer cuáles sean las obligaciones económicas anteriores a la del abastecimiento de los fondos en la S.Coop.

³¹ El legislador tan solo señala que se dotarán antes de la posible distribución entre los socios. Tendremos que esperar al Reglamento de 13 de agosto de 1971 para conocer el régimen jurídico aplicable a las partidas previas al retorno.

su calificación de «irrepartibles», irrepartibilidad que se mantiene igualmente en la fase de la liquidación de la sociedad³². Así, podemos concluir que las deficiencias del texto no consiguen alterar la construcción del modelo cooperativo mutualista cerrado, toda vez que sus imprecisiones no desvirtúan la naturaleza mutualista de los fondos cooperativos.

Por otra parte, la L.31 hace referencia a la figura del retorno, aún sin hacer uso de tal terminología. En el art. 1.5 L 31 se menciona este sistema de reparto como quinta condición a la que la Ley, tras definir el tipo cooperativo, somete a la sociedad: «Que en caso de distribuir los excedentes, se haga el reparto proporcionalmente a la participación de cada asociado en las operaciones sociales»³³.

Siguiendo la misma línea de aludir al retorno, encontramos diversos preceptos. Así, el art. 31 L31 –destinado a la regulación de las S.Coop. de seguros- establece: «Las cooperativas de seguros se regirán dentro de lo establecido en las disposiciones legales y en su propios Estatutos, por los acuerdos de la Asamblea de asegurados, los cuales habrán de ser todos socios de la cooperativas. En caso de adoptar el régimen de prima fija, la parte de los excesos de percepción que se apliquen a la constitución de fondos de reserva o al sostenimiento de obras sociales aprobadas se devolverá a los asegurados, a prorrata de las primas abonadas». En este mismo sentido encontramos el art. 28. párr. 2º L 31, sobre las S.Coop. de profesionales, que apunta que: «...es condición necesaria de las Cooperativas de profesionales que la distribución del remanente, cuando proceda practicarla, se haga a prorrata del importe de las operaciones hechas por cada asociado con la Asociación, según los Reglamentos determinen para cada caso»

Por su parte, el art. 24 párr. 2º L31, que se dedica a la regulación de las S.Coop. de trabajadores, no deja de apuntar, contemplando así el instituto del retorno cooperativo que : «Es condición necesaria y característica de las coop. de trabajadores que, en caso de distribuir el excedente de los rendimientos, después de atender al fondo

³² Art. 34 párr. 3º L31, dedicado a las normas para las S.Coop. en disolución o en liquidación, dice: «Las cantidades procedentes de los fondos de reserva obligatorios no podrán ser repartidas entre los socios en ningún caso...»

³³ El art. 1.5 L31 es considerado por nosotros como el precedente histórico-legislativo en el ordenamiento español de la figura actual del retorno.

de reserva y a las obras sociales, se haga el reparto proporcionalmente al valor asignado al trabajo personal puesto por los asociados en la obra común».

Lo relevante a efectos de la construcción del modelo normativo no es únicamente la creación de una modalidad de reparto que hoy recibe el nombre de retorno, sino hacer de esta modalidad la única posible vía de reparto, aunque sin necesidad por ello de constituir a su vez una verdadera obligación de repartir entre los socios, sino que, si se decide repartir, sólo quepa hacerlo bajo un sistema de naturaleza mutualista.

El Reglamento del 2 de octubre de ese mismo año siguió la misma línea que su Ley, sin añadir por ello notas que varíen en modo alguno el establecimiento de un único modelo normativo cerrado, puro, tradicional o mutualista. De este modo, entendemos que bajo la L. 1931 se consigue construir el modelo cerrado valiéndose, principalmente, de mecanismos de alejamiento del lucro de la S.Coop. como son: su expresa prohibición por la imposibilidad de acogimiento de la clase de socios capitalistas; el control del destino de las cantidades con origen en operaciones con terceros (siempre fuera del alcance de los socios) y la inserción de un único mecanismo de distribución: el retorno.

b) La sociedad cooperativa imperfecta en la Ley de cooperación de 2 de enero de 1942

El régimen jurídico de la L42 del que nos valemos para la explicación del modelo o modelos normativos, creemos que supone un paso hacia atrás. En la nueva redacción se desprende con nitidez la clara intención del legislador de mantener cerrado el tipo, fundamentalmente por su manifiesta preocupación por alejarlo de los fines meramente lucrativos. Los defectos que nos conducen a considerar la mala técnica legislativa utilizada para conformar el modelo aparecen principalmente en torno al régimen jurídico aplicable al retorno. En particular, destacamos contenido del art. 20 L42, según el cual: «Las cooperativas de consumo, cuando vendan a precios corrientes en el mercado, destinarán el exceso de percepción a constituir los fondos de reservas y obras sociales en la forma establecida en el art. 19 L42, pudiendo distribuir el resto entre los socios, proporcionalmente a la cuantía del consumo realizado». Con tal

redacción, al establecer la distribución proporcional entre los socios del resto mencionado en el precepto como una mera posibilidad, encontrarnos en la praxis con modelos empíricos abiertos no es imposible ni difícil. Como consecuencia, el legislador paga por su descuido un alto precio, consistente en la fácil vulneración del modelo que entendemos que pretendía construir.

En la nueva Ley apreciamos algunas novedades que no obstante no podemos calificar como mejoras con respecto a la norma que deroga. El régimen que se introduce con la L.42 no proporciona el orden y el sistema en las materias que, para el tema que nos ocupa, son tan necesarios en una legislación adecuada³⁴. En concreto, no hay orden en aspectos que nos ofrecerían una gran ayuda para su correcta comprensión, como son la regulación de una contabilidad separada y el detallado régimen de las posibles operaciones con los no socios; la distribución del resultado y el funcionamiento de los fondos. En definitiva, carece este cuerpo legal de un sistema eficiente y claro con respecto al régimen económico.

Se trata, en todo caso, de una Ley que encierra una gran carga política en sus preceptos y que se olvida de delimitar todos aquellos conceptos que quedaron sin acotar en la primera Ley de S.Coop. española³⁵, lo que, sin duda, no sólo complica el estudio de la misma Ley, sino que desde una perspectiva únicamente dogmático-jurídica ni mejora el régimen español en materia de S.Coop., ni justifica, por tanto, la nueva redacción dada al mismo.

En relación con el tratamiento del lucro, curiosamente, aunque reitera alguno de los preceptos de la Ley republicana³⁶, atenúa la sanción para el caso de persecución del mismo, imponiendo una multa, sin mantener, por tanto, la descalificación como única posibilidad o consecuencia jurídica (arts. 32 y 43 L.42 *versus* art. 45 L31).

³⁴ En este sentido, *vid.* la crítica que se hace de los aspectos descuidados tanto en la L42 como en su R43, VERGEZ SANCHEZ, M., *op.cit.*, pgs. 28 y ss.

³⁵ Aspecto que ha señalado reiteradas veces la doctrina, *vid.*, VERGEZ SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, pgs. 27 y 28, y LLOBREGAT HURTADO, M^a. L.: *Mutualidad... cit.*, pgs. 100 y ss.

³⁶ El art. 1º tanto de la L31 como de la L42 incluyen en la definición del tipo cooperativo la ausencia del ánimo de lucro como elemento esencial del mismo. La prohibición de asumir socios capitalistas aparece ahora en el art. 11. L42.

En cuanto a los temas de distribución de excedentes, los aspectos que encontramos más relevantes en la nueva redacción son los siguientes.

Por un lado, en relación con las cantidades que se destinan a los fondos, éstas son siempre decididas por la AG o por los Estatutos³⁷, sin encontrar, un límite legal o una cantidad mínima fijada *ex-lege*³⁸. Por tanto, la cuantía del 10 por 100 de los rendimientos que se establecía en la derogada Ley, en principio, para todas las clases de S.Coop, no aparece más en la L42, quedándose así al arbitrio de cada S.Coop. la dotación de los mismos.

No es claro el legislador tampoco a la hora de señalar los posibles usos o fines de las cantidades de estos fondos³⁹. Lo que sí se mantiene, y quizás de una forma más clara, es que, en todos los supuestos, se considerará que los fondos, esto es, el fondo de reserva y el de obras sociales, son irrepartibles, a través del art. 8 L42, en el que se establecen las condiciones generales para la constitución de toda S.Coop⁴⁰.

Por otra parte, como bien apunta la doctrina⁴¹, el retorno cooperativo se configura en este período legislativo como un «exceso de percepción» o «margen de previsión» una vez detraídas las cantidades de los fondos⁴². Al igual que en la derogada

³⁷ El sistema consagrado en la L42 ha sido criticado por otorgar a los Estatutos o en su caso a la Asamblea un gran margen de discrecionalidad en relación con la fijación de las cantidades que han de ir a parar a los fondos. Así, POLO DIEZ, A.; «Misión y sentido de la nueva Ley de Cooperación» en *RDP*, n° 303, Madrid, 1942, pg. 296, señala : «El criterio de excesiva libertad mantenido por la nueva Ley, confiando en todo caso a los Estatutos la fijación del tanto por ciento de beneficios que hayan de pasar a incrementar estos fondos especiales, después de proclamar el carácter forzoso de aquellos, puede hacer ilusoria esta previsión legal».

³⁸ En el caso de las S.Coop. de crédito del art. 44, últ. párr. L42 sí que se fija una cantidad concreta que debe ser destinada a los fondos de reserva y obras sociales, que es del 30 por 100 de los rendimientos líquidos.

³⁹ La doctrina ha estimado que la finalidad que pretende el legislador con el fondo de reserva es favorecer la autofinanciación y por su parte, el fondo de obras sociales, se ha impuesto para llenar de contenido el aspecto social que proclama la Ley en el art. 1° L42. *Vid.*, ARCO ALVAREZ, J. L.; «Régimen económico...», *cit.* pg. 44.

⁴⁰ Recordemos que en la L.31 sí que aparecía también la idea de irrepartibilidad de los fondos, aunque de forma aislada en temas de liquidación y disolución y, en otras ocasiones, sólo para algunas clases concretas de S.Coop.

⁴¹ LLOBREGAT HURTADO, Mª L., *Mutualidad...* *cit.* pg. 421.

⁴² Con la finalidad de aclarar los términos jurídico-económicos en los que nos apoyaremos para alcanzar finalmente el contenido del retorno en esta Ley, traemos aquí las explicaciones que en su momento se dieron al respecto. Según AMOROS RICA, N., «Concepto jurídico-legal de las cooperativas» *RDM*, núm. 34, Madrid, 1951. pgs. 52, 53, 54, 56 y 57, el beneficio bruto, es aquel que se constituye por «todas aquellas operaciones o partidas cronológicamente anteriores a la operación de determinar el beneficio neto o rendimiento líquido»; el beneficio líquido o remanente líquido «es el resultado de restar al beneficio bruto los gastos generales producidos en el desarrollo y gestión de la cooperativas»; el margen

L31, en la L42 no se encuentra el término del «retorno» recogido para identificar este concreto sistema de reparto, aunque, como ya hizo el legislador de 1931, sí que alude a su contenido, al menos, parcialmente. El art. 20 L42 establece: «Las cooperativas de consumo, cuando vendan a precios corrientes en el mercado, destinarán el exceso de percepción a constituir los fondos de reserva y obras sociales en la forma establecida en el artículo 19 de esta Ley, pudiendo distribuir el resto entre los socios, proporcionalmente, a la cuantía del consumo realizado»⁴³.

Alguna doctrina ha encontrado en el art. 20 L42 la figura del retorno⁴⁴. Sin embargo nosotros entendemos que más que la figura del retorno, en este precepto lo que encontramos es la propia desvirtuación del instituto. No podemos considerar que verdaderamente se recoja en la nueva Ley a través de su art. 20 la figura del retorno, pero no por el hecho de que el art. 20 L42 se refiera sólo a las S.Coop. de consumidores, sino porque, aún considerándolo de gran importancia para comprender la complejidad que desde el principio viene ofreciendo este instituto, no entendemos que lo que ahí queda descrito sea un retorno. Si con el art. 20 L42 estamos ante los orígenes del retorno, no nos queda más que reconocer y por tanto que señalar que el propio instituto nació, al menos en el derecho español, lleno de defectos que 60 años después siguen sin resolverse desde un plano jurídico positivo. Se demuestra así la dificultad que desde sus inicios ha encontrado nuestro legislador para acotarlo y el papel preponderante que ha jugado la doctrina en la elaboración de su contenido, papel, que dicho sea de paso, se ha caracterizado en la mayoría de las ocasiones por ser respetuoso con el mundo cooperativo en general y con el retorno cooperativo en particular⁴⁵.

de previsión, «son las diferencias numéricas existentes entre el coste de los productos adquiridos o servicios prestados por la cooperativas y las cantidades que por tales servicios o productos perciba la misma» y el exceso de percepción, «constituidos por las diferencias numerarias que las cooperativas obtienen entre el precio de compra y el de venta en el mercado consumidor». Aún así, el autor deja clara la gran identidad de estos dos últimos conceptos aunque se ocupa de señalar sus pequeñas diferencias. En una primera lectura del Reglamento del año 1943 dice que parece que unos se predicen del beneficio bruto de las S.Coop. de consumo, esto es, los excesos de percepción, y los márgenes de previsión aluden al beneficio bruto de las demás clases de S.Coop.

Esta compleja terminología normativa desaparecerá con la L74, y no con el R71, (cfr.; art. 18., aps. 2º y 3º R71) en contra *vid.*, LLOBREGAT, HURTADO., Mª. L.; *Mutualidad... cit.* pg. 421, not. núm. 686.

⁴³ El art. 19 L42 remite al mencionado art. 8 L42, el cual, recordemos, indica la irrepartibilidad de los fondos.

⁴⁴ LLOBREGAT, HURTADO.; Mª. L., *Mutualidad... cit.* pg. 421, párr. 2º.

⁴⁵ Estamos de acuerdo cuando la doctrina especializada ha puesto de manifiesto la falta de correlación entre el concepto jurídico teórico y el jurídico positivo, en los siguientes términos: «...la Ley vasca sigue manteniendo la figura del retorno como sistema de distribución de los resultados de ejercicio, es decir, a pesar de venir confundido con los beneficios originados por operaciones con terceros, el resultado se distribuye entre los socios en proporción a la actividad cooperativizada» *vid.*; PASTOR SEMPERE, C.,

Del comentado precepto resaltamos, fundamentalmente, dos cosas: la primera de ellas es que la idea de proporcionalidad existe y se establece con relación al desarrollo de la actividad por los socios, mecanismo que claramente se da *ex-lege* para esta clase de S.Coop. La segunda es que se asemeja lo ahí dispuesto a lo que entendemos por retorno, al menos, en cuanto al momento en que se entiende que cabe su acreditación, toda vez que ubica este peculiar sistema de distribución *stricto-sensu* en una fase posterior a la de la dotación de los fondos. Hasta aquí todo se corresponde con la figura del retorno cooperativo. Sin embargo, el legislador, al utilizar las palabras: «cuando vendan a precios corrientes en el mercado», parece que está haciendo referencia a una situación particular en las SCoop. de consumo. Si observamos, en el art. 42 L42, las SCoop. de consumo, o mejor, la actividad que ahí se dice que ha de desarrollar una S.Coop. de consumo, se limita a los extremos de «procurar esos servicios para el consumo o el uso de los asociados y sus familiares». En ningún momento se apunta como actividad típica «la venta a precio corriente en el mercado». Asimismo, el contenido del art. 20 L42 no conecta su singular situación con las tipificadas en el art. 43 L42, precepto éste que señala los supuestos especiales en que sí considera el legislador que la SCoop. actúa dentro del objeto social⁴⁶. Es decir, a donde queremos llegar es a que, *lege-ferenda* al menos, el art. 20 L42 establecería que la SCoop. puede del modo que alude distribuir los beneficios, es decir, los que obtiene del «publico no asociado» y/ o cuando se tratase de alguno de los supuestos recogidos en el art. 43 L42. Aún así no estaríamos desde un plano puramente teórico ante un retorno, puesto que en los casos recogidos en el art. 43 L42 no participan los socios y por tanto no hay nada que repartir a los mismos, pero, sin duda, sí nos aproximaríamos más en alguna medida al concepto jurídico formal del retorno cooperativo. En definitiva, el que se permita realizar ciertas operaciones con terceros por una situación especial no justifica la

«Reflexiones en torno a las principales novedades del régimen económico de las sociedades cooperativas», *REVESCO*, núm. 66, pg. 268, pár. 1º. Nosotros incluso, consideramos que ni tan siquiera se puede decir que el País Vasco mantiene un retorno a pesar de confundir los beneficios propios de la S.Coop. con los impropios u originados con terceros, puesto que esto claramente no es un retorno ni aunque sea repartido en proporción a la actividad del socio, ya que tampoco podemos reducir dicho instituto al mero hecho de repartir los resultados en función de la actividad del socio con la sociedad, ya que igualmente relevante es la naturaleza de las cantidades que se reparten.

⁴⁶ Art. 43 L42: «Las cooperativas de consumo podrán abastecer directamente a sus asociados y no podrán vender a otras entidades o particulares más que en los siguientes casos: 1º. A otras cooperativas, a título de reciprocidad. 2º. A terceras personas más cuando la tramitación sea necesaria para liquidar saldos de artículos en que cese de operar o que desmerecieran considerablemente con una conservación prolongada. 3º. A corporaciones, y aún al público en general, cuando lo hagan por encargo de autoridad competente y por motivo de utilidad pública excepcionalmente.»

posterior distribución a los miembros de los posibles beneficios. En esta temprana Ley, carente todavía de conceptos correctamente delimitados, se observan claras imprecisiones e imperfecciones si lo que se pretendía construir era el reparto a través de los retornos⁴⁷. El art. 20 L42, en definitiva, lo que hace es repartir al socio en función de su consumo la cantidad resultante de unas operaciones en las que no participó. Si entendemos que el retorno es lo que se devuelve al socio por lo que dio de más con base en los resultados obtenidos por el desarrollo del objeto social⁴⁸ y en función del grado de vinculación del socio en el desarrollo de éste, hoy actividad cooperativizadora del socio, es claro que el sistema de reparto que encontramos en la Ley no es un retorno⁴⁹. Podríamos aventurarnos a ubicar el sistema de reparto así efectuado como una figura intermedia entre el sistema de reparto bajo el mecanismo del retorno y el del dividendo.

Como conclusión apuntamos que con la L42 podía repartirse entre los socios cooperadores cantidades resultantes de actividades no propias de la SCoop,⁵⁰ es decir, las que se escapan del binomio socio-sociedad. Si a esto le añadimos que no se establece un mínimo legal para dotar a los fondos tras la obtención de resultados positivos, que dicha Ley carece de un régimen adecuado que regule las operaciones con terceros, tanto desde un punto de vista jurídico conceptual como contable,⁵¹ y que no se recoge la obligación que ha de suponer para todo socio la participación en la actividad social, no hay duda de que todo ello nos conduce inexorablemente a que bajo la L42 cabía la posibilidad de beneficiar económicamente, bajo un criterio capitalista, a un

⁴⁷ La figura del retorno cooperativo, recordemos, en el año 1942 era ya sobradamente conocida por el sector, la figura se observaba ya en los Estatutos de Rochdale de 1844 y luego fue recogida y actualizada por la ACI.

⁴⁸ Cuando nos referimos al objeto social queremos significar la actividad que la sociedad desarrolla con los cooperadores.

⁴⁹ Vid. LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *Mutualidad...* cit. pag. 438: «El retorno supone una corrección realizada a posteriori que viene a restablecer un equilibrio, a saldar una deuda anterior contraída por la cooperativa con los socios. No se retorna a los socios por el simple hecho de serlo; sólo en la medida en que son usuarios de los servicios sociales».

⁵⁰ En relación con el reparto entre socios por operaciones en las que no intervinieron nos preguntamos, en todo caso, cual es aquí la medida para su distribución de resultados. Podrían bien utilizar criterios capitalistas, léase, repartir en función del capital aportado, o bien, repartir en función del resultado del expediente técnico del socio en ese ejercicio anual con la actividad principal. El primero de ellos nos resulta completamente incoherente desde un punto de vista de la naturaleza jurídica del tipo, puesto que refuerza las operaciones entre la sociedad y los terceros al llevar éstas aparejadas un régimen atractivo para los socios, e incidiría en una naturaleza no mutualista, puesto que se pondera así más a los socios que más capital hubieran aportado. El segundo lo encontramos en todo caso desnaturalizado, por no tratarse ni de un retorno ni de un auténtico dividendo. Alguna doctrina ha señalado que ambas opciones suponen un dividendo, así vid., AMOROS RICA J.L., *op. cit.*, pg. 58.

⁵¹ Existe un libro de los socios (art. 13 L42) que indirectamente podría parecer un control para las operaciones que la sociedad lleve con los terceros, pero su régimen se aleja de ser, verdaderamente, un mecanismo de garantía.

cooperador⁵². Todo ello puede que en la praxis estuviese atenuado con base en el intervencionismo estatal a través de órganos⁵³, en teoría independientes, como es el caso del Consejo de Vigilancia (art. 27)⁵⁴, que velaba, entre otras cosas, porque el lucro de los asociados no fuese la finalidad de la persona jurídica, pero en todo caso debe reseñarse que la sanción de esa conducta, (como indicamos *supra* al principio de éste apartado), no era ya tan severa como en la Ley que se derogaba.

La redacción del Reglamento del 11 de noviembre de 1943 trae consigo, bajo nuestro punto de vista, tres novedades, que no por ello mejoras, en el régimen jurídico de aspectos que encontramos de gran relevancia en el tema que nos ocupa. Estas novedades se introducen en el régimen jurídico que se contiene principalmente en los artículos 75, 13 y 4.e R43.

En un primer lugar, destacamos el uso que hace el art. 75 R43, por primera vez en nuestros textos legales, del término «retorno», aunque sin ocuparse de ofrecer un contenido jurídico a la figura.⁵⁵ Aún así, alguna doctrina ha entendido acotado el concepto a través del art. 19 R43, cuando señala el legislador que: «la diferencia numeraria entre las cantidades dedicadas a fondo de reserva y obras sociales y el total de los márgenes de previsión o excesos de percepción se destinarán a los fines propios de las cooperativas»⁵⁶ Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, entender que el art. 19 R43 es uno de los precedentes directos del régimen del retorno cooperativo nos parece, al igual que apuntamos en el caso del art. 20 L 42, cuanto menos exagerado, ya que desde dicho precepto con la mención de los «fines propios de la cooperativa» se alude

⁵² Así, en unos términos quizás mas moderados apunta la doctrina contemporánea a la redacción de la Ley que: «La finalidad ha de ser económico-social. Así lo dice la Ley. Que el que esta finalidad no sea lucrativa no significa que se prohíba. Es decir, que lo que no debe o puede hacer la coop. es tender directamente como finalidad exclusiva a obtener lucro o ganancia. Pero si en el cumplimiento de esos fines económicos-sociales consigue ese lucro, no por eso deja de ser coop. Nada de lucro directo o de que éste sea esencial, pero sí la posibilidad de que éste sea mediato o accidental», *vid.*, AMORÓS RICA, N., *Op. cit.*, pg 22.

⁵³ *Vid.*, VERGEZ, SÁNCHEZ, M., *Op.cit.*, pg 29.

⁵⁴ Sobre la no configuración del Consejo de Vigilancia como órgano exclusivamente cooperativo, *vid.*, AMORÓS RICA, N., *Op. cit.* pg 63.

⁵⁵ Art. 75 R43: «La obra sindical de Cooperación velará especialmente porque las Sociedades cooperativas no desvíen su verdadero sentido, asegurándose de que la determinación de márgenes de previsión y excesos de percepción, fondos de reserva y obras sociales y retornos cooperativos se ajusta a criterios normales y no encubre beneficios indebidos de los asociados, en perjuicio del fin social de la Entidad».

⁵⁶ En este sentido, AMORÓS RICA, N., *Op. cit.* pg. 57, párr.2º: «Encontramos una antinomia entre los artículos 14 y 19 del reglamento, reguladores, el primero, del remanente líquido, y el segundo de retorno cooperativo...»

de una manera muy genérica tanto al retorno como a cualquier otro sistema cooperativo de distribución. Todo esto, claro está, si partimos de que el reparto entre los socios es uno de los fines propios de la S.Coop., ya que de otro modo lo que se consigue con el tenor literal del art. 19 R43 es justo lo opuesto, esto es, la imposibilidad de llevar a cabo retornos, por no ser éstos considerados «fines propios de la cooperativa». El retorno, según como es hoy entendida la figura⁵⁷, si se aplicase en la praxis, no sería más que el resultado de la autonomía de las partes proyectada en los Estatutos y con una casi inexistente base legal. Un acierto hubiera sido, al menos, que se hubiese especificado en qué podían consistir los fines propios de la sociedad a los que alude el art. 19 R43. En suma, no creemos en modo alguno que por el aislado y vacío uso del término en el art. 75 R43, o por el inexacto o incompleto contenido que se formula en el art. 19 R43, se consiga con el Reglamento un paso hacia adelante en la regulación de los retornos. Hubiese sido deseable que el art. 20 L42 encontrase su desarrollo en el presente Reglamento, esto es, que el R43 se hubiese ocupado de aclarar que el régimen jurídico del art. 20 L42 servía para las demás clases de S.Coop. y así se generalizase el sistema de proporcionalidad del reparto con la actividad de los socios ahí establecido, si bien añadiendo datos que regulasen el establecimiento de este sistema, alejándolo y diferenciándolo principalmente del reparto de dividendos, o bien dejando si quiera su aplicación lejos de cantidades originadas por actividades con terceros y reconduciendo

⁵⁷El alcance y el contenido del retorno, es el resultado del pensamiento doctrinal que se viene formando, simultánea y paralelamente, desde el primer texto de S.Coop. español, y es éste el que se ha de tener en cuenta como punto de partida por resultar, en todo caso, más armónico, riguroso y respetuoso que el legislador español con el espíritu cooperativo. Así, los términos de «proporcionalidad», «correlación» y «derogabilidad» son sin dudas esenciales para la aprehensión del concepto, como siempre ha dejado señalado la doctrina. Por un lado se debe entender según VICENT: CHULIA, F., «La Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas Estatal», *RGD*, nº 663, diciembre, 1999, pg. 14580 que: «Los retornos se acreditan a los socios en proporción a la actividad cooperativizada que cada uno ha realizado con la cooperativa». Por otro lado, destacamos la necesidad de la efectiva correlación que debe establecerse entre la cantidad repartida y la actividad que la origina. Así *vid.*, AMOROS RICA, N., *Op.cit.*, pg. 58 según el cual «...si la distribución del beneficio líquido o retorno cooperativo se efectúa poniéndolo en relación con las aportaciones, se tratará de un dividendo, mientras que si se hace mediante el mecanismo de distribución cooperativista, será un retorno cooperativo. Esta conclusión, que tiende a diferenciar de una manera clara y sencilla los dividendos y los retornos cooperativos, no entra en el origen de las cantidades a repartir, ya que si esas cantidades a repartir o beneficio se han producido como consecuencia de operaciones extra-cooperativistas, aunque el mecanismo de distribución sea el propio de las sociedades que estudiamos, no será verdadero retorno y sí dividendo». Por último, destacamos la importancia del momento en que se debe acreditar el retorno para poder afirmar que se trata de un instituto que se encuentra interrelacionado con las restantes figuras que comportan el régimen económico de una S.Coop.. La doctrina refleja claramente esta línea de pensamiento, esto es, la configuración del retorno como derecho derogable, cuando elogia la dotación de los fondos como destino final. Se confirma así el carácter derogable del derecho del retorno en favor de los fondos e indirectamente se justifica el momento - posterior siempre a los fondos- en el que tiene sentido la ejecución del retorno. Así *vid.*, ARCO ALVAREZ: «Régimen...», *cit.*, pg. 8

así el erróneo cauce con el que se desarrolla la figura en el presente precepto. De todas formas, sí es elogiable la concepción prioritaria que la idea de autosuficiencia tiene en la SCoop. frente a los demás fines y ello se comprueba cuando observamos que el legislador ha colocado en un lugar principal a los fondos de reserva y las obras sociales en el art. 19 R43 respecto del posible reparto entre los socios. Bajo una concepción global del retorno cooperativo, en cuanto al momento de su acreditación, sí se podría hablar, aunque sólo desde datos indirectos, de una aproximación al mecanismo del retorno cooperativo en tanto que de efectuarse en la praxis sólo sería posible tras la dotación previa de ciertas cantidades a los fondos. De todos modos, bien es cierto que lo ahí expuesto es tan superficial que, del mismo modo, lo que se predica en el art. 19 R43 podría servir para construir las bases de una distribución bajo el sistema de reparto de dividendos⁵⁸.

En un segundo lugar, con el art. 13 R43 se incluye en el régimen jurídico de las SCoop. una cantidad obligatoria mínima de los rendimientos líquidos de cada ejercicio que debe destinarse a cubrir los fondos. Esta técnica de fijación de cantidades mínimas tuvo su precedente en España en el art. 13 L31, aunque fue abolido por la legislación posterior. En todo caso, el Reglamento trae de nuevo dicho sistema, elevando la cifra del 10 por 100 que en 1931 se establecía, a un 25 por 100, pero sin que ello suponga mayor nitidez en el régimen jurídico aplicable a los fondos, pues carecen de una estructura ordenada que al menos señale con seguridad el origen de las cantidades que lo comportan⁵⁹, la finalidad de los mismos, los desembolsos anteriores para gastos prioritarios, etc... Es de destacar, además, la imprecisión que existe, como ya existía en la L31, en cuanto a la cifra que se debe destinar a la constitución de cada uno de sus fondos obligatorios. Lo que ofrece el R43 es una cantidad genérica de rendimientos líquidos de cada ejercicio para engrosarlos indiscriminadamente, esto es, sin detallar el orden de prelación entre ellos o la cantidad específica en que se ha de dotar cada uno.

⁵⁸ El art. 214 LSA vigente señala la importancia de la formación de reservas como fase previa al reparto de dividendos: «En todo caso una cifra igual al 10 por 100 del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que ésta alcance, al menos, el 20 por 100 del capital social.», art. 216.b, Cantidades a cuenta de dividendos: «La cantidad a distribuir no podrá exceder de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio, deducidas las pérdidas procedentes de ejercicios anteriores y las cantidades con las que deban dotarse las reservas obligatorias por Ley o por disposición estatutaria...»

⁵⁹ El R43 deja cantidades sin regular, como es el caso de las posibles cantidades que del cese o expulsión se pueden deducir a los socios como se refleja en el art. 6 R43. Desde la doctrina encontramos propuestas para el uso de esas cantidades, como por ejemplo AMORÓS RICA, N.; *Op. cit.* pg. 42, el cual señala que esta deducción ha de servir para amortizar la responsabilidad que sigue teniendo el socio por el resultado de todas las operaciones realizadas antes de su separación.

En un tercer lugar, se incluye una clara nota capitalista en el art. 4.e. R43 en los siguientes términos: «De conformidad con lo dispuesto en el artículo octavo de la Ley, como complemento de sus preceptos, habrá de tenerse en cuenta en los estatutos sociales lo siguiente:... La igualdad de derechos de los socios de que habla la letra e del artículo octavo de la Ley, no impide que sean disfrutados en proporción a sus aportaciones». Este precepto acentúa, aun más si cabe, la desvirtuación hecha por la L42 del propio modelo cerrado normativo que pretende forjarse y ya no sólo de la figura del retorno⁶⁰.

La doctrina, ante la redacción del art. 4.e R43, intentó resolver el «extraño» contenido normativo⁶¹ a través de la exposición de una idea más vasta de aportación y evitar la capitalización de la SCoop. en los siguientes términos: «... si la referencia es a las aportaciones al capital social, el precepto reglamentario dice algo que es inadmisibles en buena doctrina cooperativa, y que sólo puede aceptarse si se refiere a las aportaciones que regula el comentado artículo 12 del Reglamento, porque es cierto que una clase de derechos del socio es el derecho a los retornos cooperativos, y éstos han de efectuarse proporcionalmente a las entregas de productos o materias efectuadas por el socio para la gestión cooperativa»⁶²,

En consecuencia, el modelo cooperativo cerrado pero «defectuoso» que acoge el legislador en la L42, no sólo no se corrige con su R43 sino que con el controvertido, por desubicado, contradictorio e inexplicable contenido del art. 4e R43, se contribuye a remarcar aún más el defecto del que ya adolecía el modelo de SCoop cerrado que pretendió el legislador en 1942.

⁶⁰ La doctrina en ocasiones criticó el precepto con firmeza en virtud de la incoherencia que ahí se establecía con la naturaleza del tipo, por entender que ello afectaba al mismo significado de la cooperación. *Vid.*, AMORÓS RICA, N., *Op. cit.* pg. 40, el cual señala que a través del art. 4e R43 se: «admite la posibilidad de que el disfrute de los derechos pueda ponerse en relación con las aportaciones del socio, lo que claramente introduce el mecanismo de distribución capitalista, basado esencialmente en el principio de la importancia o cuantía de la aportación, olvidando la trascendencia de la actividad personal, de la aportación en especie o de la cuantía del consumo». En este mismo sentido, *vid.*, VERGEZ SANCHEZ, M., *Op. cit.* pg. 32.

⁶¹ Consideramos el contenido del art. 4e R43 «extraño» porque su tenor literal permite repartir beneficios bajo un criterio únicamente capitalista, esto es, en proporción al capital. El contenido que recoge es claramente contrario a lo que promueve el cooperativismo, y en particular al art. 10 R43, el cual es claro cuando señala que: «Queda terminantemente prohibido repartir dividendos activos al capital social».

⁶² ARCO ALVAREZ, J. L., «Régimen económico...», *cit.* pg. 25, ap. 3º A).

Casi treinta años después se deroga el R43. Los motivos que impulsaron el decreto 2396/1971, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de cooperación, aparecen claros en su Exposición de Motivos. De entre ellos, destacamos la idea de «conseguir empresas más eficaces y competitivas dentro y fuera del mercado nacional». En cualquier caso, con la nueva redacción no se termina de dotar a este tipo de instrumentos propios de empresas que actúan y compiten en el mercado. Sin embargo, sí se reconoce la necesidad que tiene la SCoop. de desarrollarse en el mismo tráfico jurídico que el resto de las sociedades mercantiles. Creemos que por ello, y para que el tipo no se encuentre en desventaja frente a las demás estructuras que ahí concurren, se consideró oportuno dotar a la SCoop. de los mecanismos necesarios para mantenerse e incluso competir con aquellas, aunque ello no se recogiera, finalmente, en el plano jurídico material de la norma y quedase reducido a una mera intención presente en el plano jurídico formal de la Ley⁶³.

El caso es que el 13 de agosto de 1971 se deroga el R.43 y se añaden al texto novedades de interés⁶⁴. Por un lado, destacamos la novedad que constituye el hecho de aplicar el sistema de retorno a todas las clases de SCoop. Por otro lado, consideramos que es una novedad relevante el hecho de que la idea de mutualidad, rara vez mencionada en texto legal alguno, se pretenda reforzar bajo el mandato del R.71, en concreto para las SCoop. de las clases escolares, juveniles y de viviendas⁶⁵. Sea como fuere entendemos que la labor que desde ahí se promueve es difícilmente ejecutable, toda vez que los mecanismos que impulsan la competitividad de una sociedad en el tráfico jurídico mercantil han de ser, si no opuestos, sí al menos diferentes, y a veces incompatibles, con los que impulsan la idea de mutualidad.

⁶³ En general, sobre las carencias y dificultades del régimen regulador de las S.Coop. en el R.71. *vid.*, VERGEZ SANCHEZ, M., *Op. cit.* pgs 34 y ss.

⁶⁴ No cabe duda que la intención del legislador del Reglamento de 1971 fue positiva. Hay que recordar que el Convenio de Viena, con su respectiva promulgación de los seis principios de cooperación, se había realizado ya en 1966 y que el legislador español se vio influenciado por ello. De todos modos, el resultado no fue del todo satisfactorio, ya que este Reglamento desarrollaba una Ley rígida marcada por una mala técnica legislativa. No olvidemos que la redacción de la L.42 tuvo más en cuenta las necesidades políticas del momento que las jurídicas, no en vano se la ha conocido bajo el nombre de «Ley autoritaria». Lo deseable era, sin duda, la derogación de la propia Ley.

⁶⁵ La Exposición de Motivos del R. 71, en su 3er y 4º criterio recogen el interés de la reforma por reforzar la mutualidad en las clases de S.Coop. escolares, juveniles y de viviendas.

Es obvia la mejora de técnica legislativa de la redacción del presente Reglamento, no en vano ya habían sido redactadas las leyes para los tipos SA (Ley de 17 de julio de 1951 de sociedades anónimas) y SRL (Ley 17 de julio de 1953, sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada)⁶⁶. De la misma manera, la redacción se ve positivamente influenciada por la elaboración de los principios de la ACI (1966) y aunque no se refiera a ellos directamente, sí que entendemos que gracias a las reglas ya proclamadas por la ACI el legislador acotó, mejor en unos casos y por primera vez en otros, temas tan relevantes en toda S.Coop. como son el capital variable, la colaboración entre las S.Coop., la adecuada constitución de los fondos y el retorno, entre otros aspectos del cooperativismo.

En cuanto al tratamiento que recibe el lucro, creemos que se puede resumir con que lo sigue situando en un lugar principal. Forma parte del conjunto de directrices que da el legislador en el art. 1 R71 para configurar una S.Coop. y en concreto es considerado un objetivo prohibido de las S.Coop.. Como quiera que sea, es de justicia señalar que, primero, su alcance queda matizado posteriormente en su ap. 2º de la siguiente forma: «el lucro a que se refiere el artículo 1º es el que supone un beneficio exclusivo para la intermediación»⁶⁷, y segundo, que aunque reducido el lucro al significado que en el ap. 2º se expone, y no elevando su persecución, como en ordenamientos anteriores, a motivos de multa (arts. 32 y 43 L.42) o de descalificación del tipo (art. 45 L31), el legislador logra igualmente una armonía con los modelos cooperativos tradicionales. Consigue así conformar un modelo cerrado, sin centrarlo ni en la inexistencia del lucro, ni en el establecimiento de un régimen altamente restrictivo

⁶⁶ Los cambios legislativos se vieron también influenciados por los cambios en el ámbito político, o lo que es lo mismo, el abandono de los conceptos políticos vinieron de la mano de un nuevo orden de Estado.

⁶⁷ En relación a la idea de lucro en la intermediación se ha señalado por nuestra doctrina, en concreto por LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *Mutualidad...cit.* pg. 427 últ. párr. y 428 párr. 1º, que: «... los excedentes del precio de distribución en lugar de ser sustraídos por el comerciante intermediario son retenidos por la sociedad y restituidos por ella bajo la denominación de ahorros, bonificación o simplemente retornos. De este modo el beneficio es restituido al socio comprador de quien había sido tomado».

Sobre el mismo tema se ha apuntado por ARCO ALVAREZ .J.L., «Régimen económico...», *cit.*, pg. 6, párr. 6º, que: «De igual modo, cuando se afirma que las cooperativas luchan contra los intermediarios quiérese aludir exclusivamente a los intermediarios parásitos o innecesario, que al interferirse en el proceso económico, esto es, en el camino que lleva los productos del productor al consumidor determinan igualmente el encarecimiento y el enriquecimiento abusivo que venimos denunciando».

en torno al mismo⁶⁸. Esto es, consigue, sin valerse de mecanismos represores carentes de justificación jurídica, respetar el espacio de convivencia con el principio de mutualidad, a través, básicamente, de procurar que la SCoop. sea una estructura autónoma donde sólo se recompense el trabajo que ahí desarrollan sus miembros sin premiar nunca la especulación.

En este sentido, destacamos el art. 22 R71, relativo al régimen jurídico de las operaciones que la SCoop. puede efectuar con los terceros. Como ya se ha señalado en diversos momentos, el régimen jurídico de las operaciones con terceros es principal para conseguir coherencia y armonía en el difícil binomio competitividad-mutualidad. La buena técnica legislativa del R.71 en este tema se resume no en el control de las operaciones con los terceros sino en la siempre imposible opción de repartir entre los socios las cantidades que por las actividades de la S.Coop. «no propias» o lo que es lo mismo, las que se realizan con «no cooperadores», pudiese percibir la sociedad. Si existen dichas cantidades, se deberán destinar «íntegramente a engrosar el fondo de obras sociales», como seguidamente indicaremos⁶⁹.

De todas formas, aunque el lucro y su prohibición empiecen a estar en un segundo plano, no hay que olvidar que todo aquello que constituya una desviación grave del objeto social principal de la S.Coop. conllevará la remoción de los órganos directivos como responsables del funcionamiento y de la gestión de la entidad (*vid.* art. 92 R71). En este sentido, el Reglamento aclara en dos de sus preceptos las actividades lícitas que pueden desarrollarse en sede del objeto social de la S.Coop. Estos son el art. 22 R71 y el art. 50 R71, respectivamente para las S.Coop. en general y las de consumo en particular. El primero de ellos lleva como rúbrica «operaciones especiales», el cual permite fundamentalmente dos cosas. En primer lugar, faculta a las S.Coop. para

⁶⁸ El art. 92 R.71 alude a la remoción de los órganos sociales directivos por desviación grave del objeto social. Aquí en principio podría quedar insertada la prohibición de la persecución del lucro, *vid.* ARCO ALVAREZ J.L., «Régimen económico...», *cit.*, pg. 6, párr. 6º.

⁶⁸ El art. 92 R.71 alude a la remoción de los órganos sociales directivos por lucro, aunque al no recogerse expresamente la concreta prohibición de la finalidad de lucro por la sociedad, entendemos que igualmente tendría cabida su persecución si el objeto social de una S.Coop. fuese precisamente la «potenciación de las economías de sus miembros», como sagazmente ya señaló el maestro GIRON TENA, J., *Derecho de Sociedades*, Tomo I, Madrid, 1976, pg. 96 y 97.

⁶⁹ Otro contenido del R.71 que demuestran la importancia del control de los aspectos capitalistas de la S.Coop. lo conforma el art. 4º, aps. J, k y l R.71. El régimen que se recoge limita el interés legal que los socios pueden percibir por sus aportaciones obligatorias y establece la prohibición del reparto de dividendos entre los socios.

transmitirse entre sí los productos ya adquiridos para su aprovechamiento en virtud del principio de solidaridad. Por otro lado, autoriza, a través del Ministerio de Trabajo, a que se pueda operar con terceros cuando de otro modo se produzca una disminución razonable de la actividad social, calificando, en todo caso, esta situación de «circunstancia excepcional» y señalando, como ya anteriormente referimos, que los resultados así obtenidos se «destinarán íntegramente a engrosar el fondo de obras sociales». El art. 50 R.71, por su parte, entiende que no se infringe el art. 43 L.42, destinado éste a limitar, bajo supuestos tipificados, las operaciones que se pueden realizar con los terceros en el seno de una S.Coop. de consumo, siempre que los terceros que utilicen los servicios de la S.Coop. sean aspirantes al título de socio. De la misma forma que hace con el precepto dedicado a la limitación de las S.Coop. en general para relacionarse con terceros (art. 22 R.71, L.42), el Reglamento señala aquí para las S.Coop. de consumo, que el posible resultado positivo de estas operaciones irán, en todo caso, a cubrir el fondo de obras sociales y el de reserva. De este modo, lo que se logra indirectamente es que el único mecanismo de reparto posible entre los socios sea el retorno cooperativo que, como sabemos, sólo se nutre de resultados originados por operaciones propias de la S.Coop. y no por operaciones especiales, excepcionales, extraordinarias o extracooperativas, en las que, en definitiva, no interviene el socio y que el R71 deja fuera del alcance de los cooperativistas en cualquier caso.

En cuanto a los fondos se refiere, se avanza en el esclarecimiento tanto del origen de las cantidades susceptibles de servir para la constitución de los mismos, como del momento del ejercicio económico en que se debe producir dicha dotación⁷⁰, aunque

⁷⁰ El art. 13 R.71, establece el régimen para las cuotas de ingreso o periódicas. Se trata de unas cantidades que no forman parte del capital social y que se destinan al fondo de reserva irrepartible.

El art. 17. 2 R.71, mantiene la genérica dotación para toda clase de S.Coop, a los fondos de reserva y obras sociales, del 25 por 100 de los rendimientos líquidos de cada ejercicio.

El art. 22.3 R.71, destina al fondo de obras sociales los resultados obtenidos tras operar con terceros.

El art. 49.4 R.71, dota al fondo de obras sociales con las sumas de las cantidades obtenidas por la entidad como resultado del pago de multas por los socios en el caso de incumplir las reglas, en las S.Coop. de vivienda, en cuanto a la cesión de los derechos sobre a lo que el inmueble se refiere.

El art. 49.5 R.71 se ocupa de la dotación de ambos fondos con las rentas de sus locales tras la amortización de los beneficios obtenidos de Entidades oficiales.

El art. 50 .4 R.71 regula en las S.Coop. de vivienda el destino a ambos fondos del exceso de percepción que las S.Coop. de consumo obtengan con los aspirantes a socios.

El art. 57.2 R.71 establece incluso que en caso de liquidación del haber social, éste nunca será susceptible de reparto entre socios y que en caso de silencio estatutario se destinarán al fondo de obras sociales.

El art. 18.1 R.71 aclara que la dotación expresada en el art. 17.2 R.71 se realizará una vez deducida «toda clase de gastos generales y los intereses, y el anticipo laboral que corresponda, en su caso, al socio-trabajador como retribución normal a un trabajo de la misma clase en la localidad».

sigue habiendo cantidades con un destino incierto y, en general, se echa en falta una normativa que fije la finalidad de los mismos⁷¹.

Una vez abordado el tratamiento jurídico que reciben todas aquellas materias que colindan con la figura del retorno, nos centramos en ésta a través del art. 20 R71 que establece: «Retornos, reservas voluntarias y otros fines.- Las diferencias numerarias entre el total de los rendimientos líquidos y las cantidades dedicadas a fondos de reserva y obras sociales se podrán destinar a efectuar retornos cooperativos a la constitución de reservas voluntarias o a otros fines propios de la Sociedad cooperativa, conforme a lo previsto en los Estatutos y en los acuerdos de las Juntas generales».

La misma rúbrica del precepto que nos ocupa nos adelanta lo que luego se concreta por el legislador, esto es, el retorno no es un derecho del socio, sino una opción que se ejecuta en la sociedad si así quedó establecido en los Estatutos o, en su caso, en la AG, siempre y cuando se haya procedido a la dotación de los fondos.

Con el R71 quedan cerradas todas las posibilidades de que el asociado reciba cantidades que se fijen teniendo en cuenta su aportación social⁷², o bien que resulten tanto de su no participación activa en el desarrollo del objeto social, como del desarrollo de operaciones permitidas pero, al fin y al cabo desarrolladas con terceros y en

⁷¹ El art. 14. 2 R.71, al referirse a las deducciones efectuadas al socio en algunos casos de baja, señala, únicamente, que no ascenderá esa deducción al 10 por 100 de su aportación obligatoria al capital social, dejando sin aclarar, al igual que sucedía en el Reglamento anterior, si se trata de cantidades que se destinarán a los fondos o no. Entendemos que, como señala el art. 17.1 R.71, dependerá de lo que recojan los Estatutos y en su caso, de los acuerdos que las Asambleas Generales adopten, pero sin garantizar por ello que, realmente, esas cantidades tengan por finalidad el engrosamiento de los fondos.

En relación con la exacta dotación que hay que hacer al fondo de reserva o al de obras sociales, el R.71 guarda silencio y, teniendo en cuenta la función que la doctrina ha venido entendiendo que tiene el fondo de reserva, esto es, procurar estabilidad y garantía, sería peligroso engrosar al fondo de obras sociales en detrimento del de reserva. Las razones que avalan esta preocupación por el gran margen de discrecionalidad que queda en manos de los Estatutos y de la AG, y en todo caso, para un ulterior estudio sobre la importancia de la función de garantía y financiación del capital social que los fondos tienen en una S.Coop, *vid.* VERGEZ SANCHEZ, M., *op. cit.*, pgs. 37, 38, 39 y 40.

La doctrina sí ha señalado, con mayor claridad, la finalidad de los fondos cooperativos. Al fondo de reserva se le ha reconocido la finalidad de verdadera reserva social como garantía de formación de un patrimonio social con el que responderá en su caso la sociedad. El fondo para obras sociales tiene, sin más, la finalidad que su propio nombre indica, *vid.*, VERGEZ SANCHEZ, M., *op.cit.*, pg. 39.

⁷² Se deroga el controvertido y criticado contenido del art. 4.e del anterior Reglamento, que permitía la desigualdad de los derechos entre los socios a través de la inserción de mecanismos capitalistas. Los derechos de los socios no se medirán, pues, por criterios de evaluación de la cifra a la que asciende su aportación al capital sino en virtud del grado de participación del socio a través del consumo de un producto o de la prestación de un servicio (art. 4.e R.71).

definitiva, de operaciones excepcionales que de procurar beneficios a los socios sin control desdibujarían de raíz la propia estructura cooperativa.

No cabe duda de que con la nueva redacción se esclarece y mejora el régimen de la singular figura del retorno, aunque ello no signifique que el Reglamento se halle carente de defectos de fondo y forma. De todos modos, consigue un retorno puro y, por ende, la implantación de un sistema tajante que adopta claras posiciones frente a las cantidades que no han de ser susceptibles de reparto entre los socios, es decir, las originadas por operaciones extraordinarias o extracooperativas, quedando así más acorde, incluso que lo que en nuestra LCoop se señala para los mismos extremos, con el espíritu cooperativo, los principios de la ACI y el concepto de mutualidad, que es en definitiva, lo que imprime fuerza singularizadora al modelo normativo cerrado. Pero lo que elogiamos no es la elección de un único modelo normativo que a su vez sea cerrado, sino la armonía de los institutos que lo conforman.

Así vemos como el R71 intenta casi un imposible y es el desvincularse de la Ley que desarrolla. No pudo ése hacer mucho más, dado el marcado carácter político y autoritario de la L.42, pero, sin duda, sí que consigue que por primera vez en el ordenamiento español se aborden los temas más relevantes de las S.Coop. con una proyección más jurídica que política y con el respeto que entendemos que merece lo que la ACI proclama para la estructura cooperativa

3.1.2. El período posterior al Congreso de Viena de 1966

a) Ley 52/1974, de 19 de diciembre de cooperativas

La L74⁷³, se trata de una norma marcada por el acercamiento de la figura de la S.Coop. al régimen del comerciante, dejando al margen, pues, la tradicional idea que el

⁷³ El desarrollo de la L.74 se hizo esperar. Su Reglamento fue promulgado por el RD 2710/1978, de 16 de noviembre, que ha sido tildado de poca vigencia práctica aunque sí influyente para las posteriores normas que en esta materia se sucedieron. Así *vid.*, PANIAGUA ZURERA, M., pg. 43.

Derecho mercantil se destina sólo a la especulación y al capitalismo⁷⁴. Es decir, a través de la nueva regulación se deja clara por vez primera la intención de hacer partícipe del mundo empresarial a una estructura diferente. Se busca así el desarrollo de la actividad cooperativa en un tráfico jurídico mercantil hasta el momento reservado a figuras asociadas a la persecución del lucro. A pesar de ello, bajo esta Ley se alza una S.Coop. construida con base en los principios más puros del cooperativismo, esto es, los principios de la ACI y el principio de mutualidad⁷⁵. Sin embargo, el legislador no hace por ello depender el concepto de S.Coop. de la inexistencia del ánimo de lucro, lo cual nos resulta del todo acertado por corresponder mejor a la teoría general de sociedades, la cual se construye en virtud de las diversas estructuras y no de los diversos fines⁷⁶. En todo caso, mantiene la imposibilidad de dar acogida a los socios capitalistas⁷⁷ y así aleja a la S.Coop. de cualquier otra estructura que pueda fomentar la desvinculación y despreocupación del socio por la vida de la sociedad⁷⁸.

A diferencia de lo que sucedía en leyes anteriores⁷⁹, queda ahora clara la obligación de desembolsar un capital por parte del socio para adquirir la condición de

⁷⁴ En numerosas ocasiones el legislador de algún modo no deja de señalar la estrecha vinculación de la S.Coop. al comerciante, es en el caso del considerando núm. 20, de la Ex.Mot. 74, cuando señala que: «convencida de que la cooperativa como empresa es una nueva fórmula de convivencia dentro de las unidades de producción, pero que no puede desvincularse de las exigencias comunes al propio hecho empresarial...». En este mismo sentido, *vid.*, VICENT CHULIÁ, F., «Las empresas mutualistas y el derecho mercantil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 512, 1976, pg. 131, párr. 2º.

⁷⁵ La doctrina en ocasiones ha señalado cómo las bases en las que es construida la S.Coop., ofrecidas a través del art. 1º L.74, obedecen a una serie de ideas que nosotros venimos englobando bajo el término de «S.Coop. cerrada», que describen el sistema de la autoayuda, la reciprocidad, el autoesfuerzo, el retorno cooperativo, la no especulación, en definitiva la mutualidad y los principios de la ACI, *vid.*, PAZ CANALEJO, N., *El nuevo... cit.*, pgs. 12 a 16.

⁷⁶ *Vid. supra* not. núm. 8.

⁷⁷ El art. 11.3. L.74 califica como «falta grave» el incumplimiento de la disposición que prohíbe el acogimiento de socios capitalistas.

⁷⁸ Entre otros preceptos de la L.74, son ejemplos de disposiciones que entendemos que fomentan la estrecha relación e interdependencia entre socio-sociedad sin base en el mero interés pasivo de la especulación los siguientes preceptos: el art. 1º L.74, fundamentalmente cuando señala «la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros»; el art. 2. 1. d, L.74 al referirse a la «limitación del interés que los socios puedan percibir por sus aportaciones al capital»; el art. 2.1.e., L.74, que apunta el «retorno cooperativo»; el art. 2.1.g., L.74, el cual señala «la colaboración con otras entidades cooperativas»; el art. 6.4, L.74, por el que se establece la prohibición de participación de socios capitalistas o empresarios; el art. 10.1.b, L.74 por el que se fija el establecimiento, por primera vez, de participar en las actividades y servicios cooperativos como una de las obligaciones principales del socio, con la efectiva sanción por su incumplimiento o su insuficiente cumplimiento en el art. 11. 3.c. L.74. En relación con este último precepto, entendido como principal obligación del socio, *vid.*, VICENT CHULIÁ, F.; «Las empresas mutualistas...», *cit.*, pg. 99.

⁷⁹ La L.42 en su art. 15 daba cabida al socio industrial. Por su parte, en la L. 31 no se establece una normativa base que dispusiese el concreto mecanismo de acceso a la S.Coop. a través de un desembolso al capital (salvo para las S.Coop. populares, art. 21, párr. 3º L31, donde, al menos, se hablaba del límite de 300 ptas al que tenía que ascender como máximo la aportación de cada socio sin señalar, de todos modos, la clara obligación del desembolso de una cantidad mínima).

socio. Así se recoge en el art.13 L.74, a través de la mención de que «el capital social estará constituido por las aportaciones obligatorias de los socios...», disposición que va después acompañada del eficaz precepto 18.1.c l. 74, en el que tal incumplimiento es calificado de «falta grave», sin convertirse por ello en condición única ni principal para adquirir el *status* de miembro cooperador⁸⁰, y mucho menos que pueda servir de medida de derechos y obligaciones del mismo⁸¹.

Al no tener cabida bajo esta Ley la vulneración del modelo cooperativo cerrado, principalmente por no poder vulnerarse la regla cooperativista de nunca repartir entre los socios aquellas cantidades que no se originaron por su intervención⁸², quizás no entendió el legislador la pertinencia de la inserción de un régimen de contabilidad separada de los resultados en función del tipo de actividad que los originaba, aunque ya hubo voces autorizadas que en alguna ocasión señalaron la idoneidad de dicho régimen, toda vez que, aunque controladas, sí que se podían realizar operaciones entre la sociedad y los terceros. Este deseo por establecer una contabilidad separada de los resultados atendiendo a los sujetos que intervienen en la consecución del objeto social, surge en la doctrina con la finalidad de alejar los resultados no cooperativos del alcance de los socios cooperadores como destinatarios finales⁸³.

Por otro lado, no hemos encontrado en esta Ley un precepto destinado a regular el régimen de control de las operaciones que pudiese en su caso desarrollar la sociedad con los terceros, pero esta claro que se entiende, por alusiones en diversos preceptos, que las operaciones con terceros son posibles, eso sí, considerándolas siempre como actividades extraordinarias. Estarán éstas controladas por el Estado y, en todo caso, nunca los resultados económicos positivos originados por este tipo de operaciones

⁸⁰ Recordemos que dentro de los deberes del socio está la obligación de la participación en la consecución de la actividad cooperativizadora de la S.Coop.

⁸¹ Ejemplos claros de que el capital no determina la posición jurídica del socio dentro de la sociedad son: la regulación del retorno cooperativo como único mecanismo de reparto de los excedentes entre los socios, aún así configurado como derecho derogable de los socios (art.18), y la persistencia de la regla «un hombre, un voto» para ejecutar el derecho a votar por los socios en la AG (art. 25.1.a pár.1º y c).

⁸² Art. 17. 3.: «El fondo de Educación y Obras sociales estará destinado preferentemente a la educación y promoción de los socios de la cooperativa... Asimismo, se destinarán a este Fondo los resultados positivos que se obtengan de las operaciones de carácter extraordinario de la cooperativa con terceros, en los casos en que se autoricen por el Ministerio de Trabajo, previo informe de la organización Sindical».

Art. 20.2. «Destino final de los Fondos Sociales- El fondo de Educación y Obras sociales será irrepartible entre los socios; en caso de liquidación se aplicará a los fines señalados estatutariamente o a los que, ajustándose a la naturaleza de dicho Fondo, señale la Asamblea General».

⁸³ Vid. DEL ARCO, J.L.; «Financiación...», *cit.* pg. 42, ap. a), párr. 4º.

podrán ser susceptibles de reparto entre socios⁸⁴, o lo que es lo mismo, no cabe claramente un reparto a través de dividendos.

En relación con el régimen jurídico que establece la Ley para los fondos en los arts. 17 y 20 L.74, se observa una progresiva mejora en cuanto a la claridad de su estructuración, finalidad y dotación⁸⁵. Lo que nos interesa aquí indicar principalmente de ese régimen es la prioridad de los fondos en el orden de prelación que se establece para la distribución de los excedentes, y la irrepartibilidad de los mismos, al menos durante la vida de la sociedad⁸⁶. Entendemos que el régimen de los fondos remarca el carácter «autosuficiente» que se predica de la mutualidad en la cooperación.

En suma, el modelo cooperativo que se conforma consigue seguir los cauces de un puro modelo cerrado pero con una mejor técnica, debido a que su clausura no se basa en un fuerte intervencionismo, caracterizador hasta el momento de épocas anteriores⁸⁷, ni en una excesiva preocupación por alejar el lucro de la sociedad. Lo que se pretende, sin más, entendemos que es crear una estructura que amparase la actividad que desarrollaban los cooperativistas como medio para alcanzar un fin, cualquiera que sea éste, y que ello sea organizado, principalmente, de forma autosuficiente⁸⁸. Se han buscado en esta ley, pues, los mecanismos para que los socios, en principio sólo con su ayuda-mutua, consigan superar esa «carencia» que les une de forma definitiva, y les sirve de causa para su matriculación en la sociedad⁸⁹.

⁸⁴ *Vid.* art. 17.3 de la L.74.

⁸⁵ En todo caso, en relación a las contradicciones, carencias y lagunas que presenta el régimen de los fondos bajo esta Ley, v.; DEL ARCO, J.L., «Financiación...», *cit.*, pgs. 52 y 53.

⁸⁶ Algunas reflexiones en torno al destino de los fondos en la liquidación, *vid.*, ARCO ALVAREZ, J.L., «Financiación...», *cit.*, pgs 52 párr. 5º.

⁸⁷ Ejemplo claro del alejamiento del Estado en las vicisitudes de índole puramente jurídico-privadas es la desaparición con la L.74 de la facultad del Ministerio de Trabajo de disolver la S.Coop. como se preveía en el R.31 en su art. 51. párr. 1º; en la L.42 en su art. 29.a) y en el R43 en el art. 88, ap. 2º. Sin embargo, sigue enmarcándose en una Ley que a pesar de intentar conciliar el modelo cerrado (social) con uno más abierto (economicista) no se logra, precisamente porque sigue habiendo intervención y normas obsoletas, *vid.* PANIAGUA ZURERA; M; *cit.*, pg. 44

⁸⁸ «La idea de autoesfuerzo elimina o aspira a eliminar, tanto el paternalismo estatal, político o sindical, como el abandono e inhibición de los socios», *vid.* PAZ CANALEJO, N., «El nuevo...», *cit.*, pg. 12 últ. párr. y pg. 13.

⁸⁹ Según PAZ CANALEJO, N., «El nuevo...», *cit.*, pg. 16: «En otras palabras, la clase (o ésta y el tipo específico) de una cooperativa nos indica inmediatamente la índole de la carencia o limitación que inspiró la creación de aquélla y que –mediante funcionamiento– aspiran los socios a superar...».

b) Ley de 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas

La LGC es una Ley larga y muy detallada a diferencia de las leyes de S.Coop. anteriores. Consta de 161 preceptos, estructurados, desde un punto de vista jurídico formal, con mayor orden que las anteriores. En general, la Ley recoge con claridad un modelo cooperativo cerrado y lo dota, en concreto en los aspectos económicos, de mecanismos suficientes para que aquellos primeros preceptos que así lo describen se vean eficazmente acompañados, en un momento posterior, de normas jurídico materiales que en definitiva exijan la verdadera adopción en la praxis de tal modelo.

En líneas generales, el nuevo marco legal se guía por la Ley anterior, por lo que mantiene el sistema de fomento de la dimensión empresarial, como se desprende con claridad de la Ex.Mot. y como igualmente queda recogido directa e indirectamente a lo largo de todo su articulado. De ahí que se preocupe el legislador por ofrecer un régimen que posibilite las operaciones con terceros y ya no sólo bajo supuestos excepcionales (art. 5º, párr. 1º LGC). De todos modos, al mismo tiempo y en la medida de lo posible, el legislador intenta preservar el espíritu cooperativo estableciendo un control y un límite sobre tales operaciones⁹⁰.

El principio de mutualidad queda teóricamente desplazado desde la propia Ex.Mot. de la Ley a un lugar secundario (Ex.Mot. I., ap. 1º, párr. 3º). Ello se justifica con base en la necesidad principal que emerge por ofrecer medios para el desarrollo de la sociedad S.Coop. en el mercado y, en todo caso, por no entender que la mutualidad sea un condicionante tan grande para la concepción de una S.Coop., en tanto que tampoco fue ésta recogida como uno de los principios de la ACI en 1966, principios a los que entiende que sí se somete. Curiosamente, el legislador sólo alude a este principio en la Ex.Mot. y tan solo para avisar de la dificultad que comporta bajo la nueva legislación su observancia; sin embargo, bajo nuestro punto de vista, la LGC es quizás nuestra Ley de

⁹⁰ «No obstante, la innovación que se introduce de ampliar las posibilidades de las cooperativas de realizar operaciones con terceros queda enmarcada por normas orientadas a mantener la tradición legislativa española de una exigente congruencia con los principios cooperativos», considerado 1º, párr. 5º, Ex.Mot. LGC.

El régimen jurídico relativo las limitaciones de las operaciones con terceros en la LGC aparece en los siguientes preceptos: 128, 134.1, 135.3, 139.4 y 141.3.

S.Coop. de ámbito estatal que de forma más acorde con la mutualidad ha desarrollado sus institutos.

Consideramos de gran importancia el estudio más pausado del primer precepto de la LGC por la relevancia de su contenido, en tanto que desde allí se alude a temas para nosotros de especial interés, como son la delimitación conceptual de la figura; la ampliación del desarrollo del objeto social; el sometimiento a las reglas de la ACI; la eliminación del lucro definitivamente como elemento singularizador del tipo y ulteriormente, la configuración, por partida doble, de un retorno cooperativo. A continuación señalaremos aquellas menciones que dentro de cada uno de estos cinco aspectos encontramos de interés para la fundamentación del modelo cooperativo cerrado.

El art 1 de la LGC establece: «1. Las Cooperativas son Sociedades que, con capital variable y estructura y gestión democráticas, asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, a personas que tienen intereses o necesidades socio-económicas comunes, para cuya satisfacción y al servicio de la comunidad desarrollan actividades empresariales, imputándose los resultados económicos a los socios, una vez atendidos los fondos comunitarios, en función de la actividad cooperativizadora que realizan. 2. Cualquier actividad económica podrá ser organizada y desarrollada mediante una sociedad constituida al amparo de la presente Ley. 3. Las Cooperativas se ajustarán en su estructura y funcionamiento a los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional en los términos establecidos en la presente Ley».

En cuanto a la «delimitación conceptual», entendemos que el legislador pretende en el artículo primero ofrecer un concepto de S.Coop., aunque, según alguna doctrina, la técnica legislativa utilizada no consigue definir sino describir su régimen, ya que encierra una gran carga técnica que dista mucho de ofrecer un concepto, por lo que más bien lo que ofrece es una compleja descripción con una base pluriconceptual⁹¹. En todo caso, queda clara la intención del legislador de sintetizar a través del art. 1º LGC el contenido mínimo de una sociedad S.Coop., y a este respecto entendemos que es de especial relevancia el hecho de que en las primeras líneas de la Ley se indique

⁹¹ PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIA, F., *Op. cit.* pg 13, pár 5º.

claramente el sistema de distribución de excedentes a través de la figura del retorno cooperativo.

El ap. 2º del precepto se ocupa del «objeto social» de las S.Coop., en el que expresa su amplitud, apuntándose como única previsión para el mismo que la actividad en la que consista tenga una naturaleza económica. La mención fue criticada, ya que se ha considerado por la doctrina que el ap. 2º «no se ocupa de temas conceptuales, sino de la cuestión del ámbito de la institución regulada; esto es, responde no al cómo configura la Ley a las cooperativas, sino a la cuestión de hasta dónde pueden llegar los ciudadanos en la utilización del método cooperativo; en definitiva, esta segunda parte del artículo inicial de la Ley vigente mira hacia afuera (al horizonte cooperativizable) y no hacia adentro (es decir, al círculo de la cooperación ya instituida)».⁹²

Es cierto que quizás ello no se adecue a la rúbrica de «*concepto*» que lleva este primer precepto, pero, de todas formas, valoramos el intento del legislador por esforzarse en la elaboración, en la medida que el tipo lo permite, de una normativa base, tan solicitada por nuestra doctrina especializada.⁹³ A través de la expresión «cualquier actividad» queda constancia de la clara intención del legislador de querer ampliar al máximo la actividad que puede ser susceptible de desarrollo bajo la forma de S.Coop.⁹⁴

Por otro lado, en relación con las reglas que llenan de contenido el espíritu cooperativista, en la Ex.Mot. de la LGC el legislador ha demostrado su respeto a los «principios de la ACI» en diversas ocasiones. Se ha valido de los principios para justificar su distanciamiento con el principio de mutualidad⁹⁵. Sin embargo, la interpretación que hacemos de la expresión final que aparece en el ap. 3º («en los términos de la presente Ley»), y por ende del alcance que los principios pueden tener finalmente bajo la LGC, deja una puerta abierta al particular sometimiento a los mismos. Creemos así que detrás de esas palabras podría esconderse la idea de que «los

⁹² *Ibi idem.*, pg. 13, párr 4º.

⁹³ VERGEZ SANCHEZ, M., *Op. cit.*, pgs. 23 y 24.

⁹⁴ Intención que se ratifica en la Disp. final 2ª LGC: «Cuando sea preciso para el desarrollo de cualquier sector del Cooperativismo, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y previo informe del Consejo Superior del Cooperativismo, podrá crear nuevas clases de Cooperativas y establecer, en su regulación, las normas especiales que vengán determinadas por las peculiaridades socioeconómicas que concurren en la nueva clase de Cooperativa que se crea, respetando los principios y características del sistema cooperativo»

⁹⁵ Ex.Mot. I, ap. 1º, párr. 3º.

obedeceremos en la medida que nos sea posible», dando la sensación de que primero se redactó el texto y luego se analizó si se ajustaba o no a los principios de Viena, o que si se tuvieron en cuenta a la hora de la redacción, siempre pesó más la concreta intención del legislador nacional frente a lo preceptuado desde la ACI. En definitiva, esto podría constituir el precedente de la futura y cierta desvirtuación que alguno de dichos principios ha sufrido en la actualidad en nuestro ordenamiento⁹⁶.

En este ap. 3º, se introduce una técnica novedosa, al no enunciar en párrafos separados, como hacia el legislador de 1974, los principios cooperativos, mecanismo al que también en ocasiones se ha opuesto la doctrina, toda vez que considera que «El precio que ha tenido que pagar por su novedad ha sido el no poder detallar de forma equilibrada e inequívoca la total dinámica del fundamento»⁹⁷. Los principios se recogen a lo largo de toda la Ley sin una rúbrica específica, pero en todo caso adelantamos que han sido recogidos en el mismo sentido en el que fueron redactados en Viena⁹⁸.

Como ya arriba dejamos indicado, a través de este primer precepto se elimina, como progresivamente se ha ido haciendo desde la L.42, el componente de la «no persecución del lucro» por la entidad, como aspecto constitutivo o determinante del tipo societario cooperativo. En este sentido, ante la cuestión de la relevancia de la existencia del elemento lucrativo o no en las S.Coop., la nueva Ley guarda un silencio aparente, decimos aparente porque de la letra de la Ley se derivan las bases para confirmar que el sentido dado al lucro en la S.Coop. es ahora un sentido amplio. Es decir, se parte de la idea de que, al igual que la empresa pública o la empresa fundacional, la S.Coop. que en todo o en parte renuncie al lucro, ha de tender a alcanzar un equilibrio financiero, o sea, a cubrir los gastos en los que se incurre por la actividad desarrollada, con sus propios

⁹⁶ En relación con la naturaleza jurídica de los principios de la ACI, *vid.*, PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIA, F., *Op. cit.* pg. 43 a 47.

⁹⁷ *Ibi idem.*, pg. 16, pár. 1º.

⁹⁸ Los siguientes preceptos señalan la ubicación de los principios de la ACI en la LGC: 1. Principio de puerta abierta: los ejemplos de artículos que hablan de la libertad de entrada y los requisitos de la misma son los siguientes: arts. 12.1 y 2, 46.1 y 2 y 52, Art. 17 y ss. Ejemplos de artículos que reflejan la libertad de salida son: arts. 17. 1 y ss (en relación con la baja voluntaria), art. 17. 5 (en relación con la baja obligatoria), art. 51 (reembolso de las aportaciones). 2. Principio de sistema democrático: arts. 16.2 a,b,c (los derechos de los socios que se nutren de este sistema), art. 16.3 (en concreto el derecho de información), art. 20 (la AG), art. 21 (las competencias de la AG), art. 26 (el dº de voto), art. 27 (la representación) y art. 28 (la adopción de acuerdos sociales). 3. Principio de interés limitado: art. 16.2.e (actualización de las aportaciones), art. 48.2 (remuneración de las aportaciones). 4. Principio de retorno cooperativo o equitativo: art. 58.4 (aplicación de los excedentes), art. 16.1.d (derechos de los socios: el retorno). 5. Principio educativo-promocional, art. 56 (existencia de un fondo social obligatorio). 6. Principio de colaboración entre cooperativas: art. 56. 1, b.

ingresos. Sólo en la medida en que se consiga este equilibrio tendrá razón de existir. Es a esto a lo que la doctrina ha denominado «pº de economicidad» y a lo que ha de tender siempre una S.Coop.⁹⁹.

No han sido pocas las voces autorizadas que han apoyado la posibilidad del lucro en la S.Coop., tanto en sentido amplio como en sentido estricto, y a veces incluso bajo legislaciones más reacias que la que aquí nos ocupa¹⁰⁰. Por nuestra parte, no cabe duda de que ello es posible y más bajo el mandato de la presente Ley, que fomenta, si no el lucro en sí, sí la obtención de beneficios en general para sobrevivir e incluso para competir en el tráfico jurídico empresarial. Está claro que, como en alguna ocasión ya hemos señalado, ello comporta un claro alejamiento del principio de mutualidad, debido a que son distintos los mecanismos que se han de utilizar para potenciar bien la mutualidad o bien el lucro. Sin embargo, aunque a priori o teóricamente se pueda perseguir o conseguir lucro a través de una S.Coop., no creemos que sea la figura, en la mayoría de los casos, más óptima para ello. No hay que olvidar que, a pesar de la importancia que se da por el legislador a la creación de una empresa capaz y competitiva, se siguen manteniendo múltiples preceptos que o bien controlan las operaciones con los terceros¹⁰¹, o bien limitan el desarrollo de un sistema cercano al capitalista¹⁰². En este contexto normativo es lógico que se respete la figura del retorno

⁹⁹ GONDRA, J.M., «La Estructura Jurídica de la Empresa» en *R.D.M.*, Madrid, 1998, pg.497.

¹⁰⁰ GIRON TENA J., *Derecho de Sociedades*, cit., pgs 96 y 97, «...cuando los cooperativistas son, a su vez, empresarios capitalistas, y la necesidad común es el fenómeno de la actividad de la empresa capitalista de que se trata, resulta que el fin de la Cooperación es una potenciación de la actividad lucrativa empresarial capitalista de sus socios, nos encontramos entonces con un formalismo cooperativista con efectos de potenciación de la actividad capitalista».

¹⁰¹ Doctrina autorizada ha justificado, a nuestro parecer, acertadamente, las operaciones con terceros no con base en la persecución de un lucro indeterminado sino debido a las dimensiones alcanzadas por las coop.. Así LLOBREGAT HURTADO, Mª L., *Mutualidad...*, cit. pg. 132, 2º párr. Según el cual: «...fiel a la tradición legislativa de nuestro país, la Ley de 1987 consagra de forma inequívoca el principio de mutualidad sin perjuicio de atender, por vía de operaciones con terceros, exigencias impuestas por la dimensión de la cooperativa como figura empresarial sujeta a un régimen de competencia en el mercado». Desde la Ex.Mot. LGC, (considerando 1º, párr 5º) se descarta el lucro por operaciones con terceros, lo que constituirían un lucro en sentido estricto «así, para evitar que dichas actividades puedan significar un lucro para los socios, se establece que los resultados positivos o negativos que se obtengan por las actividades o servicios cooperativizados realizados con terceros se imputarán al Fondo de Reserva obligatorio, al tiempo que se impone la necesidad de reflejar en la contabilidad, de forma clara e inequívoca, las operaciones cooperativizadas con terceros».

¹⁰² Reseñamos a continuación una serie de preceptos de claro contenido a-capitalista: art. 1.1 LGC: Las S.Coop. se constituyen para satisfacer necesidades. Art. 80, último párr LGC: en el caso de baja del socio, este tiene derecho, como máximo, a la restitución del valor nominal de sus aportaciones al capital social, con un interés limitado. Art. 84, b y 88.1 LGC: ninguna reserva es repartible entre los socios. Art. 47.1 LGC: eL voto es siempre igualitario en S.Coop. de primer grado. Art. 47.2: el voto nunca podrá aplicarse bajo puros criterios capitalistas. Art.83.2 y 88.1 LGC: los que cabe denominar beneficios atípicos tampoco pueden ser distribuidos entre los socios. Art. 112, ap. 4º LGC: en caso de disolución y

cooperativo como mecanismo de distribución de resultados cooperativos entre los cooperadores.

En la praxis, pues, con lo que nos encontraremos será con S.Coop. que se van a clasificar en virtud del grado de sometimiento a los principios cooperativos y al principio de mutualidad. Queda así en manos de los socios la decisión del grado de asunción de los mismos, ya que desde la Ley existe en estos temas cierta flexibilidad, pero en todo caso, esos mayores o menores grados de asunción de las reglas tradicionales del cooperativismo entendemos que quedarán encuadrados siempre dentro del único modelo normativo que es posible bajo la presente Ley; esto es, el modelo normativo cooperativo mutualista cerrado.

En todo caso, la existencia del lucro trasciende sólo cuando implica una ruptura con los institutos cooperativos. Así, en el Título II, denominado «De la Administración Pública y las Cooperativas», en el art. 153.2.2.e LGC, se señala como infracción grave el hecho de «acreditar retornos cooperativos a quien no tenga la condición de socio, o por causas distintas a las operaciones, servicios o actividades cooperativizadas realizadas por el socio», o lo que es lo mismo, más que sancionar la persecución del lucro, lo que aquí creemos que se sanciona es la vulneración del instituto del retorno como único mecanismo de reparto de resultados entre los socios.

Refiriéndonos a la mención que se hace de la figura del «retorno» en el art. 1º LGC, cabe resaltar ante todo que se recoge por partida doble, ya que se configura al final del ap.1º como mecanismo único de distribución de excedentes entre los socios y luego en el ap. 3º, indirectamente, al indicar el sometimiento de la Ley a los principios de la ACI. Las críticas más intensas, por lo confuso y ambiguo de su redacción, se dirigieron principalmente al apartado primero¹⁰³. En particular, en los temas que aquí nos interesan subrayar, nos sumamos a la postura doctrinal que señala la imprecisión que contiene la redacción en relación con la distribución de los excedentes, en concreto cuando establece que ésta se realizará: «imputándose los resultados económicos a los socios una

liquidación de la S.Coop., el activo neto residual tampoco puede distribuirse entre los miembros de la S.Coop. Art.29.2 LGC: nadie puede ser cooperador capitalista. Art. 129.1 LGC: la Ley parece equiparar las S.Coop. de viviendas a las entidades sin ánimo de lucro mercantil, al referirse a un único objeto de procurar edificaciones y al apuntar que sus socios pueden ser también entidades sin ánimo de lucro.

¹⁰³ Vid. algunas notas sobre las críticas al art. 1º LGC, en PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIA, F: *op. cit.* pgs. 15, párr. 1º; 18, últ. párr, y 19, párr. 1º.

vez atendido los fondos», ya que tal imputación tiene lugar una vez atendidos los fondos comunitarios, pero esto sólo ocurriría en el caso de existir beneficios, porque si hay pérdidas, el Fondo de Reserva Obligatorio no es atendido sino agredido. Por ello se propuso por nuestra doctrina la siguiente redacción: «una vez afectados positiva o negativamente, según el resultado del ejercicio, los fondos comunitarios»¹⁰⁴.

Seguidamente, el legislador señala la modalidad de reparto, esto es, el retorno cooperativo, con la expresión «en función de la actividad cooperativizadora que realizan». Se consideró que el precepto resultaba inexacto cuando afirmaba que la imputación de los resultados a los socios se aplicaría siempre en función de la actividad cooperativizada, ya que esta afirmación sólo es cierta cuando el ejercicio termina con excedentes, es decir, sólo en caso de cierre positivo los excedentes disponibles dan lugar al retorno, que sí se acredita a los cooperadores en proporción a las operaciones de sus miembros, esto es, actividades o servicios realizados por cada socio en la S.Coop. Pero si ha habido pérdidas, la proporción correspondiente de éstas será también la de la actividad realizada, siempre y cuando ésta suponga el cumplimiento del compromiso cooperante contraído por el socio. Esto es, si la actividad es inferior a la que el socio está obligado a realizar conforme lo establecido en los estatutos, la imputación se efectuará en proporción a la actividad cooperativizada mínima obligatoria (art. 87.1.c LGC)¹⁰⁵. En definitiva, no se criticó únicamente el hecho de que el art. 1º LGC no ofreciese un concepto de S.Coop., sino que, además, lo que ahí se describe es el supuesto de una sociedad con resultados positivos, como si ello fuese el único resultado posible tras el cierre contable anual de la sociedad.

En todo caso, entendemos que las críticas del las que se hace acreedor el art. 1º LGC tienen un mero carácter jurídico-formal. El desarrollo jurídico-material contenido en los preceptos posteriores es siempre, afortunadamente, el que parece en un principio haber pretendido el legislador. La imprecisión del art. 1º LGC es la consecuencia negativa originada por el deseo de sintetizar en un único precepto no sólo el concepto de S.Coop., sino la acotación del objeto, su postura frente a la ACI, su régimen económico, etc.

¹⁰⁴ *Ibi idem*,. pg. 16 párr. 2º.

¹⁰⁵ *Ibi idem*, pg. 17.

De hecho, más allá de lo recogido en el art. 1º LGC, es de interés señalar que el mejor tratamiento jurídico dado a temas como la contabilidad, la posición jurídica del socio, en concreto con la enumeración de derechos de éste; y sobre todo al régimen que se ofrece a los fondos (constitución, finalidad, origen, límites cuantitativos y fase del ejercicio económico para efectuar la dotación), no cabe duda que facilita el estudio del concepto del retorno dado en la L. 87.

Además del régimen contenido en el art. 1 LGC, el retorno aparece incluido dentro de los derechos que se ofrecen a los socios en el art. 35.1.f. LGC, si bien no deja de configurarse bajo el mandato de la LGC como un derecho derogable, puesto que, como señala el ap. 2º del mismo precepto, en relación a la lista de derechos que se enuncian, «los derechos serán ejercitados de conformidad con las normas legales y los acuerdos válidamente adoptados por los órganos sociales de la cooperativa». Ello viene a significar, interpretándolo de forma conjunta con el art. 84.b. LGC, que si los Estatutos o la AG en su caso no deciden el reparto entre los socios tras la dotación de los fondos, o lo que es lo mismo, si deciden que los fondos sean el destino final de las cantidades resultantes del ejercicio económico anual de una S.Coop. con cierre positivo, no hay nada que desde la Ley lo prohíba¹⁰⁶. No consideramos que ello se oponga a lo establecido en el art. 1.1 LGC, puesto que lo que allí se establece es que si se repartiese el excedente entre los socios, tras la dotación en las cantidades que la Ley decide para los fondos, cosa que por otro lado podrá elevarse sin límites vía estatutos, se efectuará en proporción a las operaciones realizadas por el socio en la sociedad. Es decir, a lo que se obliga con el art. 1º LGC es a cómo se hará el reparto de excedentes entre los socios en el caso que así se acuerde y no a la imperativa y por tanto periódica distribución de retornos. Por ello, una vez más, siendo fiel a la trayectoria legislativa española, la LGC vuelve a señalar el retorno como mecanismo de reparto típico y único, pero sin dejar de ser una opción escogida en el seno de la sociedad en tanto destino final de los beneficios y, por tanto, un derecho derogable del socio. En conclusión, lo que no cabe bajo la forma cooperativa es que el reparto entre los socios se haga con base en criterios

¹⁰⁶ Art. 84.b.LGC: «Los excedentes disponibles, que resulten una vez deducidas de los excedentes netos las dotaciones de los Fondos obligatorios, se aplicarán, conforme acuerde la Asamblea General en cada ejercicio, a retorno cooperativo y, en su caso, a la participación en los resultados por los trabajadores asalariados de la Cooperativa, así como a incrementar el Fondo de Reserva obligatorio y el de Educación y Promoción y/o a la constitución de un Fondo de Reserva voluntario, creado por los Estatutos o por la Asamblea General, que en todo caso, tendrá el carácter de irrepartible».

capitalistas o, dicho de otro modo, la posibilidad no tiene que ver con la forma de hacer efectivo el retorno entre los socios, sino en si se produce o no dicho reparto entre los mismos.

El capítulo VII se ocupa de regular la contabilidad en la S.Coop. (arts. 90 y 91 LGC), pero es en el art. 83.2 LGC donde se establece la obligación de fijar una contabilidad separada para los resultados derivados de las operaciones de la sociedad con sus socios y de aquella con los terceros. Entendemos que la intención del régimen jurídico contable contenido en la LGC está marcado por el deseo de ofrecer unas garantías basadas en la aplicación de una normativa con origen únicamente jurídico-privado, a través de una serie de facultades con las que es habilitado el Registro Mercantil y desalojando así del tipo aquellos órganos con una finalidad política de control.

La función del establecimiento de una contabilidad separada se debe al deseo de velar porque no lleguen a los socios más que cantidades obtenidas gracias a la intervención de ellos mismos. No contemplar un régimen de contabilidad separada entre las actividades de la S.Coop. «propias e impropias», entendidas éstas últimas como las extraordinarias y las extracooperativas, supone relativizar la operatividad de otras normas, en particular las que regulan el retorno cooperativo. Entendemos que si se permiten las operaciones con terceros, pero no se exige una contabilización separada de resultados, no hay garantía *ex-lege* suficiente para conformar un retorno. En las leyes derogadas de S.Coop., el hecho de no haber podido con ellas cercar realmente los resultados causados por las operaciones extrañas a la S.Coop., tornaba en ineficaces algunas de las normas que proclamaban el retorno cooperativo como único mecanismo de distribución del resultado, ya que su vulneración era, cuanto menos, posible. En cambio en la L 87 encontramos el establecimiento de un retorno cooperativo como único mecanismo de reparto, compuesto éste siempre por cantidades generadas por los socios o de naturaleza cooperativa y adecuándose así, en todo caso, al modelo de S.Coop. cerrada en tanto que se elimina toda posibilidad de un reparto de beneficios obtenidos del exterior.

Los arts. 83, 88 y 89 LGC contienen el régimen de los fondos cooperativos¹⁰⁷, que parece que bajo la nueva Ley sí responde satisfactoriamente a las preguntas que la doctrina formulaba sin éxito con las leyes anteriores, en relación principalmente con el funcionamiento general de los mismos para todas las S.Coop.; el órgano competente; la dotación mínima de éstos; su finalidad etc...¹⁰⁸.

Al margen de la posibilidad de creación, por parte de las S.Coop., de fondos voluntarios, la Ley, para todas las clases de S.Coop., establece dos fondos que son competencia de la AG, aunque siempre discurriendo las facultades de ésta dentro de los cauces fijados por la Ley y los Estatutos.

El fondo de reserva obligatorio se recoge en el art. 88 LGC, el cual expresa en su ap. 1º tanto el carácter «irrepartible» en todos los casos¹⁰⁹, como su finalidad de «consolidación, desarrollo y garantía». El ap. 2º se dedica a enunciar el origen de las cantidades de los fondos, apuntando de manera inequívoca que, a diferencia de las redacciones precedentes, las deducciones que se efectúen sobre las aportaciones de los socios irán a parar a este fondo.

El art. 89 LGC regula el fondo de educación y promoción y señala, en suma, su finalidad de promoción tanto de los socios y de los trabajadores como de las relaciones intercooperativas. El precepto no utiliza el término «irrepartible»¹¹⁰, aunque, según la

¹⁰⁷ Los arts. 83, 88 y 89 LGC son los encargados de ofrecer las bases conceptuales de los fondos y explicar el momento de su dotación –de interés para nosotros ya que es justo antes a la eventual dotación retorno cooperativo-. Esta Ley regula también el caso de pérdida en el cierre del ejercicio, y especifica la finalidad de las cantidades de los fondos, ya que indica que pueden ser utilizadas para cubrir estas pérdidas (art. 87 LGC).

¹⁰⁸ Existe, en todo caso, un régimen particular sobre los fondos para algunas clases de S.Coop., como es el caso, p.e. del art. 147.4 LGC: «En las Cooperativas Educativas, el 60 por 100 de los excedentes netos se destinarán al Fondo de reserva obligatorio y el restante 40 por 100 al Fondo de Educación y Promoción», frente a la cifra genérica del 30 por 100 que se establece, en principio, para ambos fondos, en todas las clases de S.Coop. (art. 84.a) LGC).

¹⁰⁹ El art. 153.2.2.3 LGC castiga el reparto entre los socios de los fondos de reserva, calificando dicha acción como muy grave y correspondiéndole pues las multas más altas recogidas la Ley. A su vez, la comisión de infracciones graves de normas imperativas o prohibitivas es uno de los de los supuestos de descalificación de las S.Coop. según el art. 154 l.87.

¹¹⁰ La irrepartibilidad del fondo de educación y promoción ha sido señalada por la doctrina en ocasiones. En los comentarios a la L.74, ya DEL ARCO ALVAREZ, J.L., «Financiación...», *cit.*, pgs. 51, últ. párr. y 52, párr. 1º. identificó la inembargabilidad del fondo a través de la prohibición de repartir las cantidades que lo conforman en los siguientes términos: «...Es decir, que las cantidades que integran dicho Fondo, desde el momento que se aprueban las cuentas y lucen especialmente en el balance, se convierten en compartimiento- estanco, sólo aplicable en los fines atribuidos a dicho Fondo, y ni siquiera en caso de

doctrina, queda incluido en el término «inembargable», término que sí utiliza el legislador para referirse al fondo de educación. En todo caso, por si alguna duda quedase al respecto, las cantidades que forman dicho fondo y que claramente se establecen en el ap. 3º del mismo precepto, no son en ningún caso originadas por la actividad cooperativizadora de los socios, por lo que entendemos que, en armonía con el resto de las normas de la presente Ley y con los principios cooperativos, no deben ser repartidas entre los socios.

El art. 84.a) LGC resuelve el problema de la dotación global que se daba a los dos fondos, puesto que destina a ambos un 30 por 100 de los excedentes netos, añadiendo que hasta que el fondo obligatorio no sea, al menos, la mitad de la cifra del capital social, no se podrán establecer cantidades inferiores al mismo¹¹¹.

El art. 83. 2 LGC señala por su parte de manera clara que no se van a poder repartir entre los socios las cantidades que resulten de operaciones con terceros, especificando, incluso, otras que tampoco serán distribuidas como retorno. Todas las operaciones vedadas a ser origen de ingresos para el socio tienen el común denominador de ser operaciones no típicas de la S.Coop., o sea, queda claro que sí son posibles o realizables dentro de una S.Coop., pero que de ellas no devendrá un reintegro para los socios, ya que se destinarán en su totalidad al fondo de reserva obligatorio. Estas cantidades son, a su vez, fácilmente identificables, puesto que ya se reflejarán en contabilidad separada¹¹².

Se configura, en definitiva, el retorno en el art. 85 LGC como una posibilidad que depende de lo acordado en la AG o en los Estatutos, una vez cubiertos los gastos, los impuestos y los fondos, aunque podría decidirse, como la Ley prevé en el art. 84. b) LGC, otro destino, que consistiese en ampliar los fondos mencionados; la creación de un nuevo fondo voluntario; o el reparto a los trabajadores asalariados.

insolvencia de la cooperativa sus acreedores podrán repercutir sobre aquél. Tal es, al menos, el sentido que parece debe darse a la declaración legal».

¹¹¹ Art. 84.a. LGC «Se destinará al fondo de reserva obligatorio, y/o al fondo de educación y promoción, una cuantía global del 30 por 100 de los referidos excedentes; cuando el fondo de reserva obligatorio alcance un importe igual al 50 por 100 del capital social, se destinará al menos un 5 por 100 al fondo de educación y promoción, y un 10 por 100, al menos, cuando el fondo de reserva obligatorio alcance un importe superior al doble del capital social.»

¹¹² Para un ulterior estudio económico-contable sobre el distinto tratamiento que reciben las «operaciones cooperativas» de las «operaciones no cooperativas», *vid.*; ITURRIOZ DEL CAMPO J., «El resultado de las sociedades cooperativas y su distribución en la nueva Ley de cooperativas 27/199» en *REVESCO*, vol. 69, 1999, pgs 127 y ss.

El precepto en cuestión es tajante al determinar que el retorno «se acreditará a los socios en proporción a las operaciones, actividades o servicios realizados por cada socio en la coop.» (art. 85.1 LGC). De la misma forma que seguidamente señala la prohibición de que dicho reparto se haga bajo criterios de capital (art. 85. 2 LGC).

El artículo 85 LGC, no es meramente otra proclamación del principio del retorno como la que se hace desde la ACI o desde la Ley en el art. 1º¹¹³. La eficacia de su contenido se debe su conexión con el art. 83.2 LGC y al acierto con que éste ha sido redactado, ya que inserta el régimen de una contabilidad separada y obliga a la dotación íntegra al fondo de reserva obligatorio de los resultados de las operaciones no cooperativizadoras. Sin éste art. 83.2 LGC, lo definido como retorno en el art. 85 LGC no quedaría plenamente garantizado *ex-lege*.

Igualmente, se mantienen las modalidades de hacerlo efectivo, si se ha dispuesto su reparto, y la idea, en todo caso, de que los «retornos se acreditarán a los socios en proporción a las actividades, operaciones o servicios realizados por cada uno de ellos en la cooperativa¹¹⁴ con la observancia estricta del principio de proporcionalidad y equidad»¹¹⁵.

Consideramos así que, a pesar del interés del legislador por ubicar a las S.Coop. dentro del mundo empresarial y competitivo, anunciar éste la imposibilidad de la total observancia del principio de mutualidad y de no controlar a la S.Coop. a través del mecanismo represivo de la prohibición de la persecución del lucro, el legislador crea, finalmente, una sociedad S.Coop. cerrada. Esto es así porque controla plenamente las operaciones con terceros ya que, aunque las permita y amplíe, no lo hace con la

¹¹³ Como ya apuntamos, el legislador trae al mismo concepto de S.Coop. este sistema de reparto del excedente, elevándolo, pues, no sólo a una regla de distribución del resultado económico, sino también a elemento definidor para toda S.Coop.

¹¹⁴ En la LGC se establece un trato jurídico y contable distinto para aquellas operaciones no cooperativizadoras toda vez que «los resultados, positivos o negativos, que obtengan las Sociedades Cooperativas de las actividades y servicios realizados con terceros, se imputarán al Fondo de Reserva Obligatorio» (art. 5.3 LGC), disponiendo, asimismo, a través del art. 83.2 LGC, que la realización de las operaciones con los terceros (actividad extracooperativa) quedase reflejada en su contabilidad de forma separada, del mismo modo que aplica la misma obligación para las actividades extraordinarias en los siguientes términos: «los beneficios procedentes de plusvalías en la enajenación de los elementos del activo inmovilizado o los obtenidos de otras fuentes ajenas a los fines específicos de la cooperativa así como los derivados de inversiones o participaciones en sociedades de naturaleza no cooperativa».

¹¹⁵ HURTADO LLOBREGAT, Mª L., *Mutualidad... ci.*, pg 424, pár. 1º.

finalidad de que lo que así se obtenga vaya a parar a manos de los socios, sino con el único y lógico fin de la subsistencia de la S.Coop. en el tráfico mercantil que le da acogida. Entendemos que el lucro en un sentido estricto, ilimitado y particular del socio, sigue sin tener cabida. En suma, la mutualidad y los principios cooperativos de 1966 son del mismo modo satisfactoriamente recogidos a lo largo de la Ley, por lo que no nos queda más que repetir que el único modelo normativo que bajo la presente norma surge es el modelo normativo cerrado.

3.2. La sociedad cooperativa mutualista abierta: reflexiones sobre la apertura del modelo mutualista en la evolución legislativa española en materia de sociedades cooperativas hasta la Ley 27/1999, de 16 de julio de sociedades cooperativas.

Denominamos modelo normativo abierto a aquella estructura que se vale en nuestro derecho positivo de manera principal para el desarrollo de la actividad social de la S.Coop. de mecanismos que sirven para potenciar la vertiente económica empresarial y competitiva de la sociedad, frente a los que fomentan la vertiente subjetiva de la misma y se preocupan por las concretas necesidades del socio, su formación y la construcción de un sistema interno que tienda hacia la total autosuficiencia. Se caracteriza, así, este modelo, por poder atenuar en un alto grado la observancia del principio de mutualidad pura o interna. Esto es, si entendemos que la mutualidad en la S.Coop. viene caracterizada por la concurrencia de una doble cualidad del socio, por la autosuficiencia que se pretende alcanzar con el solo esfuerzo entre socios-sociedad, por la no persecución del lucro y por la implantación del retorno como mecanismo de acreditación de la ventaja mutualista indirecta entre los socios, sobra decir que estaremos ante un modelo abierto cuando todas o la mayoría de estas manifestaciones aparezcan en el menor grado posible o incluso algunas lleguen a ni siquiera darse.

Del mismo modo, también la inobservancia o las constantes excepciones, modificaciones o precisiones a los principios de la ACI, nos revela la presencia del modelo normativo abierto.

El modelo abierto es, como su nombre indica, dentro del tipo cooperativo, el modelo contrario al cerrado, aunque no sea realmente el auténtico polo opuesto de lo que se predica del modelo cerrado. Dentro de las S.Coop. estos dos modelos marcan las dos vías de desarrollo de una mutualidad en las S.Coop., sin perjuicio, como es natural, de las diversas gradaciones que de uno y otro modelo nos podamos encontrar. El modelo abierto cooperativo es, en definitiva, abierto frente a la idea tradicional o pura de una S.Coop., pero sigue siendo un modelo cerrado frente a las tradicionales sociedades mercantiles (SA y SRL) y los modelos que de éstas se pueden derivar.¹¹⁶ Este extremo nos parece, en todo caso, correcto, porque de lo contrario la singularidad y justificación de la S.Coop. se podría ver claramente amenazada.

En un sentido estricto, dado el contenido normativo que conforma el modelo abierto que arriba hemos expuesto, no podemos hablar de un verdadero modelo normativo abierto en ninguna de las legislaciones anteriores a la de 1999. Sin embargo, encontramos preceptos, del todo desconectados con el resto del texto, que parecen indicar una apertura, y así lo dejamos señalado en su momento al tratar cada una de las leyes estatales de S.Coop.

Recordemos, brevemente, que en la L.31 no existía un control contable de las operaciones con terceros, control contable que hasta la LGC no encontraremos. Esta carencia implica una apertura del modelo, en tanto que se hace imposible distinguir los resultados cooperativos de los que no, lo que a su vez desemboca en la desvirtuación del retorno, instituto que hasta ahora ha sido eficaz para informarnos de la existencia de un modelo cerrado.

Por otro lado, en la L.42 indicamos nuestra oposición a la redacción del art. 20 L.42, por considerar que permitía en las S.Coop., al menos en las de consumo, «vender a precio corriente para el mercado» y permitir el reparto de las ganancias así obtenidas entre los socios, los cuales no intervinieron en esa actividad. El artículo se aleja del espíritu cooperativo que se deriva del resto de los preceptos, e instala así un mecanismo

¹¹⁶ Para un ulterior estudio de los modelos normativos de las tradicionales sociedades mercantiles, *vid.* VIERA GONZALEZ, A.J., *Las sociedades de capital cerradas. Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL*, Navarra, 2002.

de obtención de beneficios valiéndose de elementos externos, propio de sociedades abiertas.

Pero lo más destacable de este momento histórico-legislativo es el contenido del criticado art. 4.e del R.43 en cuanto a la apertura que ello comportó, puesto que desde ahí se permitía con toda nitidez el reparto de dividendos. Aún así, como ya dejamos apuntado, el precepto aislado obedecía más a una mala técnica jurídica que a un verdadero interés por parte del legislador por configurar un modelo abierto, o al menos así lo entendimos.

El intento de apertura lo señaló el legislador de 1974 en la misma Ex.Mot. de la Ley, cuando centra y justifica la redacción del nuevo texto, principalmente, en el impulso empresarial que al tipo debe darse, aunque luego, realmente, se mantuviese dentro de un sistema cerrado.

Por último, con la LGC se consigue un modelo cerrado, puro y perfecto, aunque de forma sutil parecía que el legislador no quería, o al menos así lo creemos, situar a la nueva Ley en una jerarquía claramente inferior a los principios de la ACI. La técnica utilizada fue no enunciar las reglas cooperativas proclamadas en 1966 por la ACI, como sí se hacía en la Ley que se derogaba. El verdadero motivo del cambio lo desconocemos. Nos parece vaga la idea de que realmente se tratase del recurrente «ahorro legislativo». Igualmente, su deseo de no estar jerárquicamente subordinado a la ACI creemos que se desprende también de la redacción del art. 1.3 LGC, cuando el sometimiento a los mismos entendemos que esconde un condicionamiento, esto es, señala que los respetará pero «en los términos establecidos en la presente Ley»¹¹⁷, aún cuando luego sí que los cumpliera uno a uno. En todo caso, la mera intención de alejarse de las reglas del cooperativismo entraña un peligro si lo que se busca es conformar un modelo cooperativo cerrado, como parece que fue la voluntad del legislador de 1987.

En varios de los supuestos mencionados hemos apuntado que el motivo de la apertura del modelo que hasta el momento se crea, esto es el cerrado, es la mala técnica

¹¹⁷ PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIA, F., *Op. cit.*, pgs. 45 y ss.

legislativa y no la verdadera intención del legislador de crear un elenco de normas relativas a una S.Coop. abierta. Por ello todas aquellas normas «aperturistas» por separado, presentes en cada una de las leyes de S.Coop., no tuvieron, bajo nuestro punto de vista, fuerza suficiente para lograr por sí solas un verdadero modelo abierto. Sin embargo, todas ellas de forma conjunta y atemporal constituyen el precedente de lo que en la actualidad se ha llegado con toda certeza a establecer: el modelo normativo cooperativo mutualista abierto.

3.3. La nueva configuración de los modelos cooperativos mutualistas en la Ley 27/1999, de 16 de julio de cooperativas

3.3.1. Introducción

En un primer acercamiento a la normativa vigente puede parecer que el tratamiento jurídico dado a los aspectos que venimos entendiendo como esenciales para la construcción de un modelo normativo es semejante al recibido en legislaciones anteriores. Sin embargo, con el nuevo régimen, sutilmente, el legislador elimina, añade y cambia párrafos que de plano presentan un contenido normativo distinto sobre los mismos. Podemos afirmar que las modificaciones que sufre la nueva normativa con mayor trascendencia para la construcción del modelo o modelos normativos inciden, principalmente, en torno al instituto del retorno.¹¹⁸

¹¹⁸ Un claro ejemplo de los cambios a los que nos referimos es el que se produce en la calificación de ciertas actividades, antes recogidas como no cooperativas y que ahora, por el contrario, sí son consideradas como actividades propias de la S.Coop., lo que hace que aumente el resultado considerado como cooperativo y por ende el posible reparto de los socios. Todo ello queda recogido en el art. 57.3, ap. a y b LCoop. frente al art. 83.2 LGC. La doctrina económica, en concreto ITURRIOZ DEL CAMPO, J., «El resultado...» *cit.*, pg. 132, señala que: «A la hora de determinar los distintos resultados, la principal diferencia con respecto a al LGC de 1987 se establece en la determinación del resultado cooperativo. Concretamente al integrar dentro del resultado cooperativo los resultados derivados de las inversiones financieras en sociedades no cooperativas siempre que éstas se dediquen a realizar actividades preparatorias, complementarias o subordinadas de la actividad cooperativizada», añadiendo el mismo autor en *op. cit.*, pg. 127: «La nueva Ley de Cooperativas 27/1999 ha incluido importantes modificaciones en la regulación de estas sociedades. Desde el punto de vista económico, una de las más importantes se produce en la distribución de los resultados...», «...diferencias se producen por la permutación en el orden de dotación de fondos obligatorios y de impuestos y por la inclusión de la posibilidad de realizar una contabilización en la que no se diferencian los resultados cooperativos de los extracooperativos...».

En relación con la contabilidad se ofrece, con la presente redacción, un régimen separado de la misma para diferenciar los resultados de la actividad cooperativa de los demás como ya se hizo en la LGC, si bien el régimen de contabilidad separada es ahora facultativo, algo que ya apuntamos¹¹⁹. En la legislación vigente, la opción que se escoja sólo repercutirá en la calificación o no de la S.Coop. como «sociedad sin ánimo de lucro» y por ende, si finalmente fuese así calificada, en la posibilidad de constituirse en una sociedad fiscalmente protegida¹²⁰. Es decir, si no se exige en los Estatutos, como ya puede ocurrir, que las S.Coop. computen por separado los resultados obtenidos de las actividades realizadas entre sociedad y terceros queda claro que parte o todo de lo que a los socios les es entregado puede deberse a actividades donde no hayan participado. Aunque como apunta el 58.3 LCoop., el sistema de distribución para los resultados extracooperativos y extraordinarios se intente encajar en la idea de proporcionalidad con la actividad cooperativizadora del socio, hemos de entender que no es un retorno. Siempre que se incluyan las ganancias extracooperativas o extraordinarias no estaremos ante resultados susceptibles de ejecutarse como retornos puesto que, como hemos venido indicando desde el mismo comienzo del presente estudio, consideramos que para quedar realmente configurado el sistema del retorno cooperativo en una sociedad no se ha de tener únicamente en cuenta la idea *stricto-sensu* de proporcionalidad entre el resultado y la actividad del socio, sino que hay que atender igualmente a otros dos extremos.

En primer lugar, se deberá respetar la pureza de las actividades que generan dicho resultado, en el sentido de que éste ha de estar originado por el esfuerzo personal del socio y no por un mero deseo de especulación.

¹¹⁹El legislador, ya en la Ex.Mot. del proyecto de 10 de julio de 1998 anima a la no separación de contabilidades por lo complejo y costoso de su ejecución, en los siguientes términos: «La dificultad y el coste de gestión que supone en determinadas ocasiones contabilizar separadamente los resultados cooperativos de los extracooperativos ha aconsejado facultar a la cooperativa para que opte en los Estatutos por la no diferenciación, en cuyo caso vendrá obligada a incrementar las dotaciones a los fondos» Lo que después se ha recogido igualmente en la actual Ex.Mot. de la LCoop. (Considerando I, párr. 14)

¹²⁰ La Disp. ad. 6ª LCoop. lleva como rúbrica «la contabilización separada» y reza: «Será causa de pérdida de la condición de cooperativa fiscalmente protegida la falta de contabilización separada de las operaciones cooperativas realizadas con terceros no socios». Entendemos que desde la Ley se permite el lucro directamente, puesto que la imposición de una contabilidad separada es sólo para las fiscalmente protegidas. Se deja así clara la posibilidad de crear una S.Coop. que, por no separar la contabilidad en los supuestos que opere con terceros, se califica de S.Coop. no protegida, por entender que bajo esa estructura cabría el lucro, pero, de todas formas, como se desprende con nitidez del art. 57.4 LCoop. y luego queda ratificado en la mencionada disposición, son igualmente S.Coop.

Por otro lado, debemos entender que no cobra sentido el instituto del retorno, como figura distinta del dividendo y propia de la S.Coop., por el hecho aislado de que los socios hayan participado efectivamente en alguna actividad cooperativa, sino que lo que debe existir es siempre una exacta y verdadera correlación entre el esfuerzo y lo retornado, entendido aquel como concepto distinto y contrario a la especulación o a la mera aportación de capital. De todos modos, no se podría hablar de un dividendo, aunque no exista una correspondencia entre lo retornado y lo trabajado, siempre que se aplicase la regla acapitalista de utilizar el sistema de proporcionalidad entre el resultado y la actividad del socio aunque uno no sea consecuencia del otro, ya que según el art. 215.1 LSA: «la distribución de dividendos a los accionistas ordinarios se realizará en proporción al capital que hayan desembolsado». En todo caso, nos inclinamos a pensar que estamos ante nuevas figuras o institutos de distribución marcados por un carácter mixto. Desafortunadamente, aquí las posibles figuras intermedias de reparto no son consecuencia de una mejora, sino de un grave error de interpretación del retorno por parte del legislador. En otras palabras, aunque el sistema de reparto no caiga dentro del concepto de dividendo, no por ello debemos pensar que estamos ante un retorno, con lo que es retorno todo aquello que no sea dividendo, ya que aquel sólo se cumple cuando hay una verdadera correlación entre la actividad desarrollada por el socio y el resultado así generado.

De la existencia de socios capitalistas, de diversos mecanismos que fomentan las operaciones con terceros y de la no exigencia de una contabilidad separada, no sólo se desprende un claro modelo normativo con vocación aperturista, sino que se deduce la clara posibilidad de que los socios reciban auténticos beneficios de forma ilimitada. En definitiva, es posible la persecución del lucro bajo esta forma societaria, creando de derecho una clasificación superior en virtud de su persecución o no y dando por hecho la realización de una S.Coop. lucrativa cuando se preocupa por definir precisamente a las «no lucrativas».

Por otro lado, señalamos la gran polivalencia del tipo como una de las características que lo singularizan, puesto que bajo esta misma norma surgen modelos extremadamente distintos. Con sólo estudiar el porcentaje resultante de socios a los que se les aplica un sistema de reparto capitalista, o con la mera información sobre el

sistema de contabilidad escogido –separada o conjunta- se deducirá con nitidez el modelo que se ha adoptado. Esta Ley permite que a través de sus Estatutos se cierre toda posibilidad a un modelo abierto, puesto que las normas que capitalizan y abren las S.Coop. son facultativas. En suma, se podrá sin dificultad alguna, desde el respeto y sometimiento a la norma, identificar los dos modelos normativos mutualistas y ello podrá hacerse en primer lugar a través del estudio del sistema de contabilización y en segundo término por el régimen relativo a las clases de socios que admite¹²¹.

3.3.2. El régimen económico como principal instrumento de inserción de mecanismos de apertura en la sociedad cooperativa. En particular, el tratamiento jurídico del retorno en la redacción legal vigente.

La locución, acuñada en el tráfico jurídico mercantil, «reparto de excedentes», apunta en el caso cooperativo a un sistema de distribución de resultados típico y propio distinto del «reparto de beneficios», que, como es sabido, es genuino de las sociedades capitalistas. Ambos términos, hay que puntualizar, han sido utilizados de forma indiscriminada hasta la LGC. exclusive. Su diferenciación conceptual aparece en dicha norma en los artículos 81, 82 y 83 LCoop..

Según la normativa vigente, son beneficios los ingresos económicos obtenidos por la S.Coop., salvo aquellos ingresos que procedan de operaciones que la entidad realice con sus miembros dentro del objeto social. Estos últimos son los que se han venido considerando por el legislador como excedentes. Esta diferenciación cobra relevancia sólo en la medida en que, en las S.Coop, a partir de esta Ley, se establece la obligación de contabilizar por separado las actividades y, por tanto, tener los excedentes por un lado y los beneficios por otro.

¹²¹ La doctrina más sobresaliente en esta materia ya ha apuntado la clara existencia de dos modelos normativos en la actualidad en la legislación española, configurando sucintamente uno y otro en los siguientes términos: «a) la fidelidad al modelo defensor de los principios cooperativos y de formación de un patrimonio cooperativo colectivo o irrepartible y b) la relajación de estos objetivos, con el fin de satisfacer la crecientes exigencias del mercado y de formación del patrimonio individual del socio», *vid.*, VICENT CHULIA, F.; *Introducción al Derecho Mercantil*, 14 ed., Valencia, 2001, pg. 560.

El art. 58.2 LCoop., que lleva como rúbrica «Aplicación de los excedentes», es el encargado de regular cómo se distribuirá el resultado cuando se trate de beneficios, siguiendo el sistema típico general de distribución, al menos en la legislación estatal española, es decir, se mantiene, antes de un posible reparto entre los socios, las dotaciones previas obligatorias que se fundamentan en la estructura mutualista o en la idea de autosuficiencia de la S.Coop. En esta línea, pues, el legislador de 1999 se preocupa por asegurar en esa primera fase de reparto hasta unos límites, al menos, el destino de éstos (beneficios), elevando, frente a los resultados propios de la S.Coop. (excedentes), la cantidad en la que se dotan los fondos obligatorios, con la única finalidad de alejarlos de las «arcas» particulares de los socios. Creemos que esto se debe a que, de otro modo, se desvirtuaría totalmente la idea de mutualidad de la que tradicionalmente se ha dicho que participa toda S.Coop. A través de los preceptos señalados, el legislador intenta garantizar siquiera un grado mínimo de mutualidad en cualquiera de las clases de S.Coop., pero el art. 58.2 LCoop. permite que aunque la dotación a los fondos sea mayor en el caso de beneficios, puede quedar igualmente un margen para repartir entre los socios y, según el legislador, bajo el sistema de reparto por retornos.

«No se retorna a los socios por el simple hecho de serlo; sólo en la medida que son usuarios de los servicios sociales»¹²². Por consiguiente, el problema radica no en el hecho de que se repartan cantidades a los socios por el resultado de las actividades en las que no intervino, sino que dicho reparto reciba el nombre de retorno, rompiendo así con la larga trayectoria jurídico doctrinal que lo asocia con la mutualidad tradicional y con el reparto del resultado a los cooperadores en proporción a su colaboración en la actividad. Sin embargo, la LCoop. considera lo contrario, es decir, se refiere claramente al reparto del retorno. Si entendemos que el retorno es aquel concreto exceso que el socio pagó de más¹²³ o la ventaja económica por la no intervención de intermediarios financieros¹²⁴, en definitiva, cantidades que se deben a los socios y que se devuelven atendiendo a su grado de su intervención en la actividad, qué duda cabe que en las actividades extracooperativas o extraordinarias no hay nada que retornar al socio, sencillamente porque no intervino. El legislador, por su parte, aunque parece intentar

¹²² Vid. LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *Mutualidad... cit.* pg. 438.

¹²³ Vid., *Ibi idem.*, pg. 428 y LAMBERT P.; *Op. cit.* pg. 76.

¹²⁴ Vid., LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *Mutualidad... cit.*, pg. 4.

poner obstáculos aumentando la dotación a los fondos por las cantidades así obtenidas, no lo hace de una forma total y permite, de manera clara, el reparto de estas cantidades entre los socios a tenor del art. 58.3 LCoop., eliminando el adverbio «íntegramente»¹²⁵, que servía en las leyes anteriores para señalar no sólo la total dotación a los fondos de las cantidades resultantes de operaciones no propias de las S.Coop., sino la clara prohibición de proceder en ese caso a su reparto bajo ningún sistema.

El legislador muestra su postura en el artículo 58.3 LCoop. y denomina al reparto de los beneficios retorno, tratándolo a partir de la dotación de los fondos conjuntamente con los excedentes y ofreciendo, por tanto, un régimen común para ambos, ya que parece que considera suficiente la distinción hecha en los apartados 1º y 2º del mismo precepto, que se resume en un porcentaje más elevado para los fondos en el caso de que lo que se reciban sean beneficios. El legislador señala una dotación distinta a los fondos en atención al origen de los resultados y deja en manos de los Estatutos o en su caso de la AG el destino final de lo no distribuido *ex lege*.

La doctrina ya planteaba estos problemas antes incluso de la redacción de la LCoop¹²⁶ y ahora no cabe duda que con la LCoop. no solo no se resuelven las cuestiones planteadas por la doctrina, sino que se tambalea el concepto en sí de retorno, puesto que el legislador llama retorno también a lo repartido entre los socios por actividades «no propias» de la sociedad. Entendemos que la inseguridad jurídico-conceptual en torno al retorno acaba por repercutir negativamente en la operatividad de la contabilidad separada, en el caso de que esta se llevase a cabo –puesto que es facultativa-, por lo que su efectividad se estanca en el mero establecimiento de una mayor dotación a los fondos en caso de beneficios, pero no garantiza en absoluto –como entendemos que era su finalidad- que más tarde no se reparta entre los socios auténticos beneficios.

En el art. 58.4 LCoop. se dejan expuestas dos ideas centrales del retorno en España, al menos en la legislación estatal. Una es el sometimiento de esta figura a los

¹²⁵ Es decir, ahora se reparten antiguas cantidades que tenían como único destino los fondos, lo cual de forma indirecta es una fórmula escondida de repartir los fondos. Según ARCO ALVAREZ J.L.; «Régimen económico...» *cit.* pg. 47, párr. 4º: «La repartibilidad de las reservas, equivaldría a permitir dividendos al capital».

¹²⁶ *Vid.*, LLOBREGAT HURTADO, Mª L.; *Mutualidad... cit.* pg. 425

principios de equidad y proporcionalidad y otra la discrecionalidad en manos de la AG o de los Estatutos para concretar la modalidad específica de hacer efectivo el retorno. El art. 58.4 LCoop. establece: «El retorno cooperativo se acreditará a los socios en proporción a las actividades cooperativizadas por cada socio con la cooperativa. Los Estatutos o, en su defecto, la Asamblea General, por más de la mitad de los votos validamente expresados, fijarán la forma de hacer efectivo el retorno cooperativo acreditado a cada socio».

Con la nueva LCoop. han desaparecido tres menciones directamente vinculadas al tema que aquí nos concierne. Una es la eliminación del concepto del retorno dentro de los elementos configuradores o, al menos, claves, del tipo cooperativo, ya que con la nueva Ley desaparece del art. 1º, dedicado al concepto, la alusión a dicho sistema. Otra mención que desaparece es la que figuraba en el art. 85.1.párr. 2º LGC, que llevaba como rúbrica: «El retorno cooperativo», y decía que «El retorno cooperativo en ningún caso se podrá acreditar en función de las aportaciones del socio al capital social». La tercera mención que desaparece es el antiguo ap. 2º del citado art. 85 LGC, que regulaba las diversas modalidades para ejecutar un retorno.

Algunas de estas omisiones que trae consigo la nueva redacción, creemos que se deben, en parte, a la inclusión por ésta de socios a los que se reparte el resultado positivo en función de su aportación al capital¹²⁷. Estamos refiriéndonos a los socios capitalistas de la S.Coop. mixta, denominados por el legislador como «partes sociales con voto» (art. 107LCoop), y al «socio colaborador» (art. 14 LCoop.)¹²⁸. Sobre este último, o mejor dicho, sobre el régimen jurídico concreto que apunte el sistema de distribución de resultados, la Ley guarda total silencio, aunque qué duda cabe que su

¹²⁷ La doctrina estudiosa de los textos anteriores ya se preguntó si «¿puede darse entrada en las sociedades cooperativas, sin desnaturalizar éstas a socios capitalistas, esto es, aportaciones de capital social, pero no interesados en la obtención de los servicios de la entidad?», *vid.*, ARCO ALVAREZ, J.L.; «Financiación...», *cit.* pg 35.

¹²⁸ El antecedente legislativo del socio colaborador lo encontramos en el art. 15 del proyecto de la Ley de 1974 en el que se establecía un régimen similar para el capital comanditario. Luego aparece en el capítulo V, LGC donde quedaba detallado el régimen aplicable para los asociados, cuyo régimen imperativo no dejaba mucho margen para su modificación en los Estatutos, como sin embargo sí ocurre con el colaborador en la LCoop.. El asociado se caracterizaba por no desarrollar la actividad social, no ascender la suma total de las aportaciones de su clase a más de un 33 por 100 y, lo más importante, no recibir el retorno cooperativo.

Entre la doctrina encontramos estudios referentes a la creación de una clase social que no desarrollen la actividad, como es el régimen propuesto para los socios comanditarios de una S.Coop., a los que no se les otorgaba el derecho al retorno cooperativo, *vid.*, ARCO ALVAREZ, J.L., «Financiación...» *cit.* pg. 44 y 45.

reparto se hará de igual modo que con las partes sociales con voto, es decir, en función del capital aportado¹²⁹ y no de la actividad realizada, puesto que no realizan ninguna. Nosotros pensamos que el colaborador es en definitiva otro socio capitalista, aunque así no se aclare en la Ley; y si ese no fuese el deseo del legislador, ¿qué explicación tendría entonces el límite que se introduce en el art. 107.2.c. a la reunión de votos en la Asamblea en manos de estos dos socios (partes sociales con voto y colaboradores) si coinciden en la sociedad¹³⁰? o dicho de otro modo ¿por qué, en definitiva, aumenta la suma de votos que pueden emitir en Asamblea estas dos clases de socios si no concurren¹³¹? Nos inclinamos a que ello se debe a que el legislador los considera supuestos capitalistas y, a su vez, por eso, no ha querido dar un tratamiento capitalista a un porcentaje superior del que señala, juzgando que así, tal vez, no se aleja del todo de la estructura mutualista y de los principios de la ACI. Con lo cual, no nos ha de extrañar que si existen socios capitalistas, cierto es que controladamente, el retorno no deba aparecer ya en el art. 1 LCoop. como mecanismo de distribución de resultados para todos los socios.

En relación con la segunda eliminación antes aludida, esto es, la que tiene que ver con la forma de acreditar el retorno, entendemos que a pesar de que el legislador mantenga en el art. 58.4 LCoop. que el retorno se acreditará en función de la actividad del socio con la S.Coop., creemos que probablemente eliminara el antiguo art. 85.1.pár.2º LGC, donde se señalaba la expresa prohibición de establecer bajo el instituto del retorno un sistema de reparto del resultado en función del capital aportado, bien porque erróneamente considera que a estas nuevas clases de socios lo que se les reparten recibe finalmente el mismo tratamiento que el retorno aunque sí perciben los resultados en proporción al capital aportado, y o bien, porque no ha querido reflejar con claridad la coexistencia de dos sistemas diferentes y opuestos de reparto, que sin embargo no entendemos en principio que sean también excluyentes, por lo que no se explica en este

¹²⁹ Esta forma de reparto, al menos claramente así expuesto por el legislador para las partes sociales con voto, en modo alguno encaja con el contenido mínimo de retorno cooperativo y sin embargo sí sigue el sistema que se establece bajo el nombre de dividendo en el art. 215. 1 de la LSA: «La distribución de dividendos a los accionistas ordinarios se realizará en proporción al capital que hayan desembolsado».

¹³⁰ Art. 107.2.c LCoop.: «En ningún caso la suma total de los votos asignados a las partes sociales con voto y a los socios colaboradores podrá superar el 49 por 100 del total de votos sociales de la cooperativas»

¹³¹ Art. 107.2.b LCoop.: «En estas cooperativas-refiriéndose a la clase mixta- el derecho de voto en la Asamblea General respetará la siguiente distribución: Una cuota máxima, a determinar estatutariamente, del 49 por 100 de los votos se distribuirá entre uno o varios socios titulares de partes sociales con voto...»

caso el «temor» de transmitir con nitidez la posibilidad de distribuir dividendos en la S.Coop. Nosotros también consideramos que debía esa frase eliminarse pero no por los motivos anteriores sino porque era redundante, ya que al hablar de retorno se ha de entender que excluye toda posibilidad del reparto en función del capital.

Quizás, por lo menos con relación a la primera hipótesis planteada, no deberíamos partir de la desconfianza en cuanto a la aprehensión del concepto mismo por parte del legislador. Sin embargo, lo que en principio no es más que una sospecha, se muestra con claridad en el art. 58.3 LCoop., toda vez que allí denomina, equívocamente «retorno» a lo que a los socios se les reparte por su «no participación» o por actividades entre sociedad y terceros. Esto, a su vez, conectado con la ya referida desaparición del contenido del retorno en el artículo primero de la Ley, dedicado, al igual que en la anterior, a elaborar un concepto de S.Coop., nos lleva a la intencionalidad, que no casualidad, de estas eliminaciones, en aras quizá, de variar o hacer más flexible la figura del retorno, permitiendo, en realidad, otros sistemas de reparto. El legislador de 1999, ya no se vale de las notas esenciales del retorno para configurar el concepto básico de S.Coop. y de ese modo al llegar al régimen jurídico aplicable de las clases de socios no tendrá que explicar la especialidad o, en su caso, la excepcionalidad del reparto de dividendos.

El legislador elimina determinados párrafos para no caer en contradicciones o, desde una perspectiva más optimista, en especialidades y/o excepciones. Sin analizar ahora nuestra postura a favor de la convivencia y conveniencia de estos distintos repartos, y por ende, de la progresiva capitalización de la S.Coop., concluimos que no obstaculizaba el mantener la redundante mención de que el reparto del retorno «nunca se hará en función del capital» (art. 85.1.párr.2º LGC), puesto que, a pesar de que luego, bajo el régimen vigente, se reparte a algunos miembros en función de lo aportado, no se incurre por ello en contradicción con el retorno. Lo que no debe intentar ocultarse es que se trata de otra figura u opción de reparto de resultados que coexiste con él. Es decir, en las normas que señalen el contenido del retorno, aún existiendo estos socios, se puede expresar con una finalidad docente o pedagógica, que no se repartirá bajo criterios de capital, porque ahí radica su especialidad frente a otros sistemas, y todo ello independientemente de que al margen se aplique otro sistema a «las partes sociales» y a «los colaboradores», ya que lo que a éstos se les distribuye no es un retorno sino otra

modalidad de reparto, posible ya en las S.Coop. desde la promulgación de la vigente Ley. De este modo, lo que estas clases de socios reciben no constituye una excepción o posibilidad dentro del retorno, sino una modalidad de distribución del resultado en el régimen económico-general de la S.Coop. que convive ahora con el sistema equitativo o proporcional. En cambio, nos parece oportuno que desaparezca del art. 1. LCoop. (concepto de S.Coop.) la mención del retorno, puesto que si desde allí se pretende describir un concepto lo más general posible para todas las S.Coop., no consideramos adecuado que se comience incluyendo el mecanismo de distribución vía retorno, puesto que se trata ya de una posibilidad, quizás la más generalizada, pero no la única. De este modo, el retorno no es un elemento esencial del concepto de S.Coop., sino una posible consecuencia derivada de la existencia de la S.Coop. El contenido del retorno no ha de variar por ello, lo que sí varía y se atenúa es el grado de sometimiento a los principios informadores de las S.Coop., como es el caso del retorno.

La Ley sí que mantiene en el art. 58.4 LCoop., que el retorno se acreditará a los socios «en proporción a las actividades cooperativizadas realizadas por cada socio con la cooperativa». Si ello se confronta con el contenido del art. 58.3 LCoop., el cual admite el reparto de retornos de las cantidades que resulten de operaciones que se realicen entre la sociedad y los terceros, ello nos lleva de nuevo a dos reflexiones: o bien existe una grave contradicción entre los citados apartados, si el legislador considera que lo que se reparte a los socios cuando las ganancias tienen su origen en actividades extracooperativas o extraordinarias son retornos, puesto que ahí los socios no desarrollaron actividad cooperativizadora alguna; o bien se está eliminando la idea de que exista una verdadera correlación entre actividad y resultado¹³². Es decir, puede que el legislador reparta en función de las otras actividades cooperativas en las que sí participó el socio.

La tercera y última mención que desaparece es el antiguo apartado 2º del citado art. 85 LGC, que regulaba las diversas modalidades de ejecutar un retorno. En dicho precepto, la derogada LGC. establecía tres posibles formas de hacerlo efectivo. Se podía satisfacer bien de forma inmediata a los socios, bien a través del incremento del capital social aumentando proporcionalmente las aportaciones de los socios o, finalmente, a

¹³² CUSA, E., *I ristorni... cit.* pag. 27.

través de la creación de un fondo con unas garantías establecidas en la AG para los socios. Creemos que el silencio refleja simplemente una mayor discrecionalidad de la AG. En principio, parece que por ello queda reforzado el poder del socio en la Asamblea sobre estos extremos, cosa que no desvirtuaría la idea de mutualidad, precisamente en su vertiente de «autogestión», si no fuese por el posible alto porcentaje de socios no cooperadores sino capitalistas que pueden asistir y votar en dicha reunión y, aunque con límites, con un régimen de votación también proporcional al capital aportado y no sobre la base de la regla tradicional para los socios de una S.Coop. de «un hombre un voto»¹³³.

El tratamiento dado al retorno se hace insostenible porque con estas confusas declaraciones que en torno al mismo realiza el legislador queda la figura desdibujada y desnaturalizada. Lo que se produce así bajo el mandato de la LCoop. es un «falso retorno», por lo que hoy la idea de que con el «retorno la cooperativa mantiene intacta su condición de sociedad no lucrativa»¹³⁴, ya no se puede predicar para la legislación vigente por su progresiva desvirtuación, que entendemos que culmina en la clara prohibición de que en las S.Coop. calificadas como «no lucrativas» se repartan retornos¹³⁵. Aspecto éste sin duda de gran relevancia, puesto que manifiesta, de forma clara, la identidad que el legislador establece entre lucro y retorno¹³⁶.

¹³³ Recordemos que las partes sociales con voto y los socios colaboradores, es decir, los socios que nosotros denominamos capitalistas, son objeto de este nuevo régimen.

¹³⁴ LLOBREGAT HURTADO, M^a:L. *Mutualidad...*, cit., pg. 436.

¹³⁵ Disp. ad. 1^a Calificación como entidades sin ánimo de lucro: «Podrán ser calificadas como sociedades sin ánimo de lucro las que... en sus estatutos recojan expresamente: ap. a) Que los resultados positivos que se produzcan en un ejercicio económico no podrán ser distribuidos entre sus socios».

¹³⁶ Vid. GADEA, E., SACRISTAN, F., VARGAS VASSEROT, C., Régimen jurídico de la sociedad Cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma, Madrid, 2009, pg. 36, «Dicho con toda claridad, no vemos ninguna dificultad para que una cooperativa, al igual que cualquier sociedad lucrativa, obtenga beneficios sociales de la intermediación. La diferencia debe residir en la forma de distribución: en el caso de las sociedades lucrativas, la distribución a los socios se realizará en función del capital aportado y en el caso de las cooperativas, después de atender a sus fondos obligatorios (incluido el FEP), la adjudicación a sus miembros se realizará en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada uno en la entidad». Entendemos que nuestra tesis cobra mayor fuerza cuando se considera por la doctrina, como es este caso, que la figura del retorno es a su vez un claro elemento singularizador de las S.Coop.

3.3.3. Caracteres de los modelos normativos cooperativos-mutualistas resultantes

a) Preliminar

Como hemos dejado señalado en los epígrafes precedentes, con la L. 99 se modifican algunos aspectos hasta tal punto, que llegamos a dudar de que la trascendencia jurídica que ello comporta haya sido, realmente, la intención del legislador. El objetivo de esta nueva redacción no ha podido ser la creación de un régimen ambiguo e incierto, como bien se materializa en el retorno. Todos los aspectos que con el nuevo régimen se ven modificados esconden la intención de dar paso a la creación de un modelo normativo cooperativo abierto, el más abierto que la trayectoria de nuestro derecho estatal de S.Coop. ha conocido. Creemos que el legislador en su afán de apertura, ha sacrificado la correcta elaboración y armonización de su norma. Sin criticar la misma finalidad de apertura que busca el legislador con la LCoop., sí denunciaremos el hecho de que pesase más el fin que éste ha perseguido que la adecuada elaboración de los conceptos jurídicos de los que se ha servido para alcanzarlo. El legislador, sin pretenderlo, coloca institutos determinantes para la comprensión de los modelos normativos en un estado de crisis tal, que obliga a su reelaboración o redefinición. Así ocurre fundamentalmente con el retorno cooperativo, con la actividad cooperativizadora o con la finalidad del establecimiento de una contabilidad separada.

Casi todos los aspectos que modifican la LGC se encaminan a la posibilidad de creación de una S.Coop. abierta así que, aunque las novedades que introduce la LCoop. no se centran en el modelo cerrado, la despreocupación por el mismo es sólo aparente, siendo falso que le otorgue a dicho modelo menor importancia. Hasta el momento, el modelo normativo que se iba sucediendo de Ley a Ley era un modelo cerrado, de ahí que no se ocupe de su creación, porque ya está creado. Por eso se ocupa de elaborar el régimen que no existe, aunque velando para que con los nuevos preceptos que incluye y con los que deroga, no desaparezcan las normas necesarias para elaborar el modelo cerrado.

El régimen de la LCoop. resultante goza de una gran flexibilidad, puesto que, en definitiva, lo que se pretende es la creación de una normativa que, fundamentalmente, ofrezca opciones. Opciones que bien es cierto que distan tanto unas de las otras que, a

veces, se pierde el hilo conductor de esta sucesión de normas o de la homogénea naturaleza de las que todas debieran arrancar. Por eso serán los socios en AG o los Estatutos los que decidan cuál de los dos grandes modelos normativos desean construir.

En fin, si una alabanza puede dedicarse al legislador de 1999, ésta debe relacionarse con que lejos de ser un mero copista de los textos legales anteriores es un pionero, al menos en el ámbito estatal, en cuanto a la inserción de un régimen de S.Coop. tan abierto y capitalista¹³⁷. Se alzan con la Ley vigente dos claros modelos normativos. El modelo abierto y el modelo cerrado, y aunque los denominemos del mismo modo que hemos denominado a los modelos normativos en el marco comunitario, comparado y nacional hasta el momento, el contenido original que de uno y otro elaboramos en su momento, no se adecua plenamente a lo que bajo el régimen vigente vamos a considerar como modelo abierto y modelo cerrado.

b) El modelo normativo cooperativo mutualista abierto

b.1. Introducción

La LCoop. permite, con mayor facilidad que las anteriores, cierto alejamiento de los principios de la ACI y de la mutualidad (lo que sucintamente se predica de un modelo abierto)¹³⁸. Pero la novedad frente al modelo abierto ya descrito lo comporta el hecho de que el retorno no es indicador ya de un modelo cooperativo cerrado, o lo que es lo mismo, el retorno ahora se inserta en el modelo abierto. En un primer momento, tal aseveración nos ha de producir al menos perplejidad, puesto que no se entiende cómo puede ser indicador de un modelo abierto, en definitiva, con altas connotaciones capitalistas, una figura que sintetiza como ninguna otra el espíritu cooperativo más

¹³⁷ Fuera de un marco estrictamente estatal, si se ha dicho que es la Ley vasca la verdadera inspiración del impulso renovador de la vigente LCoop., *vid.* PANIAGUA ZURERA, M., *Op. cit.*, pg. 47

¹³⁸ La importancia de recepción de un modelo economicista o más alejado a los estrictos cauces en los que se desarrollan los principios cooperativos, ha sido apuntado ya por la doctrina, la que en ocasiones ha entendido la necesidad de las S.Coop. de optar por instrumentos que les ayuden a superar crisis financieras y a concurrir al mercado con los competidores en igualdad de condiciones, *vid.*, PASTOR SEMPERE, C., «Empresa cooperativa y modelo constitucional: una aproximación», *RdS*, 2000, pg. 194-202.

genuinamente cerrado y mutualista, como así tantas veces hemos apuntado que la doctrina nos indica .

En la Disp. ad. 1ª LCoop. se califican como «entidad sin ánimo de lucro» las que entre otros aspectos: «... en sus estatutos recojan expresamente: ap. a) Que los resultados positivos que se produzcan en un ejercicio económico no podrán ser distribuidos entre sus socios», sin que en ningún momento posterior se excluya de tal prohibición el sistema de reparto por retorno cooperativo, por lo que entendemos que la misma es extensible a la distribución de retornos. Sin embargo, tras una pausada lectura de toda la LCoop., y ya no sólo de la Disp. ad. 1ª LCoop., se entiende a la perfección lo ocurrido. El retorno es, como ya hemos indicado en apartados anteriores, a veces retorno y a veces dividendo, aunque así no se indique. Es esta la única explicación que encontramos al nuevo tratamiento dado al retorno. El legislador opta por un mecanismo de «cajón de sastre», es decir, no distingue entre lo que es retorno de lo que es un dividendo, o de lo que pueden ser figuras intermedias de distribución de excedentes. El legislador, consciente de ello se ve obligado a alejar esta tradicional figura del modelo normativo cerrado.

b.2. La Sociedad Cooperativa lucrativa

La clasificación jurídico-fiscal que se hace entre las S.Coop. lucrativas y las no lucrativas por nuestro legislador, difiere de la que encontramos en nuestro nuevo modelo normativo abierto.

Para el legislador será lucrativa, además de por las otras circunstancias señaladas en la Disp. ad. 1ª LCoop., por el mero hecho de repartir entre los socios los resultados, independientemente de cómo se repartan. Para nosotros, se conforma, principalmente, el modelo normativo abierto lucrativo, porque para la obtención de su fin potencie su aspecto empresarial, económico y competitivo valiéndose de socios capitalistas y por ende del sistema de reparto conocido como dividendo o de figuras intermedias entre el dividendo y el retorno. Nos referimos no al contenido normativo que así expresamente lo señale, puesto que como ya hemos indicado en numerosas ocasiones, el legislador no

reconoce formalmente la existencia de dividendos –salvo para las partes sociales con voto, art. 107.4.párr.2º LCoop.-, sino cuando así nosotros lo entendamos.

Por otro lado, un régimen contable que no distinga el origen de los resultados nos lleva a que lo que se reparta puedan ser dividendos. En todo caso, lo que es claro es que no son retornos. No cabe duda que no se obliga a ninguna S.Coop. a llevar una contabilidad conjunta, ni a que existan socios capitalistas. Simplemente se permite y entendemos que cuando así se haga nos encontramos con un modelo abierto lucrativo.

De todas formas, recordemos que esta apertura denominada lucrativa es relativa, puesto que lo que aquí parece un modelo de caracteres definidos y extremos, fuera del tipo cooperativo no es más que un híbrido en el derecho de sociedades. Las normas como el art. 4 LCoop. –«operaciones con terceros»- nos recuerdan el control, que incluso en este modelo hay siempre ante la posible relación de la persona jurídica con los terceros.

b.3. El Sociedad Cooperativa no lucrativa.

Se trata del modelo normativo cooperativo intermedio a caballo entre el modelo abierto lucrativo y el modelo cerrado. En él se da acogida a todos aquellos impulsos de fomento de la vertiente empresarial de la S.Coop. en detrimento de su vertiente mutualista más estricta, pero siempre dentro de unos cauces, esto es, sin permitir ni la contabilidad conjunta, ni los socios capitalistas, al menos en un elevado porcentaje, ni sistemas de reparto diversos al retorno, al menos entre los socios cooperativos. Es decir, el modelo que subyace en la LCoop., que denominamos abierto no lucrativo permite los retornos por lo que, como ya hemos indicado, no se corresponde a la clasificación jurídico fiscal hecha por el legislador, ya que éste clasifica a las S.Coop. como no lucrativas cuando no se realizan tampoco retornos.

El fomento de la vertiente empresarial dentro de unos límites puede venir dado por la composición del órgano de gestión. Así, podría darse un determinado porcentaje de expertos independientes dentro de éste, precisamente para agilizar y mejorar la gestión

empresarial de la sociedad. Igualmente, entendemos que una política de reparto de retornos y no de un mayor engrosamiento de los fondos nos puede indicar un modelo coop. abierto, no obligatoriamente lucrativo. El uso de mecanismos indirectos de ampliación de operaciones con terceros es también considerado por nosotros como otro ejemplo de apertura de la S.Coop., sin entrar tampoco por ello obligatoriamente en la denominada S.Coop. abierta lucrativa.¹³⁹

En ningún caso se va a permitir dentro del modelo así construido la existencia de los socios capitalistas ni de forma directa, a través de la asunción de socios colaboradores o de partes sociales con voto, ni de forma indirecta, esto es, confundiendo los resultados anuales por el establecimiento de un régimen de contabilidad conjunta.

c. El modelo normativo cooperativo mutualista cerrado

A pesar de que, tras analizar las principales modificaciones realizadas en la LGC, se deduzca el claro interés del legislador por abrir en todo lo posible la S.Coop, no hay que olvidar que se mantienen los preceptos que dibujan el modelo de la S.Coop. cerrada ya descrita. La peculiaridad que encontramos frente al modelo cerrado español hasta el momento recogido, es que las normas que ahora lo configuran tienen un carácter dispositivo (como sucede con las normas que conforman los modelos cerrados en los ordenamientos italiano, francés y comunitario)¹⁴⁰. En la LCoop. se contienen los preceptos necesarios para construir con toda facilidad una S.Coop. cerrada, pero queda en manos de los socios el así disponerlo en los Estatutos.

¹³⁹ La ampliación de las vías para operar con terceros la encontramos a veces de forma indirecta a través de p.e. la admisión de los socios denominados por la doctrina, acertadamente, como socios intermitentes, en el art. 13.6. Así en PASTOR SEMPERE, C., «Notas en torno a las principales novedades de la nueva Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas», *REVESCO*, vol. 69, 1999, pg. 158 ap. 6. Igualmente, con la inclusión de actividades en el objeto social que antes claramente quedaban excluidas se consigue mayor actividad con terceros. Esta ampliación se observa al confrontar los arts. 83.2 LGC *versus* art. 57.3 LCoop.. Se puede comprobar a través de su lectura la amplitud de operaciones no propias que se logra con la LCoop. a través de las puntualizaciones o excepciones que se contienen en el art. 57.3 LCoop..

¹⁴⁰ El elenco de normas de carácter facultativo que conforman el modelo cerrado son consecuencia de la coexistencia de varios modelos. La convivencia de varios modelos implica así la lógica proliferación de un mayor número de normas dispositivas.

Los contenidos que utilizamos para identificar la S.Coop. perfecta que se creaba bajo la LGC encuentran cabida en la actual legislación. Fundamentalmente nos estamos refiriendo al régimen de contabilidad separada; a la explícita prohibición de la persecución del lucro¹⁴¹; a la admisión únicamente de socios que vayan a participar de forma activa en la consecución del objeto social o socios cooperadores; la irrepartibilidad de los fondos y de las cantidades que provengan de actividades con terceros etc... Lo único que no se recoge, como venimos apuntando, en el elenco de normas que conforman el modelo cerrado en la actual redacción, es la ejecución de retornos cooperativos.

4. La desmutualización en España en el marco del proceso europeo de desmutualización.

España no ofrece por su parte tampoco ofrece en su legislación especial sobre S.Coop. una definición de mutualidad y ni siquiera se alude a ella de manera directa en su vigente Ley, LCoop. Sin embargo, la mutualidad aparece ligada a las cooperativas en España de manera indirecta, por vía interpretativa, ya que resulta reiterada la afirmación doctrinal acerca de la naturaleza esencialmente mutualística de las S.Coop¹⁴² y a su vez, los principales caracteres de la mutualidad (el retorno cooperativo, la tendencia a la ausencia del ánimo de lucro o la doble condición de socio-usuario...) son fácilmente identificables en los textos normativos que han estado vigentes a lo largo de toda nuestra larga historia legislativa en materia de S.Coop.

La LCoop. crea una S.Coop. abierta. Para ello, entre otros aspectos, se ha flexibilizado claramente el régimen relativo a los límites de las operaciones con los terceros-no socios¹⁴³.

¹⁴¹ La diferencia en el tratamiento del lucro es que el motivo de su prohibición ya no se debe, como en las primeras normas, a temas de configuración del tipo societario cooperativo, sino a aspectos meramente de índole fiscal.

¹⁴² *Vid.*, por todos, LLOBREGAT, HURTADO, M^a. L., *La mutualidad y empresas cooperativas*, Barcelona, 1990. pg. 22, «...así como existe mutualidad sin cooperación, no cabe, en principio, cooperación sin mutualidad.»

¹⁴³ *Vid.* PASTOR, SEMPERE, C., «La sociedad cooperativa europea domiciliada en España», *cit.* pg. 136. párr. 2º.

Se puede afirmar que el ordenamiento español sigue la línea europea a la hora de valerse de meros inversores o socios capitalistas para potenciar la actividad-cooperativa. Además, con la misma vocación creemos que se produce una recalificación de las actividades cooperativas y así con la nueva redacción al aumentarse en número las actividades que son consideradas cooperativas, lo que verdaderamente se aumentó fue la posibilidad de los socios de participar en los resultados de la sociedad, puesto que, en principio, sólo los resultados considerados como cooperativos deben ser susceptibles de reparto entre miembros cooperadores¹⁴⁴.

En la anterior redacción, el legislador consideraba «extracooperativos» todos los resultados positivos procedentes de fuentes ajenas a los fines específicos de la S. Coop. mientras que ahora, para los mismos efectos, dice que podrán calificarse de «extracooperativas» las actividades que engloben las situaciones arriba descritas cuando se consideren «instrumentales o preparatorias, sin que se aclare o que incluye con exactitud el término actividad preparatoria o accesorio» y dejando por tanto cierto margen a la hora de concretar tales actividades¹⁴⁵.

Otro claro ejemplo o muestra que apoya la existencia de la configuración de una S. Coop. abierta se recoge en el régimen sobre la contabilidad. Entendemos que ésta repercute negativamente de forma principal en la individualización del instituto del retorno, el cual ha sido reconocido tanto en la doctrina española como en la comparada, especialmente en la italiana, como gran exponente en las S.Coop. de un sistema mutualista, consistente en devolver al socio el resultado obtenido en la S.Coop. en proporción a su participación en las actividades que lo originaron¹⁴⁶.

Por todo ello entendemos que estamos en España también en un proceso de desmutualización como en el resto de Europa, sin que el término nos induzca a error, esto es, no en el sentido de alejamiento de la mutualidad sino en el reconocimiento de su

¹⁴⁴ Sobre los nuevos resultados cooperativos que introdujo la LCoop y sus consecuencias, *vid.*, PANIAGUA ZURERA M., «La determinación y la distribución de los resultados del ejercicio económico en la sociedad cooperativa: propuesta de armonización legislativa», *RdS*, núm. 25, 2005, pg. 210.

¹⁴⁵ *Vid.* art. 83.2 L 3/1987, de 2 de abril General de Cooperativas, y *cf.* art. 57.3 Ley 27/1999, de 16 de julio de Sociedades Cooperativas.

¹⁴⁶ BONFANTE, G., «La riforma de la cooperazione della Commissione Vietti», en *Le società*, núm. 11, 2002, pg. 1334, párr. 3º, en donde se afirma que: «el retorno se convierte ahora en un elemento esencial del contrato de sociedad cooperativa evidenciándose así indirectamente como el servicio mutualista más que el dividendo representa la finalidad distintiva de este instituto»

vertiente externa en el sentido que como ya nos indicó la doctrina italiana, la nueva sociedad cooperativa pretende ser un instrumento de utilidad pública y de fomento del cooperativismo, lo cual entendemos que se ajusta perfectamente al mandato constitucional español.

Sin embargo, el fomento de una mutualidad externa, o de la desmutualización no justifica la vulneración del sistema del retorno y si se reparten dividendos bajo el termino de retorno éste se desdibuja y además pierde su función correctora que le atribuye la doctrina¹⁴⁷, en tanto que consigue ajustar la diferencia entre el precio de mercado y el cobrado por la sociedad mediante la distribución de cantidades entre los socios en proporción a su participación en la sociedad.

5. Los modelos normativos en la vigente regulación autonómica en materia de sociedades cooperativas (País Vasco, Valencia, Andalucía y Cataluña)

5.1. Introducción

Las razones del actual y desmesurado desarrollo de normas autonómicas en materia de S.Coop. tienen su origen tanto en la redacción de nuestra CE como en nuestro C.Co.¹⁴⁸ Así, el origen del actual marco jurídico español en materia de S.Coop. españolas arranca de la misma promulgación de la Constitución Española de 1978 (CE) y de la distribución que ahí se hizo de las competencias entre el Estado y las CCAA¹⁴⁹. La CE se refiere en un único precepto a las S.Coop. en los siguientes términos: Art. 129.2 CE: «Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las

¹⁴⁷ MORILLAS JARILLO, M^a J., *Las sociedades cooperativas*, Madrid, 2008, pgs. 77 y 78.

¹⁴⁸ *Vid.*, MORILLAS JARILLO, M^a J. y FELIÚ REY, M.I., *op. cit.*, pg. 42.

¹⁴⁹ Entre nuestra doctrina se ha generalizado la idea de que la CE es el punto de inflexión para un nuevo marco legislativo en materia de S.Coop. LLOBREGAT HURTADO, M^a:L., *Mutualidad...*, *cit.*, pg. 114; VARGAS VASSEROT, C., *op. cit.* pg. 20 y ss.; GARCIA-GUTIERREZ FERNÁNDEZ, C., «La necesidad de la consideración de la sociedad cooperativa como entidad mercantil para su adecuada regulación», *REVERSCO*, núm. 66, 1998, pg. 211.

sociedades cooperativas», algo que nuestra doctrina en general no considera que se logre con la proliferación actual de leyes de S.Coop. desde las Autonomías¹⁵⁰.

La CE propició la modificación decisiva del mapa administrativo y político del país mediante el derrumbamiento de un concepto de Estado fuertemente centralizado y su sustitución por una nueva organización territorial descentralizada configurada hoy por diecisiete CCAA con distinto grado de competencia legislativa en función del contenido de sus respectivos Estatutos de Autonomía, no obstante las competencias que se reserva en exclusiva el Estado.

Parece ser que la previsión contenida en el art. 149.1.6 CE: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ...legislación mercantil, penal y penitenciaria...», no fue suficiente para entender que la S.Coop., como sociedad mercantil que es¹⁵¹, no debía ser legislada bajo ninguna forma por las CCAA¹⁵².

A pesar de que la naturaleza mercantil de la S.Coop. sea reconocida por la generalidad de la doctrina¹⁵³, entre otras razones por su explícita base jurídico-

¹⁵⁰ Refiriéndose al desarrollo legislativo en las CCAA en materia de S.Coop. se ha apuntado por LLOBREGAT HURTADO, M^a:L., *Mutualidad...*, cit., pg. 115: «...que adolece de no pocas dificultades en el orden práctico». Por su parte, GARCIA-GUTIERREZ FERNÁNDEZ, C., «La necesidad...», cit., pg. 215 señala: «El proceso de elaboración del marco legal en materia de sociedades cooperativas en el Estado español de las Autonomías puede calificarse de despropósito, absurdo, anticooperativo, inconsistente, desajustado con el del entorno, contraproducente y poco riguroso, como lo demuestra el sistemático pero equívoco proceso de elaboración y derogación, en un corto plazo, por una nueva ley».

¹⁵¹ Vid. En relación a la derogada LGC se afirmó por URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 22^a ed, Madrid, 1995, pgs 559 y 560 que: «La mercantilidad de estas sociedades, ya prevista como posible en el art. 124 del C.Co., queda plenamente consolidada en la vigente ley al reconocer abierta y claramente que desarrollan actividades empresariales (arts. 1 y 116), que pueden realizar con terceros no socios actividades y servicios coopeativizados (art. 5) y que en caso de insolvencia *les será aplicable la legislación sobre suspensión de pagos y quiebras* (art. 110 y 115)»; por su parte, GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades*, cit., pg. 106, señala «La actividad de la cooperativa es empresarial, es decir, toma como referencia y como método en su actuación las características de la actividad del empresario. La persona jurídica actúa, en la vertiente de su relación con el mercado, como otro empresario»; asimismo SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Valladolid, 1974, pgs 74, 75 y 79 escribió «Una interpretación progresiva de nuestro Derecho debería consentir la calificación de la sociedad cooperativa como empresario», «ampliando el concepto de sociedad mercantil de forma que pueda comprender sociedades no lucrativas, cabe aproximar al mismo a las cooperativas».

¹⁵² Vid, GARCIA-GUTIERREZ FERNÁNDEZ, C., «La necesidad... », cit. pgs. 207-234.

¹⁵³ Las voces que con mayor insistencia rechazaron la idea de la mercantilidad de las S.Coop. fundamentalmente por su falta de persecución del lucro (vid. MOYA JIMÉNEZ, A., *El Código de Comercio*, Madrid, 1898, pg. 67 y BLANCO CONSTANS, B., *Estudios elementales del Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1902, pg. 484) pertenecen a un período previo a la maduración de la teorías doctrinales que sirvieron posteriormente a muchos de pilar para consagrar la justificación jurídico positiva de la mercantilidad de las .S.Coop.

positiva¹⁵⁴, se permite la elaboración de leyes autonómicas reguladoras del tipo societario cooperativo por todo el Estado Español, salvo en las CCAA de Ceuta y Melilla, por razones obviamente de peso político más que jurídico. Parece ser que era necesario reservar de forma directa y expresa la competencia exclusiva del Estado en materia de S.Coop., como si se tratase de algo diferente al derecho mercantil. De todos modos, tampoco se encuentra el incorrectamente denominado «derecho cooperativo» -como si de una nueva rama del ordenamiento se tratase, como si igualmente nos debiéramos referir a un «derecho limitado o anónimo» para aludir a las normas sobre las SRL o las SA-, dentro del listado de competencias autonómicas atribuidas en el 148 CE a las CCAA.

¹⁵⁴ En el final del ap. 1º del mismo prólogo de la LCoop. se expresa esta idea con nitidez cuando dice que: «...nadie puede negar que la base de toda cooperativa es una actividad económica organizada, es decir empresa. Por esta razón elemental, la cooperativa como forma jurídica societaria es una forma jurídica de empresa. Y la empresa es uno de los criterios que delimitan la materia mercantil. Es más, el Derecho Mercantil se define como el Derecho de la empresa y del empresario. Esa concepción aceptada universalmente, explica que el régimen de la sociedad cooperativa pertenezca al Derecho mercantil». Por lo que entendemos que queda superado el contenido del desactualizado art. 124C.Co.: «... las cooperativas de producción, crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija». El precepto considera que la S.Coop. sólo es mercantil si realiza operaciones con terceros, entendidas como tendentes a la búsqueda de lucro, por lo que hoy no puede ser el precepto interpretado sin más en este sentido y olvidándose de la Teoría general de sociedades que implica el reconocimiento de los conceptos amplio y restringido de sociedad y de la división de las sociedades en función de la estructura organizativa escogida y no de los fines que con ésta se persigan. Como quiera que sea, la S.Coop. tiene claramente bajo el mandato de la LCoop., una proyección al mercado. Así, entendemos que la S.Coop. se dedica a la producción de bienes y servicios para terceros, aunque no siempre con la misma intensidad, dependiendo, como es lógico, de la clase de la S.Coop. ante la que no encontremos, de la dimensión de su actividad, del número de socios, del fin concreto perseguido, de la situación económica y financiera en la que se encuentre etc... Algunos ejemplos que desde la Ley podemos observar los encontramos en aquellos preceptos donde se delimita el objeto social de las distintas clases de S.Coop.. Es el caso del art. 80 LCoop., referido éste a las S.Coop. de trabajo asociado: «Objeto y normas generales: ... proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes y servicios para *terceros*»; del Art. 88 LCoop., dedicado a las S.Coop. de consumidores y usuarios; «Objeto y ámbito: ... tienen por objeto el suministro de bienes y servicios adquiridos a *terceros* o producidos por sí misma, para uso o consumo de los socios y de quienes con ellos conviven...»; del Art. 102: «Objeto y normas aplicables: Son cooperativas sanitarias las que desarrollan su actividad en el área de la salud, pudiendo estar constituidas por los prestadores de la asistencia sanitaria, por los destinatarios de la misma o por unos y por otros», en relación a este último supuesto que traemos, bien es cierto que «todos», esto es, los pacientes y los sanitarios pueden ser socios pero la LCoop. deja clara la posibilidad de que sean bien unos u otros permitiendo pues que los terceros presten o reciban los servicios. En este orden de ideas, *vid.*, LLOBREGAT HURTADO, M^a:L., *Mutualidad...*, *cit.*, pg.41, not. núm. 60: «El derecho mercantil es derecho regulador del comercio no porque éste recaiga sobre una determinada clase de objetos (bienes muebles) ni sobre un sistema de contratos que le sea peculiar y exclusivo, ya que las mismas cosas pueden ser objeto del Derecho Civil y Mercantil y los mismos tipos contractuales pueden presentar una naturaleza u otra, sino porque el sistema legal aparece todo él dominado por la idea de circulación».

A pesar de todo ello, y siguiendo el tenor literal que se recoge en el art. 149.1.6. CE, la totalidad de la doctrina española entiende que las S.Coop. se ubican en la materia mercantil¹⁵⁵, lo que no coincide con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que entendió en su STC 72/1983, de 29 de julio, que el derecho cooperativo podía legislarse por las CCAA.

Las primeras CCAA que legislaron la materia fueron, por este orden: el País Vasco, Cataluña, Andalucía y Valencia¹⁵⁶. Cada una, por su parte, entendió que la realidad de legislar la materia relativa a las S.Coop., se adecuaba totalmente a derecho¹⁵⁷, además de considerar necesaria la redacción de una norma que regulase desde las autonomías la materia de S.Coop.¹⁵⁸.

Así, en continuidad con el marco normativo descrito, se recoge en el art. 2 LCoop. que lleva como rúbrica «Ámbito de aplicación» que: «La presente Ley será de aplicación: A) A las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal. B) A las sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y Melilla»¹⁵⁹. Queda pues la LCoop. relegada a las CCAA de Ceuta y Melilla, y cuando

¹⁵⁵ Así, de manera explícita es recogido en los manuales de los profesores URÍA, R., *Op. cit.*, pg. 601 y ss; SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 30ª ed., Navarra, 2007, pg. 673 y ss; GIRON TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., pgs. 94 y ss; VICENT CHULIA, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 20ª ed., Valencia, 2007; 663 y ss; BROSETA PONT, M., y MARTINEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, 12ª ed., Madrid 2005, pg. 622.

¹⁵⁶ El proceso legislativo se inició con la L. vasca 1/1982, de 11 de febrero, y sigue con la L. catalana 4/1983, de 9 de marzo, a la que le siguió, la L. andaluza de 2/1985, de 2 de mayo y finalmente continuó la L. valenciana 11/1985, de 25 de octubre.

¹⁵⁷ La competencia en las autonomías parten de las siguientes normas: art. 10.23 del Estatuto de Autonomía del País Vasco; art. 9.21 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 13.20 del Estatuto de Autonomía de Andalucía y art. 31.21 del Estatuto de Valencia.

¹⁵⁸ Es cierto, que como en ocasiones ha recogido la doctrina es obvio que las CCAA conocerán mejor que nadie sus necesidades socio-económicas. Así según LLOBREGAT HURTADO, Mª.L., *Mutualidad...*, cit., pg. 116: «La existencia de una legislación autonómica en materia de cooperativas satisface en primer término y fundamentalmente determinadas exigencias sociales, en zonas geográficas, como la del País Valenciano, de tan honda y dilatada experiencia cooperativa, su alcance y significación se dejan sentir con particular vigor. Por otro lado, representa un intento original y valioso de adecuar la legislación estatal a las particularidades regionales, contribuyendo por esta vía a su modernización.». Sin embargo, tal necesidad no justifica por sí sola y menos mientras se mantenga vigente el art. 149.1.6 CE, la redacción de ninguna norma en materia de S.Coop. de carácter jurídico privado mercantil por las autonomías.

¹⁵⁹ GARCIA-GUTIERREZ FERNÁNDEZ, C., «La necesidad...» cit., pg. 211: «Sin embargo, se va a producir un fenómeno de sorteo de la norma autonómica. No importa que en cada Autonomía haya

la actividad de la S.Coop. no sea realizada de manera principal en ninguna de las comunidades en las que se desarrolle, sin apuntar por otro lado, los criterios cuantitativos o cualitativos para conocer dónde se desarrolla principalmente. Igualmente, será de aplicación la LCoop. de forma subsidiaria o supletoria en cumplimiento del art. 149.3 CE¹⁶⁰.

Las CCAA del País Vasco, Cataluña, Andalucía y Valencia ya citadas, nos servirán de muestra para realizar un estudio del modelo o modelos normativos adoptados por el legislador autonómico. Nuestro criterio común para su elección no ha sido otro que el hecho de tratarse precisamente de las primeras CCAA -que incluso cuentan hoy todas con una pequeña trayectoria legislativa¹⁶¹- que optaron desde un momento muy temprano por su propia regulación. Ninguna de ellas requirió de una ley orgánica que las facultase para legislar con competencia exclusiva, ya que así se les permitió desde el inicio de la aprobación de sus respectivos Estatutos de Autonomía¹⁶².

En relación con la siguiente elaboración que realizaremos de los modelos normativos en el marco del derecho autonómico vigente, no queremos dejar de señalar que todas las CCAA elegidas participarán de un carácter mutualista, al menos en sus actuales redacciones, del que entendemos que hasta el momento participan todos los ordenamientos estudiados –comparado, comunitario y nacional- salvo el alemán.

competencia legislativa. Si la ley general es mejor las sociedades cooperativas con sede en las diferentes Autonomías procurarán trascender de la autonomía, aparte de la necesaria subsidiariedad de las normas».

¹⁶⁰ MORILLAS JARILLO, M^a.J. y FELIÚ REY, M.I., *op.cit.*, pg. 59.

¹⁶¹ La reseña de la vigente legislación de S.Coop. en estas autonomías es la siguiente: Ley 1/2000, de 29 de junio, de Cooperativas de Euskadi (*BOPV* núm. 146, de 1 de agosto de 2000); Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de Cataluña (*DOG* núm., 3.678, de 17 de julio; *BOE* núm. 179, de 27 de julio de 2002); Texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, aprobado por D.L. 1/1998, de 23 de junio (*DOGV* núm. 3.275, de 30 de junio de 1998); Ley 2/1999, de 31 de marzo, de sociedades cooperativas andaluzas (*BOJA* núm. 46, de 20 de abril; *BOE* núm. 107, de 5 de mayo de 1999).

¹⁶² MORILLAS JARILLO, M^a.J. y FELIÚ REY, M.I., *Op.cit.*, pg. 42

5.2. Estudio en las leyes autonómicas de los presupuestos jurídicos necesarios para la conformación de los modelos normativos mutualistas abierto y cerrado.

Como en reiteradas ocasiones hemos apuntado, el modelo normativo abierto nos lo descubrirá principalmente el régimen jurídico regulador de los socios no cooperadores, de las operaciones con terceros, del sistema –conjunto o separado- de la contabilidad y del destino del reparto, tanto de los excedentes como de los beneficios, en caso de que se puedan distinguir.

La flexibilidad normativa existente ante la generalizada recepción de socios que en sentido estricto no desarrollan la actividad cooperativa, o dicho de otro modo, cuyo vínculo en síntesis se reduce a la aportación de capital que estos efectúan a la sociedad, se hace patente en todas las CCAA que estudiamos¹⁶³. Bien es cierto que en ocasiones estos socios no son siempre desde un inicio meros socios capitalistas puesto que, como sucede con los colaboradores en la LCoop. (art. 14 LCoop.), en algunos casos fueron en origen auténticos socios-cooperadores. Sea como fuere, estos socios no cooperadores (en el sentido de que no cooperan con la S.Coop. en el desarrollo del objeto social de forma activa), los cuales por justa causa, o por mera financiación de la sociedad, no sirven para singularizar al tipo como S.Coop., se encuentran, como ocurre en el ordenamiento nacional, limitados¹⁶⁴. Ahora bien, su sola previsión jurídico-positiva tiene, como creemos que es evidente, mayor vocación de apertura que de clausura del modelo. En todo caso, no encontramos, como tampoco nos sucedió en el ordenamiento nacional, una laxa y/o poco detallada regulación que sirva como base para la desvirtuación del plano subjetivo que comporta la S.Coop. Tampoco ninguna de las leyes autonómicas –refiriéndonos siempre a las cuatro que abordamos- exige la obligación de asunción de tales socios, por lo que entendemos que, al ser derecho dispositivo, puede quedar derogada su previsión en los Estatutos y clausurar la S.Coop., al menos desde este ámbito.

El régimen jurídico aplicable a las relaciones de la sociedad con los terceros es recogido por todas las autonomías (cfr. art. 5 LCPV; art. 4 LCC; art. 7 LCA; art. 1, 2 y

¹⁶³ Art. 19.2 LCPV, art. 30. 1º y 2º LCPV, art. 27 c) 1º y 2º LCC, art. 27b) 2º LCC, art. 33.1 y 2 LCA, art. 35.1 LCA, art. 23 LCV, art. 24 LCV etc...

¹⁶⁴ Art. 14 párr. 3º LCoop. y art. 107. 2.a y c LCoop..

65 LCV), lo que no se aparta de la trayectoria legislativa nacional en el sentido de que estas son consentidas (sin entender que por su existencia se desvirtúe el tipo), reconocidas expresamente (bajo un único precepto) y reguladas (estableciendo en otros preceptos los mecanismos de control, principalmente en torno al reparto del eventual beneficio que el desarrollo de la actividad con terceros se pueda derivar para la sociedad).

Precisamente el control o la ulterior regulación que de dichas operaciones con los terceros puede realizar la sociedad se materializa en el régimen que se establezca en la contabilidad, en el caso de LCPV, donde se establece la existencia de limitaciones legales y que en todo caso la naturaleza de dichas operaciones sea «accesoria». Sin embargo, donde se demuestra el verdadero control y desincentivo para que las mismas S.Coop. no se interesen en su reiterada participación en las mismas, entendemos que es en el establecimiento de un régimen de contabilidad separada al que no alude el legislador ni al abordar «la contabilidad» (art. 71 LCPV), ni a la hora de repartir los resultados (art. 66 y 67 LCPV), a los que, por otra parte, denomina siempre excedentes y reparte -según el legislador- como retornos (art. 67.2.b. LCPV), atendiendo con anterioridad, claro está, ciertas previsiones que marca la Ley (art. 67.1 LCPV). En el único momento en que alude a una posible contabilidad separada lo hace como eco del posible mandato de normas de otra naturaleza (fiscal, financiera o tributaria, Disp. ad. 3ª).

La LCC, distingue los resultados contables en extracooperativos y extraordinarios (art.63, 64 y 65 LCC), sin embargo, llegado un punto, esto es, una vez satisfechas las partidas previas exigidas (art. 66.12.3 LCC), se distribuyen las cantidades resultantes comunes, esto es, que bien pueden tener una naturaleza cooperativa y/o extracooperativa, a través de retornos (art. 66.3.a. LCC).

En la Comunidad Andaluza, tras la previsión hecha en el art. 7.1 LCA sobre la regulación de operaciones con terceros, añade, en un ap. 3º que: «En todo caso, las operaciones con terceros deberán contabilizarse independientemente y los resultados, positivos y negativos, se imputarán conforme a lo establecido en el artículo 92, y en el apartado 3 del artículo 94 de esta Ley». El art. 92 LCA, por su parte, exige la total dotación a los Fondos de Reserva obligatorio (ochenta por ciento) y de Educación y

promoción (veinte por ciento) cuando las cantidades (en este caso beneficios) sean fruto de operaciones con terceros (o actividades extracooperativas). En esta misma dirección es redactado el art. 93 LCA, el cual apunta que los resultados extraordinarios se destinarán por su parte a la total dotación del Fondo de Reserva Obligatorio.

En cuanto a la Comunidad Valenciana, no sólo recoge en su Ley la existencia de dos cuentas separadas que sirvan para diferenciar el resultado cooperativo del extracooperativo (art. 65.2 LCV), sino que, de no realizarse la doble contabilidad, deberán destinarse todos los resultados- bien sean excedentes o beneficios- a un fondo irrepartible (art. 65.3 LCV). Sin embargo, en el caso de que sí se proceda a la contabilización separada de los resultados, el legislador valenciano permite que, tras una detallada dotación previa, «el resto de beneficios extraordinarios podrá destinarse a la reserva voluntaria regulada en el art.71 de esta Ley». El art. 71.2 LCV permite a su vez que la reserva voluntaria sea repartible, en los siguientes términos: «En el supuesto de que la reserva voluntaria se reparta entre los socios, la distribución se determinará en proporción a la participación de éstos en la actividad cooperativizada», pero no dice que eso sea un retorno, sino que señala que ese será el mecanismo de retribución, por lo que del solo tenor literal, y con cierto optimismo, se podría pensar que el legislador no apuntó que «hecho así», eso no merecería la denominación de retorno. Pero lo que hasta este punto es una sospecha, se nos confirma indirectamente en el art. 71.3 LCV al recoger que: «Cuando el destino de la distribución de esta reserva entre los socios sea su incorporación al capital, su régimen se asimilará al de los retornos incorporados al capital social», es decir, dice que tras ese proceso no se efectuará «un retorno», sino que se realizará una operación que «copia» parte de la figura del retorno, precisamente la que alude a una de las posibles formas de acreditarse el mismo (art. 68.3 LCV), remitiendo así solo a esa parte de su regulación, sin entender que esta buscada coincidencia con la figura implique la verdadera realización de un retorno. De este modo no se vulnera, por parte del legislador valenciano, el retorno cooperativo, ni como principio cooperativo, ni como mecanismo de retribución típica y propia de las S.Coop.

El principio de mutualidad, como era de prever, no es recogido expresamente en ningún precepto contenido en las leyes de las CCAA, al igual que sucede tanto en el derecho comparado, como en el comunitario y el nacional. No obstante, su contenido y sus caracteres se recogen sin duda, de forma directa o indirecta y con mayor o menor

grado, a lo largo de la legislación autonómica. Como ya se ha expresado anteriormente, las pretensiones de realización de una mutualidad en la S.Coop. fundamentalmente se materializan en la S.Coop. mediante la observancia de las reglas del Congreso de Viena. Entendemos que en la normativa autonómica en materia de S.Coop. contamos con el modelo normativo cooperativo mutualista cerrado, puesto que no sólo se mencionan directa o indirectamente los principios de la ACI¹⁶⁵, sino que igualmente se facilitan los mecanismos para su adecuada observancia y ejecución, pudiéndose encontrar preceptos que amparan y desarrollan, además del ya recogido principio del retorno cooperativo, todas y cada de la demás reglas del cooperativismo¹⁶⁶.

5.3. Consideraciones finales: el retorno cooperativo en los modelos normativos resultantes en el derecho autonómico

Todas las leyes de las CCAA estudiadas reconocen el instituto del retorno en alguno de sus respectivos preceptos (art. 67.4 LCPV, art. 66.4 LCC, 91.4.5 LCA y 68.3 LCV), reseñando sobre el mismo, más que un concepto global del instituto, la parte referida a su acreditación, esto es, la que se refiere únicamente al sistema que se establece para su cálculo y que apunta generalmente que se efectuará: «en proporción a la actividad desarrollada por los socios».

Con relación a tales menciones relativas al retorno, como indicamos ya con respecto al ordenamiento nacional, entenderemos que el legislador vulnera el instituto cuando indique la existencia de retornos en el supuesto de que lo que se repartan sean beneficios, o cantidades extracooperativas, en las que, por definición, no participa el

¹⁶⁵ Art. 1.2. LCPV y art. 1.2 LCC (ambas normas aluden de forma genérica a su sometimiento); art. 2 LCA; y art. 3 LCV (ambos ordenamientos optan por recoger de forma expresa a todos y cada uno de los principios de la ACI). Se ha señalado por la doctrina que puede resultar beneficioso no enunciar los principios de la ACI y tan solo referirlos para así seguir observándolos y estar sometidos a ellos aunque modifiquemos la Ley en caso de que estos cambiasen. Así vid. GARCIA-GUTIERREZ FERNÁNDEZ, C., «La necesidad...» *cit.*, pg. 234.

¹⁶⁶ Ejemplo de la recepción del modelo cerrado o asunción del contenido que divulga la ACI con sus principios son los siguientes arts.: con relación al principio de «puerta abierta»: art. 20 LCPV, art. 18 LCC, art. 36 y 42 LCA, y art 20 LCV; con relación al principio de «interés limitado»: 60.2 LCPV, art. 59 LCC, art. 80 párr. 2º LCA, y art. 58.2 LCV; con relación al «sistema democrático»: art. 35 LCPV, art.34 LCC, art. 52LCA, y art. 37 LCV; con relación al principio de «cooperación entre cooperativas»: art. 94.s a.b. LCPV, art. 89.d LCC, art.15.4 LCA y art. 82.6, párr. 2º y 3º; con relación al «principio de educación y promoción»: art. 68.3 LCPV, art. 69 LCC, art. 96 LCA, y art. 72 LCV.

socio. No podremos referirnos a retornos cuando los resultados (cooperativos y no cooperativos) no hayan sido calculados de manera separada, (art. 71 LCPV). Tampoco cuando sí se separen los resultados en un inicio pero, tras realizarse unas dotaciones y pagos obligatorios previos, se proceda luego a una distribución conjunta (art. 66.3.a. LCC), ya que la parte esencial del concepto del retorno, relativa a la efectiva correlación entre resultado y actividad, no se observa en estos casos¹⁶⁷.

Pero el alcance aparentemente jurídico formal de la crítica, que aquí versa sobre la imprecisión teórica de un concepto, cobra una mayor trascendencia cuando el instituto, mal acotado, es a su vez determinante para la aplicación de un régimen jurídico material. Es lo que sucede en la LCoop. al apuntar en la Disp. ad. 1ª que el reparto de retornos en una S.Coop. implica su no calificación de sociedad no lucrativa, lo que en términos similares recoge el legislador catalán en el art. 129 LCC, por lo que en ambos ordenamientos se declina la posibilidad de disfrutar de determinadas ventajas fiscales (Disp. ad. 9ª. LCoop. y art. 129 párr. 1º LCC).

Castigan así nuestros legisladores la actual tendencia europea y comunitaria a la «des-mutualización» -para nosotros quizás sería más adecuado el término que propone la doctrina italiana: «realización de una *mutualità esterna*»- por sólo favorecer fiscalmente a las S.Coop. cerradas. En todo caso, el modelo cerrado y la imposibilidad que éste tiene de ejercitar retornos -instituto que ha entendido la doctrina que participa del concepto de mutualidad más tradicional-, o cualquier tipo de distribución de excedentes, lejos de promover la flexibilización de la mutualidad, hoy en día tan generalizada, lo que produce es una constricción y radicalización arbitraria del modelo normativo cerrado que se propone.

En suma, se podría concluir que tanto en la Comunidad Autónoma vasca como en la catalana se produce, como sucede en la legislación estatal, un «falso retorno» -en

¹⁶⁷ Recordemos sucintamente que el retorno consta de tres partes claramente diferenciadas: en un primer lugar, el momento de su acreditación –posterior siempre a la dotación de determinadas partidas que implican la autosuficiencia de la empresa y su gestión responsable-; en un segundo lugar, su cálculo proporcional a la participación del socio en el desarrollo del objeto social –como claro instituto cooperativo que estrecha la cooperación y el vínculo entre el socio y la sociedad-; y en tercer y último lugar, la efectiva correlación, que entendemos que desaparece en algunos textos españoles, entre el resultado y la producción de ese mismo y no de otro, -como expresión del ajuste o retorno de ciertas cantidades a los socios, precisamente por su participación y no la de intermediarios financieros y/o terceros-.

los mismos términos que ya recogimos y que retomaremos-, lo cual sin embargo no sucede ni en la Comunidad Autónoma andaluza ni en la valenciana, como igualmente tampoco sucedió en la derogada LGC. De este modo podemos comprobar que la desvirtuación del retorno cooperativo no es pues un error aislado de la legislación de S.Coop. estatal, sino que, desafortunadamente, se contempla y difunde en términos similares en el ámbito autonómico actual que regula el tipo.

CAPITULO V

EL DERECHO A PARTICIPAR EN LOS RESULTADOS SOCIALES COMO PRESUPUESTO PARA LA EXISTENCIA DEL DERECHO DEL SOCIO A UN RETORNO COOPERATIVO

1. Introducción

En el ámbito de las S.Coop., se viene apoyando *lege ferenda* la necesaria conjunción de dos notas que son características en las S.Coop.: por un lado, «la competitividad» y por otro lado, «la observancia de los principios cooperativos». Afirma la doctrina sobre estos dos extremos que, no sólo no son dos notas o caracteres excluyentes, sino que debería intentarse su concurrencia¹. Entendemos que ésta ha sido la dirección tomada por el legislador español, puesto que cuando éste permite las relaciones con los terceros², o fomenta los recursos de financiación, sobre todo si son externos³, lo que verdaderamente

¹ LAVIA, L., «Per una riforma della società cooperativa», *Credito Cooperativo*, octubre, 1998, pgs. 28 y 29.

² El art. 4 LCoop. reza: «1. Las sociedades cooperativas podrán realizar actividades y servicios cooperativizados con terceros no socios sólo cuando lo prevean los Estatutos, en las condiciones y con las limitaciones que establece la presente Ley, así como otras Leyes de carácter sectorial que les sean de aplicación. 2. No obstante, toda sociedad cooperativa, cualquiera que sea su clase, cuando, por circunstancias excepcionales no imputables a la misma, el operar exclusivamente con sus socios y, en su caso, con terceros dentro de los límites establecidos por esta Ley en atención a la clase de cooperativa de que se trate, suponga una disminución de actividad que ponga en peligro su viabilidad económica, podrá ser autorizada, previa solicitud, para realizar, o, en su caso, ampliar actividades y servicios con terceros, por el plazo y hasta la cuantía que fije la autorización en función de las circunstancias que concurren. La solicitud se resolverá por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y cuando se trate de cooperativas de crédito y de seguros, la autorización corresponderá al Ministerio de Economía y Hacienda». De otro lado, el legislador italiano, de una forma menos detallada, señala la posibilidad de actuar con terceros en los siguientes términos: Art. 2521 CCI: (*Atto costitutivo*).- *La società deve costituirsi per atto pubblico. L'atto costitutivo stabilisce le regole per lo svolgimento dell'attività mutualistica e può prevedere che la società svolga la propria attività anche con terzi.*

³ Entendemos que un mecanismo de financiación interno de la S. Coop. son los mismos socios que no tengan consideración de socios cooperadores, p.e.: los socios colaboradores (art. 14 LCoop), las partes sociales con

construye es un modelo capaz de competir en las mismas condiciones o con los mismos instrumentos de las demás sociedades de capital, con las que, al fin y al cabo, las S.Coop. concurren en el mercado. Ahora bien, con respecto al retorno, es importante recoger un contenido normativo del mismo que no colisione ni con los principios de la mutualidad ni con los principios de la ACI. El retorno debe pues incardinarse en un sistema que opte por la «no contabilización conjunta» de los resultados cuando éstos deriven también de la intervención de los terceros. Así, entendemos que lo que se pretende es la configuración de una S.Coop. que aunque efectivamente sea competitiva, toda vez que permita para ello la ayuda de los terceros, no ha de dejar de observar siempre los principios de la ACI, y en particular el principio que lleva su mismo nombre: «principio del retorno cooperativo», el cual impone que sea calculado con base únicamente en los resultados obtenidos por los cooperadores y nunca con los terceros⁴.

Plantear la existencia de un derecho de los socios cooperativistas al retorno obliga, ineludiblemente, a acudir a aquellos preceptos que puedan encerrar no sólo el contenido jurídico formal de tal derecho sino que reflejen el auténtico interés del legislador para que el retorno sea reconocido y protegido con eficacia en el seno de la sociedad. Si del estudio conjunto de los mencionados preceptos se logra una respuesta afirmativa, lo que se obtiene es uno de los derechos que conformaría el elenco de derechos mínimos de los que son titulares los cooperativistas. En nuestro ordenamiento y en el portugués, a diferencia de lo que sucede en otros (como es el caso de los ordenamientos italiano, alemán, inglés y francés), encontramos que bajo un mismo precepto y con un alcance puramente formal o declarativo se aglutinan los derechos de los cooperativistas. Es el art. 16 L.Coop., el cual recoge en ese mismo precepto un contenido mínimo de los derechos que la S.Coop. ha de

votos (art. 107 LCoop.), los socios por tiempo determinado (art. 13.6 LCoop.), socios *finanziatori* (art. 2526 CCI) y socios *sovventori* (art. 4 de la Ley de 31 de enero de 1992, núm. 59).

⁴ En este punto, se debe ya adelantar, que el legislador español permite en el art. 57.4 L.Coop., la contabilización conjunta de los resultados cooperativos y no cooperativos, opción ésta que si fuera escogida por los socios y finalmente se pretendieran repartir en este marco contable retorno cooperativos, se debe entender, al menos desde la concepción del retorno que se viene haciendo a lo largo del presente trabajo, que no puede tal reparto más que denominarse diviendo o «falso retorno».

procurar a sus miembros, en el que concretamente alude en el ap. 2d del mismo precepto al retorno⁵.

Aunque ya adelantemos que si finalmente encontramos preceptos jurídico-materiales que de forma nítida (o lo que es lo mismo, a través de la inclusión de instrumentos eficaces) contengan un interés del legislador por incluir en la posición jurídica del socio tal derecho, no deberá aprehenderse de todos modos de manera absoluta, puesto que cabría el peligro de desembocar en posturas superficiales y extremas. No cabe apuntar a priori pues que se vulnera la norma si en última instancia no se produce o ejecuta el derecho en cuestión. Ello sería así porque no se ha de observar únicamente la norma que recoja el retorno como derecho del socio y con ella su expreso contenido, sino también aquella que, en su caso, nos indique cuales son los presupuestos jurídicos necesarios para su legítima realización.

Así las cosas, y siguiendo para supuestos análogos a destacada doctrina española de los últimos cincuenta años⁶, acotaremos la cuestión en tres partes: Una primera atenderá el «derecho al beneficio» en la S.Coop., es decir, el derecho del socio cooperador a participar en las ganancias sociales sin que, por tanto, la S.Coop. pueda otorgar un destino distinto. Aquí tendremos que tener presente la existencia en nuestra legislación de las S.Coop. sin fin lucrativo o con fin benéfico⁷, puesto que en ellas queda sustituida la posición del socio por la de un tercero, el cual se alza en auténtico beneficiario del resultado social.

⁵ En el caso de Portugal es el art. 33 C.Coop. el destinado a aglutinar bajo un precepto la enumeración de los derechos de los socios cooperadores en la S.Coop.

⁶ GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, cit. pgs. 200 y ss, VIERA, J., «Las sociedades de capital cerradas», *Tes. Doc.*, Madrid, 2000, pgs 287 y ss; y MUÑOZ, N., «El derecho al dividendo», en (dir. DUQUE DOMÍNGUEZ, J., y otros): *Derecho de sociedades Anónimas*, II, 1º, Capital y acciones. Madrid, 1994, pgs. 305 y ss.

⁷ El art. 106.1 L.Coop. relativo éste a las S.Coop. de iniciativa social, señala que: «Serán calificadas como de iniciativa social aquellas cooperativas que, sin ánimo de lucro y con independencia de su clase, tiene por objeto social, bien la prestación de servicios asistenciales mediante la realización de actividades sanitarias, educativas, culturales u otras de naturaleza social, o bien el desarrollo de cualquier actividad económica que tenga por finalidad la integración laboral de personas que sufran cualquier clase de exclusión social y, en general la satisfacción de necesidades no atendidas por el mercado». De igual manera encontramos en la Disp. ad. 1ª L.Coop. el contenido de las «Entidades sin ánimo de lucro».

En una segunda parte se atenderá el «derecho al retorno» esto es, se intentará aclarar si se trata de un derecho absoluto e inderogable y por tanto un derecho periódico del socio cooperador, por lo que conoceremos si el socio tiene derecho a participar dentro de cada ejercicio social en la distribución del beneficio neto que la S.Coop. haya obtenido. Consecuentemente, será necesario un breve recordatorio, fundamentalmente, de la existencia de otras formas de acreditación de la ventaja mutualista y otra vez a la posibilidad de las S.Coop. no lucrativas.

En tercer y último lugar, abordaremos el derecho del socio al retorno una vez adoptado el acuerdo de su reparto en la AG de socios. Así, el «retorno acordado» supondrá la transformación jurídica de algunas posiciones e institutos. Comprobaremos cómo cuando un retorno es acordado en la AG las relaciones jurídicas internas entre sociedad-socio se modifican a estos efectos, convirtiéndose el derecho al retorno en derecho de crédito y el socio cooperador en un tercero acreedor.

2.El derecho al resultado cooperativo

2.1. Planteamiento

Como sucede en muchas ocasiones, el pensamiento del legislador y el de la doctrina no son siempre coincidentes. Así, el legislador español, como la mayoría de los ordenamientos, y en todo caso a diferencia tanto del legislador italiano como en especial de la doctrina italiana y española, no se refiere directamente a la mutualidad en el régimen jurídico establecido para las S.Coop.⁸

El legislador italiano, como indicamos, sí subraya la importancia del fin mutualista para todas las S.Coop. en diversos preceptos a lo largo del CCI, como apuntamos que

⁸ La mayoría de los ordenamientos se refieren a la mutualidad a través de sus caracteres principales y le dan sin duda un lugar relevante en el régimen jurídico que se establece para las S.Coop. sin utilizar por ello el mismo término de «mutualidad», es el caso de los ordenamientos alemán (art 1 L1889), ó francés (art. 1 EGC). Igualmente el legislador alude a la mutualidad de manera indirecta a través de sus caracteres (art. 1.3 RSCE).

particularmente hace la doctrina italiana y española. En España, sí se puede afirmar que nuestra doctrina se ha preocupado de indicar la relevancia de la mutualidad y/o el fin mutualista dentro la cooperación, y ha apuntado siempre que se trata de un claro elemento definidor para el tipo societario en cuestión⁹ lo que en definitiva implica que la S.Coop.: «Es una empresa que, en la mayoría de los casos, se dedica a operaciones comerciales relacionadas con la actividad de las cooperativas-socios»¹⁰.

En esta misma línea, la doctrina cooperativista italiana más tradicional entiende que el fin mutualista llega a constituirse incluso en la razón misma que determina el reparto de los resultados en la S.Coop. y a su vez, considera que los criterios para el ejercicio de tal reparto son tan singulares que los eleva a pieza angular para el establecimiento de las bases configuradoras del tipo, y ulteriormente, diferenciadoras de los demás sociedades¹¹.

En el caso italiano, el primero de los preceptos que dedica el CCI a la materia de S.Coop. es el art. 2511 CCI que reza: «Las sociedades cooperativas son sociedades con capital variable y fin mutualista». Este precepto queda reforzado con el art. 2515, párr. 2º CCI: «La indicación de cooperativa no puede usarse por sociedades que no tengan fin mutualista». Entendemos que en general, y no sólo para el caso italiano, se puede afirmar que una de las ideas centrales que engloba el «fin mutualista» implica una mayoritaria repercusión del resultado de la S.Coop. a favor de los socios-cooperadores, y en todo caso, a favor del cooperativismo. Se evidencia así que genéricamente el destinatario último del resultado social en las S.Coop. es el socio-cooperador¹². Es precisamente la preocupación de revertir de manera «notoria» en los socios-cooperadores el desarrollo social, de lo que se ocuparon en particular algunos preceptos de la reforma italiana de 2003 (art. 2512, 2513 y 2514 CCI), al quedar ahí establecido el régimen de las S.Coop. de la clase «prevalente».

⁹ VARGAS VASSEROT, C., *Op. cit.*, pg. 57 y ss., idea que igualmente preside la obra de LLOBREGAT HURTADO, M^a.L., *Mutualidad... cit.*, y en particular, *Ibi idem*, Cap.I, pgs 1-46.

¹⁰ BALLESTERO, E., *Economía social y empresas cooperativas*, Madrid 1990, pg. 49.

¹¹ *Vid.* GENCO, R., «La struttura finanziaria», en AAVV., *La riforma delle società cooperative*, dir. GENCO, R., Milán, 2003, pg. 79, párr. 4º.

¹² En ocasiones, ha sido matizado por la doctrina italiana cuando de manera más cauta, se excluye la posibilidad de referirse a un derecho del socio al «intercambio mutualista» limitándose a sostener la existencia de un derecho a la preferencia del socio respecto de los terceros, como recoge BONFANTE, G., *Delle Imprese... cit.*, pgs. 95 y 96.

Recordemos que estas eran las que prevalentemente se desarrollan con fidelidad a un sistema mutualista. Para fijar su contenido normativo el legislador se apoya una y otra vez, entre otros aspectos, en que el resultado de la actividad social se destine principalmente a los cooperadores.

De todos modos, ni los preceptos mencionados en el ordenamiento italiano, ni los que se dedican a regular el régimen del retorno en España (nos estamos refiriendo principalmente a los arts.16.2.d y 58.3 y 4, L.Coop), otorgan al socio de alguna forma el reconocimiento expreso al reparto periódico del beneficio neto obtenido por la S.Coop. y ello se debe a la naturaleza «facultativa» de tales preceptos¹³. El supuesto de una S.Coop. que responda a un modelo empírico de la clase benéfica, en donde los socios persigan principalmente favorecer a los terceros que, en este caso supongamos, son objeto de alguna situación de desventaja económica-social, respondería a la idea de la naturaleza facultativa a la que nos referimos, puesto que llevado a un caso sencillo se comprueba cómo en la práctica pueden desaparecer con facilidad los socios cooperadores como directos beneficiarios.

Entendemos, que la idea de «finalidad mutualista», en el sentido de repercusión del objeto-fin social prioritariamente en los socios-cooperadores, adquiere, en el supuesto de una S.Coop.-benéfica, en los términos arriba indicados, otra dimensión. No consideramos en modo alguno que se vulnere el fin mutualista en una S.Coop. de tales características, puesto que de «otra manera» se encuentran los socios recompensados. Si el objeto de una sociedad fuese, pongamos por caso, la enseñanza por parte de los socios a desfavorecidos sociales, el fin mutualista igualmente se mantiene, en tanto que sí repercute a los cooperativistas en un sentido amplio. En esta clase de S.Coop. lo que los socios verdaderamente pretenden es impartir docencia. Con este supuesto incidimos en la idea de que aunque podamos reconducir «el impartir los socios gratuitamente docencia» como auténtico beneficio para éstos, no deja de ser un beneficio diverso al que en numérico se

¹³ El efectivo reparto de los beneficios entre los socios es considerado por la doctrina más autorizada una partida contable de carácter facultativo, por lo que su dotación, a diferencia de lo que ocurre p.e. con la reserva legal, no es de obligado cumplimiento, así *cfr.* BONFANTE, G., *Delle Imprese...*, *cit.* pág. 616 y 617.

toma en consideración al final de un ejercicio social contable. El beneficio contable pues es renunciable *ab-initio*, de modo absoluto por los socios fundadores y así sucesivamente por los nuevos cooperadores, y no por ello se desvirtúa la S.Coop. Así, la abolición por todos los socios fundadores y los sucesivos, del reparto entre ellos del beneficio-numérico es posible desde la misma constitución de la sociedad o desde sus sucesivas incorporaciones, pero no desde su adopción tras un acuerdo mayoritario de la AG, al que más adelante nos referimos¹⁴.

Es preciso recordar que ni hay una única forma de hacer efectivo el retorno ni éste es el único mecanismo de reparto del resultado en una S.Coop.¹⁵, por lo que afirmamos inequívocamente que no existe precepto legal alguno que obligue a un derecho periódico al retorno cooperativo para los socios¹⁶. Ahora bien, entendemos que es de dudosa legitimidad la cláusula que en principio prohíba, de manera absoluta y fuera de los supuestos de la S. Coop.-benéfica descrita, o en todo caso el supuesto que recoge la Disp. adicional 1ª relativa a las S.Coop. no lucrativas, la distribución de las eventuales ganancias o de las ventajas mutualistas.

Así, el sistema de reparto de los beneficios adoptados en una S.Coop. que no renuncie a los mismos en su constitución aparecerá en los Estatutos como señala

¹⁴ Hacemos nuestro, a los efectos del derecho al beneficio en la S.Coop., lo que sirvió de base a destacada doctrina española para abordar los mismos problemas en la SA, tipo societario que por su parte podría incluso quedar más alejado en un inicio de la creación de modelos empíricos benéficos o no lucrativos. Sin embargo, consideramos dogmáticamente correcto el siguiente contenido: «Podemos afirmar en consecuencia, que el derecho a los beneficios reconocido en el art. 48.2.a) de la LSA, se configura como derecho inderogable y renunciable. Inderogable, en cuanto constituye un límite al poder mayoritario cuyo fundamento se encuentra en la voluntad contractual. Y renunciable en cuanto que su ejercicio se realiza en exclusivo interés de su titular legítimo, por lo que será válida su renuncia siempre que se realice a través de un acuerdo unánime. Así, el derecho del accionista a participar en el reparto de las ganancias sociales no podrá ser dispuesto por la Junta general salvo consentimiento unánime de todos los accionistas», lo cual entendemos que es igualmente aplicable con la vigente normativa de sociedades de capital en virtud de su art. 93.a Ley 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, *vid.* MUÑOZ, N., «El derecho...», *cit.* pg. 309, párr. 2º.

¹⁵ *Cfr.* Art. 2545 CCI destinado a regular principalmente el reparto de beneficios a través de dividendos y art. 2545-*sexies* párr. 1º y 3º CCI, referido éste a las diversas formas de ejecutar el retorno cooperativo.

¹⁶ El fin de la S.Coop. no es tanto la distribución de los beneficios como el ofrecimiento de una prestación mutualista, un servicio con las mejores condiciones posibles donde la ventaja puede consistir eventualmente, pero no necesariamente, en una remuneración monetaria, *vid.*, BONFANTE, G., *Delle Imprese...*, *cit.* pág. 332.

claramente el art. 58.4 LCoop.¹⁷, por lo que su alteración implicaría una modificación de los Estatutos, como indica el art. 11.3. párr. 2º LCoop.¹⁸.

Recordemos que como indicábamos, ninguno de los preceptos de la LCoop garantiza el reparto concreto y menos periódico del retorno a los socios cuando se produzca un beneficio en la sociedad, sin tan siquiera tener que llegar al supuesto singular de una S.Coop. en la que sus socios funcionen cara al beneficio como auténticos «voluntarios» de una causa que radica en los terceros. Ello no significa tampoco que los socios reunidos en AG puedan disponer del derecho del retorno en particular y de las ganancias en general. La AG quedará sometida a lo que se establezca en el acto constitutivo, que como indicábamos, es donde se recoge el mecanismo de reparto de los resultados.

De esta manera, llegamos a las siguientes conclusiones hasta el momento: que la apropiación de la ventaja mutualista y/o del beneficio de la S.Coop. es en última instancia de los socios cooperadores; el momento y el sistema de reparto al que éstos quedarán sometidos será el que se detalle en la Escritura de constitución¹⁹; en general, se puede adelantar, la clara tendencia del legislador italiano y español por fomentar el sistema de reparto a través del mecanismo del retorno frente al del dividendo, aunque ese fomento sea en el caso español sólo ficticio; igualmente, podemos afirmar que en determinados supuestos cabría la renuncia *ab-initio* a la ventaja mutualista desde un punto de vista de su directa repercusión a los socios (derecho renunciable); sin perjuicio de que el derecho al resultado cooperativo sea inderogable por el mero acuerdo mayoritario en la AG (derecho inderogable)²⁰; aunque diferente y legítima es la cláusula estatutaria que lo que fija es el

¹⁷ Vid. art. 2521.8 CCI

¹⁸ Vid. art. 2545-*novies* CCI., cuyo contenido a su vez se limita a remitir la materia al régimen jurídico que se establece en el art.2436 CCI para las sociedades por acciones

¹⁹ Cuando nos referimos al momento del reparto, lo que apuntamos es que son los Estatutos los que fijan finalmente la creación de fondos y los porcentajes con los que se deberán dotar en general a las partidas previas al retorno, por lo que un mayor porcentaje en la dotación de los mismos o la constitución de fondos de dotación previa equivale a que el retorno será en definitiva ejecutado más tarde (art. 58 LCoop).

²⁰ Obviamente la libertad estatutaria puede consentir la fijación de cláusulas más severas en términos de quórum para la constitución de la AG y para la ulterior deliberación y adopción de acuerdos, pero dicha libertad no puede nunca considerar legítima una cláusula que prevea la unanimidad *salvo che la delibera abbia a fare con diritti soggettivi dei soci, vid., BONFANTE, G., Delle Imprese..., cit., pg.581.*

concreto sistema de reparto, pudiendo incluso excluirse, como en los epígrafes posteriores observaremos, bien el retorno o bien el dividendo, siempre que con tal previsión estatutaria no se obstaculice la persecución del fin mutualista por la S.Coop.²¹.

2.2. Clases de resultados:

2.2.1. Los criterios jurídico-positivos que clasifican las actividades en las S.Coop. como presupuesto para conocer los diversos resultados económicos

En las S.Coop. nos podemos encontrar principalmente con dos clases de actividades, estas son: la «actividad cooperativa en sentido amplio» y la «actividad extraordinaria o no cooperativa». La actividad cooperativa en sentido amplio se caracteriza por tratarse de la actividad central de la S.Coop., esto es, aquella que se desarrolla con la S.Coop. para la consecución del fin social²². Así, el art. 1.1. LCoop. alude a la causa de la S.Coop. en los siguientes términos: «La cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales,...». Por su parte, el RRCoop. cuando determina su ámbito de aplicación, entiende por actividad cooperativizada: «la correspondiente a la actividad societaria por cualquiera de las fórmulas estables a que se refiera la L.Coop., con independencia del domicilio social y de otras relaciones con terceros» (art. 2.2. RRCoop). Acorde con ello se recoge en el RD 84/1993 art. 7.2 relativo al Reglamento de Sociedades Cooperativas de Crédito, al delimitar a las actividades cooperativizadas en las S.Coop. de crédito como «conjunto de operaciones que la entidad debe realizar, con carácter preferente, con sus socios, y que dan lugar a los derechos y obligaciones económicos propios del vínculo cooperativo».

²¹ Cfr. BONFANTE, G., *Delle Imprese...*, cit., pgs. 137 y. 332.

²² VARGAS VASSEROT, C., *Op. cit.*, pg. 63

Al referirnos a actividad cooperativa, es lógico que se presuponga que se trata de la actividad desarrollada dentro del binomio socio-sociedad, por lo que la tendencia es atribuir una naturaleza interna a tales operaciones. Pero esto, sin embargo, en atención a nuestro propio derecho positivo vigente es impreciso, y por ello nos hemos querido referir a la actividad cooperativa «en sentido amplio» puesto que de la lectura del art. 4 LCoop se observa claramente que el legislador también alude a las mismas cuando se refiere a la actividad que se desarrolla entre sociedad y terceros en los siguientes términos: «Operaciones con terceros: 1. Las sociedades cooperativas podrán realizar actividades y servicios cooperativizados con terceros no socios [...]» ó el art. 57.3 LCoop. «Figurarán en contabilidad separadamente los resultados extracooperativos derivados de las operaciones por la actividad cooperativizada realizada con terceros no socios [...]». Así, podemos concluir que «actividad cooperativa en sentido amplio», es la actividad que implica el desarrollo del objeto social bien entre la sociedad con sus socios cooperadores o bien entre la sociedad con terceros y en todo caso, entendemos que esta última consideración, la de terceros, para estos efectos quedarían aquí también incluidos los socios no cooperadores.

Las actividades consideradas como «cooperativas» por el legislador se han visto ampliadas tras la redacción de la LCoop.²³ y en todo caso: «Esta tendencia liberalizadora iniciada por la LGC de 1987 se confirma en la LCoop y en las últimas reformas legislativas autonómicas, que flexibilizan e incrementan paulatinamente los límites legales de la actuación de las cooperativas con terceros no socios»²⁴. Esta creciente necesidad que ha encontrado el legislador en dar a la S.Coop. instrumentos adecuados para su desarrollo

²³ Sucintamente queda reflejado en el actual contenido del art. 57.3.a) LCoop. que respecto del art. 83.2 LGC «considera como ingresos ordinarios de la cuenta de resultados los procedentes de la participación de la Cooperativa en Sociedades no cooperativas, cuando éstas realicen actividades preparatorias, complementarias o subordinadas a las de la propia Cooperativa» como así ha señalado al referirse a estos temas nuestra doctrina más destacada, *vid.*, PAZ CANALEJO, N., «Perspectivas ...» *cit.*, pg. 197, ap. G.

²⁴ GADEA, E., SACRISTAN F., VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico de la sociedad Cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma*, Madrid, 2009, pg. 455, últ. párr.. En este mismo sentido *vid.* estudios que profundizan este fenómeno en nuestro ordenamiento y en el comparado: FERNÁNDEZ GUADAÑO, J.; «The desmutualization process of European Cooperative Societies», en *Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional*, Valencia, 6 a 9 di Mayo, 2004, pgs. 1-7, *idem*; «Structural Changes in the development of european co-operative societies», en *Annals of Public and cooperative Economics*, núm. 77-1, 2006, pgs 107-127; *idem*.; La desmutualización de la sociedad cooperativa en Europa: el caso de los socios inversores externos», *Revista Venezolana de Economía Social*, núm 15, enero-junio, 2008, pgs. 118-133.

competitivo en el tráfico empresarial parece que se debe a lo que principalmente se apunta en la Ex.Mot. L.Coop. cuando dice que: «Los elementos propios de una sociedad de personas, como son las cooperativas, pueden vivir en armonía con las exigencias del mercado; de otra forma el mundo cooperativo se encontraría en una situación de divorcio entre la realidad y el derecho».

Del peculiar sistema de reparto de resultados a través del retorno se desprende con facilidad la importancia que en particular tiene la actividad cooperativa para la configuración de nuestro instituto. Es de suma relevancia puesto que con base en ella se alcanza la cifra que un socio cooperador puede percibir en concepto de retorno. Ahora bien, hay que tener siempre presente, como acabamos arriba de señalar, que una actividad cooperativa no implica siempre la actuación con socios cooperadores. Y además, con la LCoop. y la ampliación del mismo concepto de actividad cooperativa, las posibilidades de encontrarnos, al menos en la norma estatal, con actividades desarrolladas entre la S.Coop y no socios cooperadores aumenta sensiblemente, por lo que es necesario, al menos para estudiar los retornos cooperativos, hacer una distinción entre dos clases de «actividades-cooperativas». Las que nos interesan para el cálculo del retorno, esto es, las que denominamos «actividades cooperativas *stricto-sensu*», de las que no interesan para tal cálculo «actividades cooperativas diversas». Las primeras serán aquellas que desarrollen el objeto social únicamente con los socios cooperadores y las segundas, las diversas, tiene según el legislador también consideración de actividades cooperativas pero se desarrollan entre la S.Coop y terceros. Lo que en ocasiones no deja claro el legislador, como más adelante retomaremos, es que los socios que sean meramente inversores no pueden recibir retornos.

Es por otro lado, según nuestro legislador, «actividad extraordinaria o no cooperativa» aquella que no desarrolla el objeto social sino que se ocupa de la realización de las «operaciones de enajenación de los elementos del activo inmovilizado» (art. 57.3 LCoop). Pero lo relevante de todas estas clases de actividades no descansa en su mera distinción, sino que implica que dependiendo de la clase de actividad desarrollada, los resultados que

una u otra produzcan recibirán una denominación diversa, un régimen jurídico-económico distinto y en suma cursos y destinos diferentes.

Existen, como a continuación exponemos, tres clases de resultados que pueden darse en una S.Coop.: el resultado cooperativo, el extracooperativo y el extraordinario. Los dos primeros proceden de las actividades cooperativas, y el resultado extraordinario deriva únicamente de las actividades igualmente calificadas (*vid.* Art. 57.4 LCoop).

Sin embargo, como exige el art. 58.2 LCoop tanto el resultado extracooperativo como el extraordinario ó beneficio, tienen respecto del resultado cooperativo (art. 58.1. LCoop.) una obligación de dotar en mayor porcentaje al FRO, toda vez que la cantidad que resulte de los beneficios extracooperativos y extraordinarios: «[...] una vez deducidas las pérdidas de cualquier naturaleza de ejercicios anteriores y antes de la consideración del Impuesto de Sociedades, se destinará, al menos, un 50 por 100 al fondo de reserva obligatorio». En el caso de los resultados cooperativos sin embargo el legislador, igualmente tras cubrir las pérdidas y antes del pago del impuesto, exige que se destine «[...] al menos, el 20% al fondo de reserva obligatorio y el 5 por 100 al fondo de educación y promoción» (art. 58.1 LCoop.). Lo que sin duda implica un mayor margen de decisión en manos de los socios cuando el resultado tiene una consideración de «cooperativo».

2.2.2. El resultado cooperativo

Siguiendo el criterio de clasificación de nuestro legislador, podemos afirmar que el resultado cooperativo es aquel que deriva de las actividades cooperativas, es decir, de las que desarrollan el objeto social, pero sólo las realizadas con los socios de la S.Coop.. Para nosotros es obvio que el resultado cooperativo es aquel que proviene de las actividades cooperativas en donde sólo participan socios que a su vez sean cooperativistas o

cooperadores y no meros socios inversores, o al menos así entendemos que debería ser, pero la realidad es que el legislador no dice nada al respecto²⁵.

Entendemos que el contenido de los apartados 1º, 2º y 3º del art. 58 LCoop., recogido en el anterior epígrafe, viene a significar el establecimiento de un mayor obstáculo concretado en una mayor dotación al FRO cuando el beneficio no sea cooperativo, es decir, sea consecuencia de actividades impuras, no propias o desmutualizadoras de la S.Coop., esto es, las que el legislador denomina extracooperativas y extraordinarias. De ahí que interpretemos la norma de manera restrictiva y consideremos que cuando se habla de la obtención de un resultado cooperativo, al cual el legislador ofrece un mayor margen de disponibilidad por parte de los socios disminuyendo las exigencias de dotación al FRO, no incluyamos en el proceso para la obtención de tales resultados a los socios que a fin de cuentas son meros instrumentos de financiación de la sociedad o meros socios capitalistas, porque de otro modo no estamos más que vulnerando bajo el nombre de «socio» la esencia misma de la ventaja mutualista que nace pensada para satisfacer a los socios cooperadores que «cooperan activamente» para la consecución de la misma y en todo caso, difuminamos los mismos elementos configuradores del tipo cooperativo al permitir que resultados que realmente no son cooperativos no queden sujetos a una mayor restricción y control y se repartan sin embargo, entre los socios capitalistas.

En todo caso, la crítica no se basa ni mucho menos ni en que existan socios inversores, ni en que a estos se les distribuyan beneficios en su caso sino que «se confundan» los cooperativistas y su régimen con los demás sujetos, que ciertamente ayudan al desarrollo y mantenimiento de la S.Coop desde una perspectiva únicamente económica por lo que *lege*

²⁵ Recordemos que los distintos socios no cooperadores (socios colaboradores, art. 14 LCoop. y partes sociales con voto, art. 107 LCoop) que se incluyeron tras la entrada en vigor de la LCoop, y a los que si sumamos al impreciso régimen de los socios a prueba (art. 13.5 LCoop. recogidos en art. 30 de la LGC 1987) y al de los socios intermitentes (art. 13.6 LCoop.), cuyo régimen sí ha sido claramente señalado por la doctrina como un régimen que en definitiva viene a regular una posibilidad de financiación (*vid.* MORILLAS JARILLO, Mª.J. y FELIÚ REY, M.I., *Curso de Cooperativas*, cit. pg. 154) lo que nos encontramos en definitiva es un gran numero de socios, que si no son claramente capitalistas sí que no son estrictamente socios cooperadores y por tanto sujetos que por su intervención en la actividad cooperativa transforman el resultado de cooperativo en extracooperativo y a los que por ello se les debe aplicar el obstáculo de un mayor porcentaje de dotación a las partidas previas a su reparto que si se tratase de un resultado cooperativo, como dispone la Ley.

ferenda sería deseable o bien no llamarles socios, o distinguir los socios cooperativistas de los demás sujetos o instrumentos de financiación.

2.2.3. El beneficio extracooperativo

El beneficio extracooperativo es aquel que se obtiene por el desarrollo de la actividad cooperativa, es decir, el obtenido por el desarrollo del objeto social de la S.Coop. no únicamente con los socios cooperadores. Así lo recoge nuestro legislador estatal en el art. 57.3 LCoop. al señalar que los resultados extracooperativos son los «derivados de las operaciones por la actividad cooperativizada realizada con terceros no socios, los obtenidos de actividades económicas o fuentes ajenas a los fines específicos de la cooperativa, así como los derivados de inversiones o participaciones financieras en sociedades»²⁶.

Podemos pues afirmar del claro tenor literal del art. 57.3 LCoop. que la propia actividad cooperativa descrita por el legislador puede ofrecer sin embargo dos tipos de beneficios distintos como ya apuntamos, los que se desarrollan con los socios cooperadores de los que no, y siempre y en todo caso dentro del objeto social de la S.Coop.

Como ya indicamos, se produjo en 1999 con la vigente Ley una sutil reducción de lo que se considera ahora «beneficios extracooperativos» (art. 57.3 a de la LCoop. *versus* el art. 83.2 de la L.G.C.), por lo que ahora se considera como «resultado cooperativo» algunos beneficios que antes procedían de actividades que únicamente producían resultados extracooperativos, lo que sin duda se traduce en una mayor participación de los

²⁶ STC, 72/1983 de 29 de julio de 1983, en particular en su fundamento jurídico 4º, párr. 7º reza: «[...] la cooperativa como persona jurídica ha de establecer relaciones jurídicas externas con terceros, que no pueden encuadrarse dentro de las funciones típicas de las mismas y que tienen un valor instrumental y necesario para la consecución del fin social. Así, por ejemplo, la cooperativa de consumo habrá de comprar los productos que vender a sus socios, y en determinados supuestos a terceros, y una cooperativa de producción habrá de vender lo producido. Es una actividad inherente a determinadas cooperativas el poder establecer relaciones como las señaladas, actividad que realiza exactamente igual que otra persona jurídica».

socios cooperadores en los resultados derivados de operaciones antes vetadas a ser repartidas entre los mismos o al menos bajo la consideración de resultado cooperativo, lo cual como sabemos implica un tratamiento jurídico diferenciado que en todo caso, sucintamente, puede decirse que «acerca» tales cantidades a los socios cooperadores.

No podemos dejar de señalar que sería en todo caso deseable para conseguir una mayor seguridad jurídica al respecto que quedase expresamente recogida la mención de que los primeros resultados, esto es, los cooperativos, sean sólo los procedentes de las actividades que desarrolle la S.Coop. con los socios «cooperadores», porque para estos efectos entendemos que los resultados obtenidos de socios «inversores» no pueden tener la consideración de resultados cooperativos y sí extracooperativos.

2.2.4. El beneficio extraordinario

Los beneficios extraordinarios son los derivados de las plusvalías de las operaciones de enajenación de los elementos del activo inmovilizado, con las excepciones que se recogen en el art. 57.3.a.b. LCoop., por lo que no requieren una contabilidad separada: a) «Los derivados de los ingresos procedentes de inversiones o participaciones financieras en sociedades cooperativas, o en sociedades no cooperativas cuando éstas realicen actividades preparatorias, complementarias o subordinadas a las de la propias cooperativa, que se consideran a todos los efectos resultados cooperativos. b) Las plusvalías obtenidas por la enajenación de elementos del inmovilizado material destinados al cumplimiento del fin social, cuando se reinvierta la totalidad de su importe en nuevos elementos del inmovilizado, con idéntico destino, dentro del plazo comprendido entre el año anterior a la fecha de la entrega o puesta a disposición del elemento patrimonial y los tres años posteriores, siempre que permanezcan en su patrimonio, salvo pérdidas justificadas, hasta que finalice su periodo de amortización».

El legislador de LCoop. a diferencia de lo que establecía el legislador de la LGC, amplía lo que se va a considerar resultado cooperativo. Así, ahora es posible que los socios no cooperativos participen en resultados que antes eran considerados únicamente

cooperativos. No criticamos que los a los socios cooperadores se les puedan repartir auténticos dividendos, sino que el legislador en vez de distribuir claramente a éstos dividendos opte por recalificar los resultados y disminuir los que son considerados beneficios extraordinarios.

La desmutualización que vive nuestro régimen jurídico nacional, entendemos que puede desarrollarse perfectamente ajustándose a derecho y que además se trata de un proceso válido y muy eficiente desde parámetros de mercado, por lo que creemos innecesario que además se «camuflen» los resultados extraordinarios. Al confundir los resultados extraordinarios y estos repartirse bajo el régimen de los resultados cooperativos lo único que así se consigue es alejarse del espíritu de la ACI y vulnerar los límites y controles que en su día el legislador español estableció para aquellos, haciendo tambalearse la base principal de la S.Coop, esto es la mutualidad, toda vez que ésta se falsea con resultados erróneamente calificados mutualistas, en este caso sinónimo de resultados cooperativos.

2.2.5. La contabilidad separada como mecanismo de obtención del resultado cooperativo y su régimen jurídico facultativo en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Sociedades Cooperativas, como problema abierto

En el tipo societario cooperativo, a diferencia de las sociedades capitalistas, no hay una idea prioritaria y central de repartir entre los socios las ganancias en el sentido más estricto y lucrativo del reparto. Recordemos que la idea central sí es la obtención de la ventaja mutualista pero ésta engloba mucho más que la mera distribución de excedentes entre los socios. En todo caso, el legislador cooperativo español se ocupa con cierto detalle de procurar un régimen para tal distribución (art. 58 LCoop., «Aplicación del resultado»), e igualmente fija, bien es cierto que de manera no clara y dispersa, unos criterios de legitimación de sus titulares si finalmente se procede a repartir el resultado entre los socios que variarán mucho entre una clase de socios u otros (art. 15 LCoop. «Obligaciones y

responsabilidad de los socios»). El régimen jurídico resultante no es todo lo adecuado y ordenado que hubiera sido deseable, como iremos indicando a lo largo de este epígrafe.

En el caso concreto del reparto de retornos, para conocer en qué momento del régimen económico podemos distribuirlo, deberemos tener siempre en cuenta las partidas previas del pasivo con carácter indisponible, de lo que nos ocuparemos con mayor detalle en el capítulo siguiente. Así, cuando hablamos del beneficio repartible a través de retornos estamos refiriéndonos en todo caso a un beneficio cooperativo neto del ejercicio, lo que por lo tanto no va a implicar que todo el beneficio sea susceptible de reparto bajo el sistema del retorno cooperativo. Únicamente, entrarán en juego las cantidades que, tras cubrir las partidas previas obligatorias, se obtengan del resultado del desarrollo de una actividad que consista en un «intercambio mutualista» esto es, las resultantes del desarrollo de la actividad cooperativa con los socios cooperadores y no simplemente de actividades cooperativas. O lo que es lo mismo, no se podrán repartir los resultados «no cooperativos» entre los socios cooperadores, o al menos, bajo el sistema del retorno cooperativo, porque así lo dice la ACI, y así se ha venido recogiendo en el ordenamiento español hasta su vigente redacción, art. 58.4 LCoop: «El retorno cooperativo se acreditará a los socios en proporción a las actividades cooperativas realizadas por cada socio con la cooperativa». Todo ello a lo que conduce es a la fijación de un sistema que nos permita distinguir los resultados, puesto que como ha quedado claro en los epígrafes anteriores, coexisten en el tipo cooperativo beneficios de distinta clase o naturaleza. La posibilidad de coexistir resultados de diversa naturaleza sumada a la exigencia de que los retornos sólo se conformen con los beneficios cooperativos, nos lleva a otra exigencia, bajo nuestro punto de vista ineludible para conocer tal resultado y ejecutar posteriormente de manera correcta un retorno, y esta es la aplicación de un complejo sistema económico-financiero conocido como «contabilidad separada»²⁷. En suma, con el establecimiento de una separación en la

²⁷ Nos estamos refiriendo al sistema de separación contable de los resultados en atención a la naturaleza de las actividades que lo originan, sistema que ha sido solicitado en multitud de ocasiones en particular por la doctrina italiana como solución para preservar la naturaleza del fin mutualista que se predica de toda SCoop. y por ende para la ejecución de un auténtico reparto de retornos. En este sentido, *vid.*, entre nuestra doctrina destacamos a: ITURRIOZ DEL CAMPO, J., «La distribución...» *cit.*, pg. 113, donde el autor pone de manifiesto la similitud del resultado obtenido por las SCoop. alemanas, (las cuales, como ya indicamos, no participan del carácter mutualista y se alzan en auténticas sociedades de capital) con las SCoop españolas cuando éstas no distinguen sus resultados. En la doctrina italiana en esta misma línea nos encontramos con:

contabilidad lo que se consigue es identificar de un lado el resultado contable de las operaciones mutualista y por otro, el resultado que se obtenga de las operaciones extramutualistas²⁸, lo que incide directamente en la figura del retorno cooperativo²⁹.

Como colofón de la atención que el ordenamiento jurídico fiscal italiano había ofrecido progresivamente a la figura del retorno cooperativo³⁰, el legislador civil, en la reforma del 2003, no sólo recoge por primera vez al instituto dando respuesta así a la reiterada petición doctrinal³¹, sino que expresa de forma clara e inequívoca el sistema que con él se propone³², lo que no consideramos que consiga el legislador español con su última y vigente LCoop., como ya hemos apuntado en alguna ocasión. Debemos señalar que su tardía regulación en Italia nace sin embargo con la clara pretensión de su eficiente ejecución, y así al menos lo entendemos nosotros toda vez que, a diferencia del legislador

BONFANTE, G., *Delle Imprese... cit.*, pgs. 128, 131 últ. párr. y 132; *idem.*: «La nuova disciplina... », *cit.* pg. 21; BASSI, A., *Dividendi... cit.* pgs. 24 y 25; BUCCI, G., «Utili... », *cit.*, pg. 409, not. núm. 25; PAOLUCCI, L.F., «I ristorni nelle cooperative», *cit.*, pg. 47; FAUCEGLIA, G., «Note in tema... », *cit.*, pg. 322, ap. 3º; CUSA, E., «I ristorni... », *cit.*, pg. 33 y 34; SALVINI, L., «I ristorni... » *cit.*, pg. 1920, ap. 9.2; MASOTTI, M., «Le clause mutualistiche ed il ristorno cooperativo», *cit.* pg. 1079 y GALLO, F. y ROSSI, A., «Aspetti civilistici... », *cit.*, pg. 265.

²⁸ Quizás sea más adecuado, como así hace la doctrina italiana haciendo eco de su art. 2545-sexies CCI, distinguir entre diversas gestiones mutualistas, unas obedecen a un campo de actuación externo y otras interno, puesto que ambas forman parte de un fin común superior que es el fin mutualista. Por lo que de este modo, no se puede decir que las S.Coop. que no actúen principalmente con los socios vulneren con sólo ello la idea obligada y común persecución del fin mutualista, en este sentido, *vid.* PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative dopo...*, *cit.* pg. 51.

²⁹ La necesidad de esta separación contable como sabemos radica en la posibilidad que existe en las S.Coop. de operar con terceros. En este aspecto es relevante indicar que hay una norma contenida en la nueva redacción que ha pasado totalmente inadvertida y sin embargo, es de singular importancia, esta es la norma 2521. párr. 1º CCI que reza: «la escritura de constitución establece las reglas para el desarrollo de la actividad mutualista y puede prever que la sociedad desarrolle la propia actividad también con terceros». Esta disposición introduce una disciplina nueva. Desde la entrada en vigor del RD de 17 de enero de 2003 las S.Coop. podrán actuar con los terceros no socios sólo si ello se recoge en la Escritura de Constitución. La falta de una previsión estatutaria, la actividad con los terceros no será consentida y decaerá por innecesario todo el régimen relativo a la contabilidad separada. *Cfr.* BASSI, A., «Le cooperative... », *cit.*, pg. 1.

³⁰ Hasta la circular ministerial conocida como *Financiaría* 2001, sólo eran deducibles los retornos en la S.Coop. de consumo, lo que se ha hecho extensible a todas las clases de S.Coop., y así se recoge *vid.*, MOSCONI R., «Il ristorni...» *cit.* pgs 7 y ss.

³¹ *Vid.*, MARINO, L., «Maturi i tempi per il ristorno», *Credito Cooperativo*, núm 8/9, 1999, pg. 36., donde se afirma que la modificación de la normativa cooperativa en materia de retornos en términos generales es positiva en tanto que con ella se recupera la importancia del socio en la coop. En este sentido *vid.*, OLIVERI, G., «Conservatori sconfitti... » *cit.*, pg. 32.

³² Nos referimos al ya mencionado art. 2455.6. CCI. En el párr. 1º de este precepto se señala que este sistema de reparto se ejecutará en función del intercambio mutualista (socio-cooperativa) y que será el acto constitutivo el que determine los criterios del reparto. La AG, por su parte, como se indica en el último párr. podrá deliberar en cuanto a la forma de hacerlo valer, esto es, a través de instrumentos financieros, aumento en la cuota o con la emisión de nuevas acciones.

español, la regulación del retorno surge simultáneamente con una nueva obligación: la de contabilizar por separado los resultados (art. 2545-*sexies*, pár.2º CCI)³³. Qué duda cabe que complica el régimen económico³⁴, pero desde un punto de vista puramente dogmático se ajusta al contenido del principio del retorno cooperativo proclamado por la ACI³⁵.

Hasta la redacción del art. 83.2 de la derogada Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas (LGC), el legislador español no había recogido en los textos precedentes la posibilidad de contabilizar por separado los resultados. En todo caso, las leyes anteriores a 1987 eran leyes que proponían una S.Coop. más cerrada y mutualista por lo que la exigencia de una contabilidad separada se hacía innecesaria³⁶.

En la actualidad, se recoge como opción el establecimiento de una contabilidad separada en función del origen de los resultados en el art. LCoop. en los siguientes términos: «Figurarán en contabilidad separadamente los resultados extracooperativos derivados de las operaciones por la actividad cooperativizada realizada con terceros no socios, los obtenidos de actividades económicas o fuentes ajenas a los fines específicos de la cooperativa, así como los derivados de inversiones o participaciones financieras en

³³ Por su parte, en el ap. 2º del art. 2545-*sexies* párr. 2º CCI, se establece que se reporte separadamente en el balance los datos relativos a la actividad desarrollada con los socios. La política jurídica de esta norma tiene un alcance meramente fiscal, esto es, las cooperativas *spurias* o sin mutualidad prevalente no gozaran de las mismas ventajas fiscales que las *puras* o con mutualidad prevalente (Cfr. arts. 111-*decies* y 223-*undecies* CCI, relativo a las normas de actuación y transitorias).

³⁴ La complejidad del proceso aplicable para la obtención de las distintas cuentas ha sido en ocasiones denunciado. Como indicó la doctrina antes de la reforma, *vid.*, MOSCÓNI, R., «Il ristorno...», *cit.* pg. 14: «Come appare chiaramente, risulta impossibile, data l'evidente complessità dell'attività dell'impresa cooperativa, distinguere l'eventuale prevenienza della prevalenza dei ricavi sui costi fra una ipotetica gestione mutualista e un'altra ipotetica gestione extra-mutualista, con la conseguenza (ad impossibilia nemo tenetur) che non risulta possibile condizionare in tal senso l'eventuale attribuzione del ristorno ai soci». Nuestro legislador estatal lo ha recogido en la propia Ex.Mot. LCoop. expresamente en el considerando I, párr. 14º, en los siguientes términos: «La dificultad y el coste de gestión que supone en determinadas ocasiones contabilizar separadamente los resultados cooperativos de los extracooperativos ha aconsejado facultar a la Cooperativa para que opte en los Estatutos por la no diferenciación, en cuyo caso vendrá obligada a incrementar las dotaciones a los Fondos Obligatorios».

³⁵ Curiosamente, el ordenamiento italiano describe un sistema de reparto a través de retornos respetuoso con la ACI, en particular, con los principios que se actualizaron en el Convenio de Viena d 1966, siendo por otro lado un ordenamiento que en ningún precepto de su extensa normativa relativa a las S.Coop. menciona a la ACI., es decir, todo lo contrario que desafortunadamente ocurre en el caso español.

³⁶ ARCO ALVAREZ J.L., «Financiación...», *cit.*, pg. 42. El autor en su estudio analiza la Ley de Sociedades Cooperativas de 1974 y sin embargo, no deja de apuntar la idoneidad de no mezclar los resultados en los siguientes términos: «Pero, en cualquier caso, parece necesario exigir que las operaciones con terceros se contabilicen especialmente, y que los beneficios que se obtengan alimenten una reserva también especial, que será indisponible, tanto durante la vida de la entidad como en caso de disolución».

sociedades, o los extraordinarios procedentes de plusvalías que resulten de operaciones de enajenación de los elementos del activo inmovilizado, [...]» (art. 57.3 LCoop.). Por su parte, el art. 57.4 LCoop. deja de manifiesto que el régimen jurídico contenido en el apdo. 3º no es más que derecho dispositivo ya que recoge que: «No obstante lo anterior, la cooperativa podrá optar en su Estatutos por la no contabilización separada de los resultados extracooperativos» y como ya señalamos (*vid., supra*, not. núm. 32), la misma complejidad del proceso de fijar una contabilización separada es la justificación para el legislador de otorgar al art. 57.3 LCoop. un alcance puramente dispositivo.

En el caso de que lo socios escojan llevar una contabilidad conjunta de los resultados se someten obviamente al contenido dispuesto en el 58.2. y 3 LCoop. relativo a la distribución de resultados no cooperativos (extracooperativos y extraordinarios) y nunca al art. 58.1 LCoop. destinado éste a regular el reparto de los beneficios que tienen la consideración de cooperativos. Igualmente, se somete la S.Coop que escoja la contabilización conjunta a la Disposición adicional sexta, de la LCoop. la cual por su parte determina que: «Será causa de pérdida de la condición de cooperativa fiscalmente protegida la falta de contabilización separada de la operaciones cooperativas realizadas con terceros no socios». Así, con ello, observamos que el legislador tanto en la Exposición de Motivos como en el mismo texto comprende que la complejidad del establecimiento de un sistema de contabilización separada de resultados sea tal que permite su contabilización conjunta, pero sin embargo, entiende la doctrina que no es coherente cuando en cierta medida «castiga» su no contabilización separada³⁷. Bajo nuestro punto de vista lo único que con este régimen vemos que se pone de manifiesto es la lucha del legislador por no desmutualizar totalmente la S.Coop. a través de instrumentos imperfectos o poco operativos en definitiva para una empresa que ha de competir en el mercado y que busque o no lucro o se organice o no por parámetros puramente capitalista, requiere de instrumentos que faciliten su desarrollo y no lo contrario.

³⁷ PASTOR SEMPERE, C., «Principales novedades de la nueva Ley 27/1999, de 16 de julio, General de Cooperativas», *RdS*, 1999, pg. 243.

En todo caso, entendemos que la opción del legislador por establecer un régimen de contabilización separada dispositivo no tendría mayor trascendencia si en última instancia no colaborase con ellos a la progresiva desvirtualización del instituto del retorno³⁸.

El paso adelante que en suma implicaría que nuestro derecho positivo al respecto abogue por la exigencia de una contabilización separada creemos que se reduce a la correcta configuración de la figura del retorno. Así, la obligación de distinguir contablemente los resultados que la sociedad obtenga únicamente con los socios cooperadores como consecuencia del desarrollo del objeto social de los que no, es importante si tras ella se procede al reparto de retornos, puesto que si éstos sólo pueden ser repartidos en atención a la actividad mutualista, esto es, a la desarrollada dentro del binomio S.Coop.-socio cooperador en el desarrollo del objeto social, lo que con ello se va a conseguir es la aplicación exacta en términos de la ACI y del derecho positivo europeo, del sistema del retorno. Así, con la contabilidad separada no sólo se produce un verdadero retorno por la imposibilidad de incluir en el reparto de éstas cantidades que resulten de las operaciones desarrolladas fuera de la relación «cooperativa-cooperador» sino que, igualmente, se distinguen con mayor nitidez los dos posibles sistemas de reparto: el dividendo y el retorno. La práctica de la contabilidad separada no es por tanto un presupuesto legal más, sino el mecanismo a través del cual se construye una forma de reparto de resultados que respeta el concepto del principio del retorno cooperativo³⁹.

Ahora bien, en el art. 58.3. LCoop. el legislador permite que se repartan retornos con cantidades que no tienen la consideración de beneficio cooperativo y ese es el verdadero desajuste de la norma. «Los excedentes y beneficios extracooperativos y

³⁸ «La exigencia de una contabilidad separada tiene gran importancia ya que permite distinguir entre la determinación cuantitativa de las operaciones que constituyen el objeto social –y que la cooperativa realiza con sus propios socios a través de la gestión mutualista- y éstas mismas operaciones cuando se llevan a cabo con terceros y las operaciones extracooperativas que exceden de la actividad aludida. La contabilidad separada hace posible por otra parte el que la cooperativa mantenga contabilizado sin peligro de confusión el patrimonio repartible y el irrepertible, cumpliendo así la función [...], de velar por la pureza de la causa no lucrativa, que constituye [...] un rasgo individualizador de estas figuras», LLOBREGAT HURTADO, M^a.L., *Mutualidad... cit*, pg. 283 y 284.

³⁹ En contra de una aplicación restrictiva en general del régimen de la contabilización conjunta, *vid.*; GADEA, E., SACRISTAN, F., VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico... cit.*, pg. 482.

extraordinarios disponibles, una vez satisfechos los impuestos exigibles, se aplicarán, conforme establezcan los Estatutos o acuerde la Asamblea en cada ejercicio a retorno cooperativo a los socios, a dotación de los fondos [...]». Esto es, efectivamente el legislador «aleja» del eventual reparto a los socios las cantidades extracooperativas y extraordinarias respecto de las cooperativas, toda vez que aumenta la dotación a los fondos en el primer caso (*cf.* art. 58.1 LCoop. *versus* 58.2 LCoop.), pero entendemos que ese intento por mantener un sistema coherente y respetuoso con los principios de la ACI quiebra toda vez que bien no se prohíbe cualquier reparto entre los socios cuando ese beneficio no sea cooperativo, o de otro modo, al reparto que así se efectúe no se le denomine dividendo.

Así pues, no nos preocupa tanto el hecho de la creciente desmutualización de las S.Coop. por el hecho de que se repartan cantidades no cooperativas entre los socios sino por el uso inadecuado del término de retorno puesto que tales beneficios no son susceptibles de repartirse a través de retornos cooperativos y por el falso instrumento de eficacia que supone en este contexto el establecimiento de un sistema de contabilización separada.

3. El derecho al retorno

3.1. Delimitación jurídico-positiva del retorno

El retorno cooperativo se encuentra principalmente regulado en el derecho español estatal vigente en materia de S.Coop. en el art. 58.4 LCoop., y se refiere a él en los siguientes términos: «el retorno cooperativo se acreditará a los socios en proporción a las actividades cooperativizadas realizadas por cada socio con la cooperativa. Los Estatutos o, en su defecto, la AG, por más de la mitad de los votos válidamente expresados, fijan la forma de hacer efectivo el retorno cooperativo acreditado a cada socio». Como puede observarse en los apartados anteriores del mismo precepto, ya sean resultados cooperativos como no cooperativos (extraordinarios y extracooperativos) el momento de la eventual ejecución del retorno es, siempre y en todo caso, posterior a: la cancelación de las cantidades que

existan en ese momento en concepto de pérdidas; la dotación a la reserva obligatoria y la satisfacción del Impuesto de Sociedades⁴⁰.

En relación con nuestras CCAA, podemos afirmar que todas recogen la figura sin introducir grandes cambios de unas a otras. En particular, en relación a las CCAA que se escogieron para el estudio del retorno en el marco de los modelos normativos comparados vemos que éstas reconocen el instituto del retorno en sus respectivos preceptos (art. 67.4 LCPV, art. 66.4 LCC, 91.4.5 LCA y 68.3 LCV), reseñando sobre el mismo, más que un concepto global del instituto, la parte referida a su acreditación, y dejando claro que para el cálculo de las cantidades repartidas entre los socios se procederá a fijar una proporcionalidad entre lo repartido y la actividad desarrollada por los socios.

Se podría afirmar que salvo en el ordenamiento alemán, el que por su parte no recoge la figura, del contenido normativo comparado, comunitario y español coinciden en

⁴⁰ Recordemos que salvo el ordenamiento alemán, todos los ordenamientos europeos estudiados recogen la figura del retorno. En el ordenamiento alemán la figura de *die rückvergütung* no tiene base jurídica positiva, lo cual es coherente con la estructura cooperativa no mutualista que rige en Alemania. En Italia, el retorno hasta la vasta reforma en materia de sociedades en el 2003, a penas había gozado de una base jurídico positiva, salvo desde un ámbito puramente fiscal. Es el caso de los arts. 6-9 del RD 12 febrero, 1911, núm. 278; arts. 11 y 12 del d. P.R. 29 septiembre 1973, núm. 601 y art. apósito de la L. 31 enero, 1992, núm. 59. En la actual redacción del CCI es el art. 2545-*sexies*, párr. 1º el encargado de dar un contenido mínimo a dicha figura en los siguientes términos: *L'atto costitutivo determina i criteri di ripartizione dei ristorni a i soci proporzionalmente alla quantità e qualità degli scambi mutualistici*. En el resto de los principales ordenamientos europeos también se hace referencia a la figura del retorno. Así el art. 15 del EGC dice que: «No podrá practicarse distribución alguna entre los socios sino a prorrata de las operaciones efectuadas por cada uno de ellos o del trabajo aportado».

El art. 3 del C.Coop. se dispone en 7 apartados los principios cooperativos, coincidentes con los declarados en Manchester en 1995, cada uno de los siete apartados lleva como rúbrica el nombre del principio, y es ahí donde se recoge en el apdo. 3º, el sistema del retorno bajo la rúbrica de «Participación económica de los socios» en donde se recoge el sistema de proporcionalidad que se deberá fijar entre las actividades de los socios y las cantidades.

Los requisitos que se requieren para la calificación como S.Coop. en el Reino Unido requiere de una constatación por parte del registrador de que se trata de una S.Coop. *bona FIDE*. Lo cual implica, entre otras cosas que las ganancias se repartirán entre los cooperadores en proporción al volumen de las operaciones en las que éstos hayan intervenido o lo que es lo mismo, que la figura que se reconoce para repartir los resultados entre los socios es el retorno cooperativo (sección 1º IPSA).

En nuestro derecho comunitario se declara la figura en el Considerando 7º de la Exposición de Motivos RSCE: «Las cooperativas son, ante todo, agrupaciones de personas o entidades jurídicas que se rigen por principios de funcionamiento específicos, distintos de los de otros agentes económicos. Entre esos principios cabe mencionar el de la estructura y gestión democráticas y el de la distribución equitativa del beneficio neto del ejercicio financiero». Y en particular, en el Considerando 10º, continúa y concreta el sistema en los siguientes términos: «los beneficios han de distribuirse en función de las actividades realizadas con la SCE».

un régimen jurídico común, puesto que en todos los casos hay normas que refrendan: 1ª. La proporcionalidad del retorno con la actividad del socio en la cooperativa. 2ª. La imposibilidad de su ejecución antes de otras partidas obligatorias. 3ª. La naturaleza estatutaria de su exigibilidad. A su vez, de dichas tres notas se puede correlativamente llegar a dos conclusiones: De las notas 1ª y 2ª concluimos que el retorno nace del mismo carácter mutualista de la S.Coop., primero porque éste tiene su cálculo exclusivamente en las relaciones creadas entre la S.Coop. y los socios cooperadores, y que únicamente se atiende cuando partidas previas de naturaleza igualmente mutual, como los fondos irrepartibles, sean también cubiertos. De la nota 3ª se deduce que no se trata de un derecho inderogable *ex-lege*.

Por tanto, se construye *ex-lege* en Europa un retorno con la exigencia principal e ineludible del respeto al principio mutualista pero, sin embargo, con un fuerte contenido dispositivo, puesto que permite a los socios desde los Estatutos o la AG su derogación, a lo que nos referiremos en los epígrafes posteriores.

3.2. Algunas consideraciones previas en torno a la naturaleza económica del retorno: incidencias con el dividendo y corrientes doctrinales

Se debe apuntar primeramente que la distribución del retorno presupone la necesaria presencia de un avance activo de la gestión, esto es, se requiere la existencia de un resultado positivo, considerándose por la doctrina mayoritaria que es contrario a toda lógica jurídica y económica cualquier distribución entre los socios no sólo del retorno sino de cualquier ventaja mutualista ante un resultado contable negativo⁴¹.

⁴¹ En este sentido, en particular la doctrina italiana es clara cuando manifiesta su expreso rechazo al reparto ante resultados negativos, así, *vid.* GENCO, R., *La struttura...*, *cit.* pg. 90; CUSA, E., *I ristorni....cit.*; *Idem* «La nozione civilistica di ristorno cooperativo», en *Rivista della Cooperazione*, 3, 2003, ap. 8º, ult. párr. pg. 20; TREMONTI G., «L'introduzione... », *cit.*, 2.3.2 ult. párr.; FAUCEGLIA, G., «Note in tema... », *cit.* pg. 323, ap. 2º. Lo cual entendemos que no es del todo irreconciliable con la postura de nuestra doctrina española la cual compartimos, toda vez que apunta la posibilidad de su reparto en virtud de decisiones

En todo caso, recordemos, que para la ejecución del retorno cooperativo se requiere anteriormente haber atendido otros deberes de contenido económico. Por lo que una vez atendidas tales partidas previas, y centrándonos ya en las cantidades que los socios tras la dotación de aquellas pueden recibir, bien a través de retornos como de dividendos, es de interés recordar que no se encuentra entre estos dos sistemas de reparto base legal alguna que exija una preferencia o una prelación de un sistema respecto del otro. Así, si ambos institutos concurren, el legislador deja a los socios la facultad de decidir cuál de ellos se ejecutará primero (art.58.3LCoop)⁴². Aspecto éste que entendemos importante, ya que, aunque en el derecho positivo a través de los límites a los instrumentos que capitalizan la S.Coop (art. 107.2.b y c LCoop. «partes sociales con voto»; art. 14, párr. 3º LCoop. «socios colaboradores» ó art. 4 LCoop. «operaciones con terceros») se pueda decir que se percibe la tendencia del legislador por hacer prevalecer un sistema mutualista en la S.Coop. y por tanto, es lógico que prevalezca la figura del retorno respecto del dividendo, ello no es una garantía *ex-lege* para nuestras S.Coop.. Por lo que a pesar de la lógica prevalencia de los retornos frente a los dividendos en concordancia con la ACI y a su declaración de principios, y en cualquier caso, con la doctrina que más se ha preocupado en el derecho comparado de estos aspectos⁴³, nos encontramos con diversos y claros preceptos, como el ya tantas veces mencionado art. 58.3 LCoop., que por su parte traslada la última decisión a los socios en AG⁴⁴.

concretas del momento económico que entendemos que pueden convivir con el respeto a su estructura mutualista.

⁴² Art. 58.3 LCoop.; «Los excedentes y beneficios extracooperativos y extraordinarios disponibles, una vez satisfechos los impuestos exigibles, se aplicarán, conforme establezcan los Estatutos o acuerde la Asamblea General en cada ejercicio a retorno cooperativo a los socios, a la dotación a fondos de reserva voluntarios con carácter irrepitable o repitable, o a incrementar los fondos obligatorios que se contemplan en los arts. 55 y 56 de esta Ley». En el presente precepto el legislador propone diversos destinos para distribuir el resultado. Entendemos que no se trata de un *numerus clausus* sino que menciona los destinos propios de la realidad cooperativa sin por ello impedir que una vez pagados los impuestos se pudiera destinar la cantidad resultante a la distribución de dividendos entre los socios.

⁴³ Vid. BONFANTE, G., *Delle Imprese...*, cit., pg. 141, not. núm. 12; e *Idem.*, «Attività mutualistica...» cit., pg. 7.

⁴⁴ Del mismo modo en el ordenamiento italiano no se exige que finalmente se deba repartir un retorno en lugar de un dividendo, *cfr.*, arts. 2521.8 y 2545-*sexies* CCI.

Lo que es claro hasta el momento es que el retorno, en el ordenamiento español vigente, sigue la línea de las anteriores leyes de S.Coop., en tanto que no está configurado como un derecho inderogable del socio. Nos parece que esta afirmación en nuestra actual norma puede tener su punto de partida o al menos una estrecha relación con el art. 16.2.d LCoop., ya que ahí se incluye el retorno en un elenco de derechos de los socios, pero añade tras su enunciación la expresión «en su caso». Creemos que dicha expresión no significa la idea obvia de repartir en función de si hay o no excedentes positivos ya que, lógicamente, al igual que en la LGC, la cual dicho sea de paso, fue mucho más respetuosa con el contenido del retorno, sólo se procede al reparto si hay algo que repartir. Es decir, aquí la expresión «en su caso» no creemos que signifique sólo «si hay algo que repartir» sino que sobre todo indica que sea repartido «en el supuesto que así lo decida la AG o los Estatutos». Por ello, nos parece que queda clara la configuración de la figura del retorno como una posibilidad o derecho de contenido económico que es derogable en manos de la AG y de los Estatutos, y no como un derecho subjetivo-económico e inderogable de los socios⁴⁵.

Al tratar el tema de la naturaleza jurídica y económica de la figura del retorno se plantean diversas posiciones doctrinales que a continuación expondremos pero, en todo caso, estamos de acuerdo cuando se señala que para adentrarnos en el estudio de la naturaleza jurídica del retorno hemos de arrancar de una idea de S.Coop. tradicional y clara⁴⁶ y no de figuras intermedias o S.Coop. con gran grado de desmutualización o capitalizadas, puesto que entendemos que es un tema de eminente carácter dogmático y el análisis se nos presenta más sencillo si comenzamos al menos desde unas premisas que diferencien bien al tipo societario⁴⁷. Partimos pues, no de situaciones anómalas o excepcionales en la S.Coop. como es la realización a gran escala de operaciones con terceros, sino de lo que es su situación original. Esto es, el desarrollo de la actividad social a través de operaciones cooperativas con socios cooperadores.

⁴⁵ Vid. VARGAS VASSEROT, C., *Op. cit.*, pg 88.

⁴⁶ Recordemos que entendemos la puridad o no de una S.Coop. en función del cumplimiento o no de las características generales de la mutualidad y de los principios de la ACI.

⁴⁷ LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *Mutualidad... cit.*, pg. 430.

La naturaleza económica de la institución del retorno es un claro punto de división doctrinal. Desde una perspectiva puramente económica y contable resaltamos la importancia, que luego trasciende para la configuración de las posturas jurídicas, de partir o no de la idea de concebir el retorno como una deuda de la Sociedad, puesto que se trata de una cantidad que la S.Coop. cobró de más o abono de menos a los socios. Así desde una óptica contable la diferencia con el dividendo es clara, ya que éste es concebido como una ganancia o beneficio esencialmente repartible y el excedente indicará la deuda que adquiere la sociedad con sus socios⁴⁸, ahora bien, será la AG la que finalmente decida cómo «devolver» al socio su «exceso» en la participación del mismo en la actividad-cooperativa, que no siempre ha de ser un retorno⁴⁹.

Destacada jurisprudencia y doctrina arranca su debate en señalar como única diferencia entre la figura del retorno y la del dividendo la idea de que ambas pertenecen a sistemas distintos de distribución, sin conectar así su distinción con la afirmación anterior, esto es, la diferente naturaleza económica y contable de los institutos como origen de tal distribución⁵⁰. De este modo, y para ser coherentes, el retorno debería quedar configurado siempre como una parte de los beneficios de la S.Coop. al igual que los dividendos, y la única distinción con éste se reduce pues en la forma de ejecutarse. Esta última tesis, que abiertamente no compartimos y que en rasgos generales se puede decir que es por la que

⁴⁸ «[...] lo fundamental del retorno, al igual que la ventaja inmediata, está en el ahorro del gasto. Ahora bien, en el primero de estos casos la cooperativa, por razones de prudencia y buena gestión, decide esperar al final del ejercicio para satisfacer ese ahorro de gasto conseguido a través de la gestión económica mutualista de la cooperativa. Lo único que varía es pues el mecanismo de hacer efectiva una ventaja, que se consigue en todo caso a través de la eliminación del beneficio del intermediario. Las cantidades retornables o las cantidades que los socios dejan de abonar a priori son sustancialmente las mismas, sólo cambia el momento en que se satisface su importe a los socios. Y precisamente esta diversidad temporal es lo que hace de los retornos cifras de valor que no entran a formar parte del patrimonio de la cooperativa y que por ello deben ser restituidas a los socios, que las abonaron de más o percibieron de menos. [...] El sistema contable no tiene por tanto en este caso la finalidad de acreditar la obtención de un excedente derivado de la gestión económica de la cooperativa para que en un momento posterior pueda ser repartido entre los socios, sino tan sólo de reflejar una cifra de valor, que en la sociedad indica un beneficio y en la cooperativa, por el contrario, una deuda de ésta última frente a los socios». LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *Mutualidad...* cit. pg. 435 y 436.

⁴⁹ Sobre otras ventajas mutualistas que puede percibir el socio cooperador en la S.Coop.

⁵⁰ Se ha apuntado entre nuestra doctrina, aunque bajo nuestro punto de vista sin total rotundidad que: «La diferencia entre uno y otro estriba, a nuestro parecer, en la forma de repartirse [...]», AMORÓS RICA, N., «Concepto jurídico...», cit., pg. 58, sin perjuicio que el mismo autor en la misma obra apunta ya la importancia del origen de las actividades que originan tales resultados.

se inclina nuestro Tribunal Supremo⁵¹ y el destacado jurista italiano BONFANTE. Sin embargo, nosotros entendemos que predica un retorno incompleto, puesto que estudia únicamente un sólo aspecto de la compleja figura, esto es, su sola ejecución o acreditación y no la causa misma de tan particular distribución.

El hecho es que las características de no distribuir bajo los criterios del capital y someterse a los principios de equidad y de proporcionalidad han sido entendidos por una gran parte de la doctrina como rasgo esencial de la figura del retorno, y, por tanto, ulteriormente, como aspecto que singulariza la naturaleza del retorno frente al dividendo⁵². En todo caso, son múltiples las diferencias que encontramos entre el retorno y el dividendo. Efectivamente, se trata de dos figuras que se alzan en institutos típicos de sociedades originariamente opuestas y que ponen de manifiesto las dos distintas estructuras en las que descansan, esto es, la mutualista y la capitalista. Sin embargo, la posible polivalencia funcional de los tipos societarios hace que ni ambos institutos ni sus regímenes traigan detrás siempre sistemas enfrentados entre sí. No hay duda que el dividendo ayuda a la especulación y por su parte, el retorno es idóneo para retomar la importancia de la valoración del trabajo, por lo que la política de aplicación del retorno no debe descansar en una idea de atracción de sus futuros miembros con independencia del trabajo, ya que quedaría desvirtuada su función de gratificar el rendimiento y el esfuerzo de quien lo realice y en definitiva, su justificación como instituto diferente o singular frente al dividendo.

En particular no queremos dejar de apuntar la singularidad con el que este debate, respecto a la naturaleza de los retornos y de los dividendos, ha sido atendido por la doctrina italiana. Así pues, las divergencias que han surgido en torno a este tema han configurado un problema abierto especialmente arduo y complejo entre la doctrina científica y jurisprudencial italiana, la que ha abordado con detalle todos los aspectos que

⁵¹ STS de 4 de noviembre de 1985, sala 4ª, R.5661 ó STS de 22 de abril de 1988, sala 3ª R.5083.

⁵² LLOBREGAT HURTADO, Mª L., *Mutualidad...cit.* pgs. 424,426,432 final primer párr.. PAZ CANALEJO N., *El nuevo derecho cooperativo español*, Madrid, 1979, pg. 15, últ. párr. y pg 16, párr. 1º. AMORÓS RICA, N., «Concepto jurídico...», *cit.* pg. 58, ROSEMBUJ, T., *La empresa... cit.*, pgs. 14 y 15, PARRA DE MÁS, S., «La integración de la empresa cooperativa» (evolución de los principios cooperativos), Madrid, 1974, pg. 63.

inciden en el tema⁵³. Encontramos posturas doctrinales enfrentadas que arrancan de un mismo estudio previo: el de las diferencias entre la mutualidad y el ánimo de lucro. Dichas divergencias constituyen en particular para la doctrina italiana el núcleo central de todas las discusiones en materia de S.Coop.⁵⁴. Y se puede afirmar que el verdadero corazón de dicho debate se ha centrado en la posibilidad o no de asimilar el retorno a la figura del dividendo. La labor pues de distinguir ambos institutos es importante, pero es un trabajo que entraña una gran complejidad como en ocasiones nos recuerda la doctrina más especializada⁵⁵.

BONFANTE divide el pensamiento doctrinal italiano principalmente en tres corrientes⁵⁶. La primera de ellas, es la corriente que sigue el pensamiento pantaleoniano, caracterizada por el casi total agnosticismo frente a lo «mutualista». En ella se apunta que la naturaleza tanto de los retornos como de los dividendos es lucrativa, con lo que bajo un punto de vista estricto de su naturaleza, la asimilación del retorno al dividendo es total en esta corriente⁵⁷, y ello entendemos que fundamentalmente porque entre las S.Coop y las demás sociedades mercantiles no existen verdaderamente diferencias desde el punto de vista económico⁵⁸.

⁵³ La problemática sobre la naturaleza jurídica del retorno y su asimilación o no con la figura del dividendo ha llamado la atención a otra doctrina comparada, bien es cierto que nunca con la exhaustividad que la italiana. Es quizás interesante destacar la atención que este tema ha despertado incluso en Alemania, un ordenamiento que recordemos no contempla en su derecho positivo a la figura del retorno cooperativo. El debate alemán llegó a trascender a la opinión pública, recogiéndose las posturas del momento al menos en dos ocasiones en el periódico, desde una óptica puramente económica y tributaria es cierto, pero dejando clara la idea de que nos encontramos ante dos institutos diferenciados, el retorno y el dividendo, *vid.*, *Die Zeit* en los años 50, *vid.* STREIBER, «Rückvergütung ist keine Dividende», *Die Zeit*, 12 de diciembre de 1950 y PAULICK, «Genossenschaften steuerlich privilegiert?», *Die Zeit*, 3 de mayo de 1951.

⁵⁴ *Vid.*, BONFANTE., *Delle Imprese...*, *cit.*, pg. 139 y OPPO, G., «La nuova legislazione commerciale. Mutualità e lucratività». *Riv. di diritto civile*, núm. 3, 1992, pg. 359.

⁵⁵ COTTINO, G., *Le società...* *cit.*, pg. 670, últ. párr.

⁵⁶ *Vid.* BONFANTE, G., *Delle Imprese...*, *cit.*, pg. 139.

⁵⁷ *Vid.* PANTALEONI, M., *Erotemi di economia*, II, Padova, 1964, pg. 129 y ss. El autor inicia su trabajo con un epígrafe claramente representativo de su postura. Así, su primer apartado lleva como rúbrica: *Della assenza di un principio economico sui generis nelle società cooperative, ossia, della impossibilità di definirle in modo che si distinguano dalle altre imprese economiche*. A lo largo de su trabajo, el autor defiende la idea de que la S.Coop. es una empresa más. En las páginas arriba indicadas especialmente en el tema que nos ocupa. (Es una obra que reproduce el artículo que a su vez versa sobre el debate mantenido entre los profesores Pantaleoni y Gide, en el Instituto de Ginebra sobre la Cooperación como el mismo autor apunta, y que se había publicado ya en PANTALEONI, M., «Esame critico dei principi teorici della cooperazione», *Giornale degli economisti*, vol. XVI, serie 2ª, marzo, abril y mayo, 1898, pg. 202-220).

⁵⁸ *È noto infatti che, dal punto di vista economico, non esiste alcuna differenza fra imprese cooperative e lucrative: si possono eventualmente notare differenze di gestione, ma queste si esauriscono all'interno della*

Una segunda postura entiende que los *ristorni* y los *utili* están enfrentados en tanto que los primeros son resultado del esfuerzo de los propios socios trabajadores o usuarios, y los segundos son el resultado de la especulación del socio por el mero hecho de serlo tras su aportación económica al capital, por lo que no interviene esfuerzo personal alguno. Así, los *ristorni* y los *utili* son prueba de la diferente naturaleza y significado de los conceptos de mutualidad y de ánimo de lucro en el seno de una sociedad⁵⁹. En el marco de esta corriente, se entiende que el retorno es un derecho del socio al cual se le debe, y por ello se le retorna, el resultado de su intervención. Es sólo el socio el que se alza en sujeto beneficiario de la ventaja aquí concretada en el instituto del retorno, con lo que en las S.Coop., la consideración de dividendo sólo la tendrá la distribución que incluya exclusivamente las cantidades que tengan su origen en las operaciones que se realicen con los terceros⁶⁰.

La tercera línea de pensamiento se encuentra entre las dos precedentes. Esta postura concibe efectivamente al retorno como un resultado del esfuerzo personal de los socios, ahora bien, teniendo en cuenta, y quizás por ello recuerde a la primera tesis, que la S.Coop. se mueve en el mismo campo que las demás sociedades mercantiles. Las reglas de supervivencia en el mercado en el que concurren son las mismas. Es cierto que la ventaja se produce en gran medida por el esfuerzo de los socios, y aunque los cooperativistas sustituyen al intermediario financiero, la actividad de «sustitución» es considerada «actividad típica del mercado» y por ende especulativa. Así pues en esta última tendencia se le otorga importancia a la persona jurídica ó S.Coop., entendiendo que la cantidad retornable o el eventual retorno no es principalmente de los socios, puesto que eso negaría precisamente la existencia de la propia persona jurídica. Es decir, es la S.Coop. la que

organizzazione e non hanno alcuna rilevanza all'esterno., vid. PAOLUCCI, L.F., *La mutualità... cit.*, pg. 8 y 9.

⁵⁹ Es cierto que el concepto de mutualidad carece de un contenido normativo claro aunque ello no ha sido óbice para que la doctrina no sólo lo haya delimitado, ubicándolo generalmente alejado del lucro, sino que lo ha situado en un lugar central y prioritario en el ámbito de las S.Coop., vid. BONFANTE, G., *Delle Imprese...*, cit., pgs. 70 y 71; *Idem.*, «Costituzione della cooperativa e concetto di mutualità», *Le società*, 1993, pg. 1587.

⁶⁰ *Ivi.*, BUCCI G., «Utili e ristorni», cit. pg. 407.

como verdadera persona jurídica que es, decide la idoneidad o no de la distribución de los excedentes en protección de la continuidad del objeto social⁶¹.

En este mismo orden de ideas el debate de la última década todavía queda más reducido en Italia. Por un lado, BONFANTE subraya que la distinción entre retorno y dividendo está en el efectivo sistema de reparto más que en el origen causal de los institutos⁶². Es decir, a la hora de establecer una clara comparación entre el dividendo y el retorno lo que verdaderamente determina la distinción entre ambos institutos es el mecanismo de acreditación que cada uno tiene. Recordemos que el dividendo se acredita siempre en proporción al capital suscrito en la S.Coop. y el retorno por su parte, se acredita en proporción a la actividad desarrollada por el cooperativista con la S.Coop.⁶³. En este sentido, como ya hemos señalado, no negamos en modo alguno que ello no sea la verdadera síntesis de la distinción entre ambos institutos, pero entendemos que es imposible escindir el sistema que se aplica con su naturaleza puesto que es precisamente la singular naturaleza «no lucrativa» del retorno lo que justifica u origina semejante sistema de reparto, esto es, la retribución del esfuerzo de los miembros y no del desembolso de capital. Quizás estemos por ello más cerca de la otra gran postura doctrinal italiana encabezada por CUSA que, por su lado, entiende que es insuficiente reducir la diferencia principal de ambos institutos en el mero mecanismo de reparto si no se añade que: «nada de lo obtenido por la S.Coop. con los terceros podrá dividirse a título de retorno»⁶⁴. La

⁶¹ Entendemos que a esta última tendencia se ajusta la STS, de 18 de enero de 2001, núm. 694 y le sigue alguna doctrina cuando realiza afirmaciones como que: *non è sufficiente la sussistenza dello scopo mutualistico in seno alla cooperativa per realizzare lo scambio mutualistico*, vid. DE LA ROSA, R., «I ristorni nella riforma del diritto societario», *Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze*, VOL. III, núm. 6, octubre 2006, en [http:// rivista.ssef.it/site.php?page=home](http://rivista.ssef.it/site.php?page=home) 2004020214501614 [Fecha consulta: 21 de julio de 2011].

⁶² En este sentido v. BONFANTE, G., «La nuova disciplina...», *cit.* pg. 24, cuando al referirse a la propuesta hecha por la Comisión Vietti señala que: *sembra considerare il ristorno un utile distinguibile dal dividendo per le modalità di ripartizione piuttosto che per le sue origine*; y antes de la reforma sobre la importancia del distinto *modus* de distribución de ambos institutos como mecanismo de diferenciación: *Idem: Delle Imprese...*, *cit.*, pg. 141.

⁶³ Asimismo lo entiende la jurisprudencia al respecto: *... i ristorni vanno tenuti distinti dagli utili in senso proprio, in quanto questi ultimi costituiscono remunerazione del capitale e sono perciò distribuiti in proporzione al capitale conferito da ciascun socio. I ristorni, invece, costituiscono uno degli strumenti tecnici per attribuire ai soci il vantaggio mutualistico (risparmi di spesa o maggiore remunerazione) derivante dai rapporti di scambio intrattenuti con la cooperativa...* STS, 8 de septiembre de 1999, núm. 9513.

⁶⁴ CUSA, E., *I ristorni...*, *cit.* pg. 46. En el mismo orden de ideas, vid., GENCO R., «La destinazione dell'utile» en *Trattato Schiano di Pepe*, vol. III, cooperative, consorzi, raggruppamenti, Milano, 1999, pg.

pieza angular interpretamos que aquí es el *scambio mutualistico*, puesto que gracias a él se puede individualizar la fuente de la excedencia que se distribuye como retorno⁶⁵.

Así que, sin menospreciar en modo alguno lo singular del mecanismo de distribución de los resultados en proporción a la participación del socio⁶⁶, consideramos que ha de acompañarse siempre de la idea de la correspondencia efectiva entre el resultado y la concreta actividad mutualista que lo produjo. En realidad no debería valer pues partir de «cualquier» actividad, aunque sea incluso de la clase mutualista-cooperativa, si no es la que originó dicho resultado, es decir, ha de haber una efectiva correlación entre trabajo realizado y resultado obtenido por «ese concreto trabajo», pero es «sin embargo difícil, si no imposible, acertar con cual es la parte del resultado positivo que se deriva de la prestación ejercida por cada uno de los socios que son potenciales destinatarios del

122. En este mismo sentido, nuestra doctrina añade que: «[...] si esas cantidades a repartir o beneficio se han producido como consecuencia de operaciones extra-cooperativas, aunque el mecanismo de distribución sea el propio de las sociedades que estudiamos, no será verdadero retorno y sí dividendo», AMORÓS RICA, N., «Concepto jurídico...» *cit.*, pg. 58.

⁶⁵ A diferencia de lo que sucede en otras sociedades mercantiles, la importancia de la mutualidad y sus caracteres es donde la doctrina entiende que se encuentra la justificación para limitar en una S.Coop. la acreditación de los dividendos, así, *vid.*, MALUSA, G., «I ristorni nelle società cooperative», *Cooperative e consorzi*, 2001, núm. 2, pg. 101.

⁶⁶ La sola acreditación de los resultados en proporción a la actividad del socio y no a la titularidad de éstos de unos valores es ya por sí sólo responsable de futuras situaciones jurídicas para los socios de gran relevancia en el ordenamiento español. En este orden de ideas, esta sola diferenciación marca un debate doctrinal específico en España sólo en materia de dividendos no parangonable ni al instituto del retorno ni al ordenamiento italiano en todo caso. En nuestro ordenamiento el reparto de dividendos en el caso de una SA se efectúa en proporción del capital efectivamente desembolsado art. 272, párr. 2º, LSC (anterior art. 215 LSA), lo cual plantea la posible injusticia de si se acuerda no repartir dividendos esa decisión perjudicará más a aquellos socios que hicieron su desembolso efectivo o que más desembolsaron. Por otro lado, el legislador opta en la liquidación por el reparto en función del valor nominal de las acciones, *vid.* art. 392.2 LSC (lo que se ubicaba en la anterior redacción bajo el art. 277.2, párr. 2º LSA) por lo que otra vez, la decisión de no repartir a lo largo de la vida de la sociedad perjudica sólo a los socios que sí desembolsaron, y así lo ha denunciado la doctrina española: MUÑOZ, N., «El derecho...», *cit.*, pg. 319. Extremo, por su parte, no extrapolable a la S.Coop. en ninguno de los ordenamientos en tanto que el remanente final resultante de la liquidación no es susceptible de ningún reparto, es más, ni tan siquiera es propiedad de los miembros presentes en el momento de la liquidación (*cf.*; art. 2545-ter, CCI, art. 75 Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas). La única forma posible de que en la liquidación se repartan cantidades entre los socios es con la creación de fondos voluntarios con carácter repartible de naturaleza estatutaria (*Cfr.*; art. 2545-quinquies, *últ. párr.* CCI, y art. 75.2.c, Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas). La manera de acreditar el retorno en Italia, esto es, en proporción a la actividad desarrollada por el socio (art. 2545-sexies, párr. 1º CCI), como de acreditar los dividendos, esto es, en proporción al número de las acciones de la que los miembros son titulares (art. 2433 y 2350 CCI), titulares que incluso no pierden su derecho al dividendo incluso en caso de mora (art. 2344 párr. 4º CCI), hace que no sea extensible para el caso italiano la problemática que para estos extremos puede surgir bajo el régimen español.

retorno»⁶⁷. Así, el hecho de repartir en proporción a la actividad que desarrolle cada socio resultados no originados por tales socios y por supuesto, todos aquellos que sean originados por actividades especulativas, nos atrevemos a decir que tal reparto será un híbrido a caballo entre ambas figuras y, que en todo caso, una distribución hecha con esos criterios tiene una innegable naturaleza lucrativa de la que un retorno no ha de participar⁶⁸.

Como conclusión apuntamos que es pues insuficiente indicar sin más que la verdadera diferencia entre el retorno y el dividendo radica en el mero mecanismo que se usa en cada caso, porque como hemos visto, se pueden dar con base en la autonomía estatutaria, otras modalidades de reparto en las que su sistema de ejecución sea coincidente incluso con un retorno sin ser verdaderamente un retorno, al menos en un sentido estricto, precisamente, por no participar de un origen o naturaleza mutua.

Dicho lo cual, se debe puntualizar que no debe nunca afirmarse que ambos sean mecanismos de distribución de resultados, puesto que si con el término «resultado» nos referimos a la cifra positiva resultante del ejercicio anual, a esto sólo se ajusta verdaderamente el retorno. Es decir, el retorno como instituto cooperativo no reparte si contablemente no ha habido ganancias y ello, en principio, con mayor facilidad que el dividendo que pertenece, por su lado, a una realidad pensada fundamentalmente para la persecución del lucro ilimitado. Al no alzarse como regla general el retorno en el fin mismo de la S.Coop., encuentra ésta, con mayor comodidad, la predisposición de sus socios al no reparto⁶⁹. El dividendo por su parte no siempre es consecuencia del cierre

⁶⁷ CUSA, E., *I ristorni...*, cit. pg. 45, 2º párr.

⁶⁸ En resumen: 1.) Que aunque un cooperativista participe en actividades cooperativas que por los motivos que sean no produzcan ningún resultado o saldo positivo repartible en la S.Coop., no deberían servir tampoco de cálculo para repartir «otros resultados» por el sistema del retorno. Para que exista la efectiva correspondencia entre la actividad y el resultado, debe siempre haber participado «activamente» el socio cooperador en la obtención del resultado que se le reparte, otra cosa es, la indudable complejidad contable que ello entrañaría, puesto que así lo que se demanda son ulteriores separaciones dentro de la ya separada contabilidad de la cuenta de resultados cooperativos. 2.) Igualmente entendemos que aquellos socios que no desarrollen ninguna actividad con la S.Coop., nunca podrán percibir retornos porque no se les puede adjudicar ninguna actividad cooperativa y por tanto no hay base para el cálculo de aquellos.

⁶⁹ En este mismo orden de ideas se ha mantenido por nuestra doctrina que: «No es impensable una sociedad cooperativa cuya participación sea rentable del mismo modo que la sociedad anónima no lleva consigo un seguro de rentabilidad máxima; lo que sucede es que así como la sociedad cooperativa se construye bajo un principio máximo de democracia así también sus beneficios no se reparten con base en un principio de rentabilidad capitalista, como no se obtiene tampoco por la vía de una explotación capitalista, ni por razón de

anual positivo, la falta de liquidez en una sociedad no debe alzarse en obstáculo para un posible acuerdo de reparto, ya que el beneficio real repartible no significa beneficio en numerario. Así, generalmente, nada tiene que impedir que la sociedad pueda acudir al crédito al objeto de hacer efectivos los posibles dividendos acordados⁷⁰. Sin embargo, no hay justificación con base positiva ni con base en la lógica-cooperativa que ampare la idea de un reparto entre los socios de una S.Coop. si no existe en el ejercicio correspondiente un saldo positivo «suficiente», y ya no sólo por las obligaciones previas al retorno, sino por el sentido mismo que la figura del retorno tiene, ya que sus características de gratificación del trabajo, proporcionalidad y equidad se ven supeditadas a la idea de autosuficiencia de la persona jurídica, estrechamente vinculado con el resultado numérico del ejercicio. Ahora bien, cuando nos referimos a saldo positivo suficiente, no estamos hablando de los beneficios en sentido estricto como resultado éstos de cualquier actividad no-cooperativa, sino de que en la cuenta de los resultados cooperativos no existan cantidades para la realización de retornos. Ahora bien se pueden dar situaciones concretas en las que sí entendemos que no se vulnera al instituto como fiel exponente de un sistema mutualista, y sin embargo se reparte sin haber obtenido en el ejercicio en cuestión un saldo cooperativo positivo, podría ser el hecho p.e., de que se procediera al reparto de cantidades de otros ejercicios que correspondan a la cuenta de los resultados cooperativos y que fueran a parar a un fondo voluntario repartible como consecuencia de una política conservadora o cautelosa de administración⁷¹.

la exclusiva participación a ella de un grupo cerrado de socios [...]], *vid.* VERGEZ SANCHEZ, M., *Op. cit.*, pg. 84 y 85.

⁷⁰ *Vid.*, ILLESCAS ORTÍZ, R., «El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte», *Revista de Derecho de los Negocios*, núm., 21, 1992, pg 30. Sin perjuicio de que sea «[...] necesario que, [...], el valor del patrimonio neto contable de la compañía no sea inferior al capital social o no resulte serlo como consecuencia del reparto de beneficios acordado [...]» Se debe tener en cuenta que: «El reparto puede afectar igualmente a las reservas de libre disposición -las facultativas generalmente y las estatutarias de conformidad con las disposiciones contractuales que las disciplinen -en todo o en parte y con independencia del resultado positivo o negativo del ejercicio en cuestión. En este mismo sentido, *vid.*, MUÑOZ MARTIN, N., *Op. cit.* pg. 330, párr. 2º

⁷¹ Para conocer las distintas políticas relacionadas con los retornos, esto es, retornos altos, retornos bajos, retornos variables, retornos fijos ó retornos rotativos, *vid.* ARCO ALVAREZ, J.L., «Régimen económico...», *cit.*, pg. 9.

3.3. El derecho y la obligación de participar en la actividad económica-social cooperativa

El conjunto de derechos y deberes del socio cooperativista nos interesa de manera especial para reseñar fundamentalmente el derecho y la obligación que existe en toda SCoop para los socios cooperadores de participar en el desarrollo de la actividad cooperativizada. Decimos «cooperadores» para aclarar que efectivamente no es extensible a todas las clases de socios que puede acoger una S.Coop. Así pues, el derecho hay que ponerlo en relación con la correspondiente obligación de participar en las actividades «cooperativizadas», de ahí que se conozca como un derecho-deber⁷².

Tanto la norma estatal como las autonómicas recogen la participación en la actividad cooperativizada en un lugar preferente de sus respectivos textos normativos, apareciendo siempre entre los primeros derechos y deberes que se señalan. Sin duda, para nosotros la existencia de un derecho y un deber consistente en la «participación del socio en la actividad cooperativa» es crucial puesto que es a partir de él como se empieza a construir la figura del retorno-cooperativo. Se trata no sólo de un derecho y un deber que conforman el status jurídico del socio, sino que es, como igualmente sucede con el retorno, una característica esencial del tipo cooperativo⁷³.

Formar parte de una S.Coop. implica siempre la adquisición de unos derechos y el sometimiento a unas obligaciones implícitos en la condición de socio. Se ha apuntado por la doctrina que el contenido y garantía de algunos de estos derechos y deberes en el supuesto de la S.Coop tiene su origen en los principios de la ACI, principios que a su vez tienen que ponerse al servicio o al menos estar estrechamente vinculados con la Economía Social⁷⁴. En todo caso, y de manera general, se puede decir que el tema de los derechos y

⁷² MORILLAS JARILLO, M^a.J. y FELIÚ REY, M.I., *Curso de Cooperativas*, cit. pg. 180

⁷³ Asimismo, *vid.*, VARGAS VASSEROT, C., *Op. cit.*, pg. 100, «Y sea cual sea la clase de cooperativa en cuestión, la mutualidad, en el sentido de satisfacción de necesidades o intereses comunes mediante la participación de los socios, es un elemento tan esencial del tipo social que ningún socio puede desatender totalmente dicha obligación, incluso si se da la circunstancia de que los estatutos no haga referencia a esta obligación, algo que es difícil que ocurra dado el control notarial y registral del contenido estatutario».

⁷⁴ En relación al alcance y significado de la Empresa Social, se ha apuntado que: «[...] generalmente se entiende como tal, toda actividad económica de carácter privado, basada en la asociación de personas en

de las obligaciones de los socios en las S.Coop. se encuentra estrechamente vinculado con el mismo concepto y naturaleza del tipo societario, con la condición de socio y también con sus fuentes legales⁷⁵

En particular, en nuestra norma estatal, las obligaciones y los derechos de los socios se recogen respectivamente en los art. 15 y 16 LCoop. Así, de un lado, el art. 15.2.b. LCoop. que lleva como rúbrica -«Obligaciones y responsabilidad de los socios»- reza que: «En especial, los socios tendrán las siguientes obligaciones: [...] Participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la cooperativa para el cumplimiento de su fin social, en la cuantía mínima obligatoria establecida en sus Estatutos. El CR, cuando exista causa justificada, podrá liberar de dicha obligación al socio, en la cuantía que proceda y según las circunstancias que concurran». De otro lado, el art. 16.2.c LCoop., establece en relación a los «Derechos de los socios» que: «[...] En especial tienen derecho a: [...] Participar en todas las actividades de la cooperativa, sin discriminaciones»⁷⁶.

En relación con los derechos, podemos afirmar con carácter general que, sin perjuicio de lo que se recoja en los Estatutos, todos los socios tienen los mismos derechos, aunque bien es cierto que las leyes autonómicas contienen ulteriores previsiones al respecto en función de las distintas clases de socios⁷⁷.

El derecho a participar en las actividades cooperativas es un derecho instrumental de otros, ya sean éstos políticos o económicos. Es decir, no estamos ante un derecho autónomo toda vez que sirve para valorar el grado de participación de los socios en otros derechos reconocidos por la S.Coop. Nos estamos refiriendo principalmente al derecho político del voto y al derecho económico del retorno.

entidades de tipo democrático y participativo, con primacía de las aportaciones personales sobre las de capital, donde la distribución del beneficio y la toma de decisiones no están directamente ligadas con el capital aportado por cada socio», *vid.*, VARGAS VASSEROT, C., *Op. cit.*, pgs 74 Y 75.

⁷⁵ En términos similares el autor manifiesta esta idea al referirse a la LGC, SANZ JARQUE, J.J., «Derechos y obligaciones de los socios de las Cooperativas. Conforme a la Ley 3/1987, de 2 de abril General de Cooperativas», *Revesco*, núm. 55, 1986-87 pg. 38.

⁷⁶ De manera similar se recoge en las CCAA la obligación y el derecho a participar en la actividad de la S.Coop. principalmente en los siguientes preceptos: arts. 22b y 23c LCPV; arts. 37.c y 38.a LCA; arts. 23.a y 26.a LCC; arts. 25.a y 27.d LCV.

⁷⁷ VARGAS VASSEROT, C., *Op.cit.*, pg. 78.

La norma que reza: «En la Asamblea General cada socio tendrá un voto» (art. 26.1.LCoop) tiene su claro origen en el principio democrático de la ACI ya conocido por todos: «un hombre un voto», que viene de manera sucinta a significar que la votación en las S.Coop. no se hará en función a la aportación capital, propio de las sociedades capitalistas, sino que computará igual para todos por el hecho de ser socios. Bien es cierto que tampoco se apoya en la participación en la actividad cooperativa de los socios para su fijación, pero no es menos cierto que es común para todas las leyes de S.Coop. autonómicas la posibilidad del voto plural⁷⁸. Dicho voto sí se fija en función de la participación en la actividad cooperativa y así claramente lo establece el legislador: «[...] en las cooperativas de primer grado, los Estatutos podrán establecer el derecho al voto plural ponderado, en proporción al volumen de la actividad cooperativizada, para los socios que sean cooperativas, sociedades controladas por éstas o entidades públicas [...]» (art. 26.2 L.Coop.)⁷⁹.

En relación con los derechos económicos, debemos señalar que estos se pueden igualmente dividir en dos grandes bloques, y ello en función de si se ven determinados bien por el desembolso del socio al capital social, o bien por su participación en la actividad cooperativa. Con respecto a estos últimos ha señalado la doctrina que, tanto el derecho del socio a que se le abone el importe de los bienes y servicios entregados para «la gestión y desarrollo de la actividad cooperativa»⁸⁰, el derecho a los anticipos en cuenta de la liquidación final del ejercicio⁸¹, como el derecho al retorno cooperativo⁸², están

⁷⁸ Vid. art. 52.2 LCA, art. 34. y 131 LCPV, art. 37.2 LCV, art. 34 LCC.

⁷⁹ Encontramos otro derecho que indirectamente se puede relacionar con la participación en la actividad cooperativa, y este es el derecho a ser elector y elegido en los órganos de la sociedad (art. 16.2.b LCoop) puesto que es la AG la que vota a los miembros de los demás órganos y ya hemos visto como, al menos en el caso del voto plural, influye la efectiva participación en la actividad cooperativa del socio. Sobre la vinculación entre el derecho a ser elector y elegido y el derecho de voto, *vid.*, GADEA, E., SACRISTAN, F., VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico... cit.*, pg. 160

⁸⁰ Art. 52.3 LCoop. y Disp. Ad. 5ª LCoop.

⁸¹ Encontramos diversas alusiones a los anticipos en nuestro derecho estatal y autonómico, p.e., Art. 80.4 LCoop.; art. 89.2.a LCA; art. 89.3.g. LCCV y también, art. 20.3, 65.b, 116 LCC.

⁸² El retorno (art. 16.2.b. LCoop.) igualmente sirve de correctivo a posteriori de los dos derechos anteriores, toda vez que la fijación de los anteriores se podrá ajustar finalmente si lo que se abono en concepto de anticipo o en concepto de remuneración por los bienes aportados para la explotación de la actividad no son exactos lo que se conoce y por eso se corrige después, al final del ejercicio, en este sentido, VARGAS VASSEROT, C., *Op. cit.*, pgs. 87 y 88.

estrechamente vinculados a la participación en la actividad cooperativa⁸³, por lo que resta decir que es obvio que aquellos socios que por las razones que sean no intervengan en la actividad cooperativa, no podrán ser sujetos del ejercicio de tales derechos⁸⁴.

En cuanto a la obligación que constituye la participación en la actividad cooperativa, debemos señalar que como el resto del elenco de obligaciones que recoge el legislador en el art. 11.1.k, LCoop., se trata de una mención obligada de los Estatutos, y aunque bien es cierto que el contenido de los deberes en una S.Coop. debe también someterse al contenido que sobre los mismos se desarrolle estatutariamente (art. 15.1. LCoop.), y en ocasiones también en la AG, como es el caso de los deberes de los socios-colaboradores, (art. 15.2.a. y art. 14 párr. 2º L.Coop.), siempre ha de quedar circunscrito en el marco legal determinado en las respectivas leyes de S.Coop y por supuesto, sin dejar de observar para la configuración de los mismos lo dictaminado por la ACI en sus principios. Encontramos, igual que sucedía en el caso de la participación en la actividad como «un derecho» del socio, que tal actividad cuando se concibe como «un deber» del socio también encuentra sus concordancias con otras obligaciones de los cooperativistas. Es el caso de la obligación económica del socio concretada p.e.: en el pago por el uso de los servicios cooperativizados, (art.15.e LCoop)⁸⁵.

Así, el instrumento que sirve de base para la construcción dogmática y la efectiva acreditación del retorno cooperativo, esto es, la participación en la actividad cooperativizada, es un derecho y una obligación inderogables para los socios cooperadores según nuestro derecho positivo vigente estatal y autonómico en materia de S.Coop. Ahora bien, es cierto que existen socios cuyo régimen jurídico les permite no participar en la

⁸³ VARGAS VASSEROT, C., *Op. cit.*, pg. 86.

⁸⁴ Nos estamos refiriendo principalmente a los socios colaboradores «los Estatutos podrán prever la existencia de socios colaboradores en la cooperativa, personas físicas o jurídicas que, sin poder desarrollar o participar en la actividad cooperativizada propia del objeto social de la cooperativa, pueden contribuir a su consecución», art. 14 LCoop.). Quizás, para nosotros sean los socios colaboradores recogidos por la norma estatal a estos efectos los socios más representativos. Un régimen similar se dispone desde las CCAA para otros socios con la misma denominación (es el caso del art. 34 LCA, art. 27.c LCC) o con distinta denominación, como sería el caso de los «socios excedentes» (art. 27.b LCC); «inactivos» (art. 30 LPV y art. 33 LCA) ó «no usuarios» (art. 30 LPV) e incluso para otros sujetos que sin ser considerados socios, participan en el capital de la S.Coop. como los «asociados» (art. 28 LCV).

⁸⁵ *Vid.*, VARGAS VASSEROT, C., *Op. cit.*, pg. 93.

actividad cooperativa pero se trata de socios que en todo caso tienen una presencia limitada en las S.Coop⁸⁶. En relación al eventual «problema» que puede surgir por la imposibilidad de repartir retornos a tales socios toda vez que desaparece la fundamentación o base para acreditarlo, esto es la participación en la actividad cooperativa, entendemos que carece de relevancia pragmática puesto que como sabemos en las S.Coop. se reparten también dividendos. Es decir, tales socios pueden ver sus objetivos satisfechos igualmente porque desde luego siempre podrán percibir dividendos con base en su cuota de participación en el capital o en el régimen que se detalle para los mismos en los Estatutos. Lo que sí entenderemos que será un problema será si a tales socios, los que no participan, reciben alguna cantidad bajo el nombre del retorno, puesto que como es obvio, no es posible su cálculo y por tanto es errónea la consideración de cualquier reparto a estos socios bajo el sistema del retorno. Este problema entendemos que va más allá de un mero problema dogmático o teórico, puesto que surge, en el mejor de los supuestos, de una incorrecta interpretación de los mismos principios de la ACI (en particular del principio del retorno cooperativo); de algunas normas de nuestro derecho positivo interno (en particular todas aquellas que señalan que el retorno será repartido en proporción a la actividad cooperativa realizada por el socio) y del derecho comparado en general, (que se hace eco, como nuestro derecho nacional y autonómico, de la regla del retorno).

⁸⁶ *Vid.*, las restricciones de participación para los socios-colaboradores contenidas en el art. 14. párr. 2º y en art. 107.2.c) LCoop., al referirse éste último al supuesto de que los colaboradores concurren en la sociedad con las *partes sociales con voto*. Así, del mismo modo encontramos límites en las CCAA, buena muestra es p.e., que para las S.Coop de la comunidad andaluza se dispone precisamente que: «El conjunto de los votos de los asociados, inactivos y colaboradores no podrá alcanzar el 50% del total de los votos sociales» (art. 52.4 LCA); ó en el País Vasco por su parte se dispone que:«[...]podrán establecerse vínculos sociales de duración determinada. Los derechos y obligaciones propios de tales vínculos serán equivalentes a los de los demás socios [...]. El conjunto de estos socios no podrá ser superior a la quinta parte de los socios de carácter indefinido de la clase de que se trate, ni de los votos de estos últimos en la Asamblea General [...]», «Socios inactivos o no usuarios. 1. Los Estatutos de la cooperativa podrán prever que los socios que por cualquier causa justificada, y con la antigüedad mínima que aquéllos establezcan, dejen de utilizar los servicios prestados por la misma o de realizar la actividad cooperativa, puedan ser autorizados para mantener su cualidad de socios. 2. Tales socios tendrán, los derechos y obligaciones que resulten de lo establecido en los Estatutos, si bien el conjunto de sus votos no podrá ser superior a la quinta parte del total de votos sociales» (art. 26.2 y art. Art. 30.1 y 2 LCPV); en la Ley valenciana se fija claramente que: «Si lo prevén los estatutos y se acuerda en el momento de la admisión, podrán establecerse vínculos sociales de duración determinada, siempre que el conjunto de estos socios no supere la quinta parte de los socios de carácter indefinido, ni de los votos de éstos en la asamblea general» (art. 19.3 LCV); ó, igualmente se establecen límites desde la LCC en los siguientes términos: «El conjunto de votos de los socios colaboradores no puede superar en ningún caso el 40% de la totalidad de los votos sociales» (art. 34.2 . LCC) etc...

Sin embargo, no nos queda más que traer aquí el tenor literal así como la concordancia entre varios preceptos de nuestra norma estatal que entendemos pueden inducir a una mala praxis en tanto que lo que se desprende de su contenido es cuanto menos oscuro. Nos estamos refiriendo a los arts.107.4.párr. 2º, art. 58.3 y art. 14 LCoop.

El art. 107 LCoop. que se dedica a regular el régimen de las «S.Coop. mixtas», es decir, aquellas en las que entre otros caracteres se resalta principalmente que son S.Coop con la peculiaridad de acoger a socios (denominados «partes sociales con voto») a los que se les imputan los excedentes en función del capital aportado, en el apdo. 4º, párr. 2º, se indica que: «Los excedentes imputables a los poseedores de partes sociales con voto se distribuirán entre ellos en proporción al capital desembolsado. Los excedentes imputables a los restantes socios se distribuirán entre éstos según los criterios generales definidos en esta Ley». Entendemos que, como no se hace ninguna salvedad en relación a los socios colaboradores cuando alude a los «restantes socios», aquí en el art. 107 LCoop., ni tampoco en el art. 14 LCoop. (régimen jurídico de los socios colaboradores) parece obvio, o al menos no sería totalmente injustificable, interpretar que aquellos puede quedar incluidos en éstos, es decir, que los colaboradores se encuentran sometidos a esos «criterios generales definidos en esta Ley», o lo que es lo mismo, que puede ser para los colaboradores de aplicación también el art. 58.3 LCoop. Recordemos que éste establece, entre otros extremos, para todos los socios, sin contener ninguna excepción para ninguna clase de socio que: «Los excedentes y beneficios extracooperativos y extraordinarios [...] se aplicarán, conforme establezcan los Estatutos o acuerde la Asamblea General en cada ejercicio: a retorno cooperativo a los socios, [...]»⁸⁷.

⁸⁷ El legislador, en el mismo art. 107.2.c. LCoop. sin embargo, sí se preocupa de indicar la excepción que deriva en otro supuesto (que igualmente no se contempla en el art. 14 LCoop.) cuando concurre la figura del colaborador, en los siguientes términos: «En ningún caso la suma a total de los votos asignados a las partes sociales con voto y a los socios colaboradores podrá superar el 49 por 100 del total de votos sociales de la cooeprativa», lo cual entendemos que ratifica nuestra postura, puesto que entendemos que en algún lugar se debía contener o un régimen detallado de reparto de resultados a los colaboradores, como debería quizás haber sido su mismo art. 14 LCoop., como hace el 107 LCoop. para las partes sociales con voto, o en incluso aludir a ello en el mismo art. 58 LCoop..

Por lo que debemos claramente ya deducir que para la consideración del retorno cooperativo no ha de servir sin más el análisis de las actividades cooperativas del socio cooperador con la S.Coop., (entendido éste como socio no meramente capitalista o inversor) sino que entendemos que debemos comprobar que dentro de los que pueden ser socios, no se incluyan a aquellos que a lo largo de la vida de la S.Coop. vean reducida su vinculación con la S.Coop., por la razón que sea, a una aportación económica, como es el caso de los ya reiteradamente mencionados socios colaboradores (art. 14 LCoop.)⁸⁸.

En suma, subrayamos que así, con nuestra norma estatal en materia de S.Coop., perfectamente podría un colaborador cobrar retornos y estar ello «ajustado» a derecho⁸⁹. En la práctica, quedaría subsanada esta situación si se contemplase en los Estatutos «otra imputación en los resultados» clara y detallada para el caso de los socios colaboradores diversa a la establecida a efectos generales por el legislador⁹⁰.

⁸⁸La doctrina y el legislador en ocasiones sí que deja clara su postura en este sentido, es decir, sobre la prohibición del reparto de retornos que debe pesar para los socios que no desarrollen la actividad cooperativa activamente y no a través de una colaboración puramente económica, *vid.*, ARCO ALVAREZ, J.L., «Financiación...», *cit.* pgs. 44 y 45 y VARGAS, VASSEROT, C., *Op.cit.*, pg 85, últ. párr.. Igualmente, desde nuestro derecho positivo autonómico encontramos expresas prohibiciones en algunos casos, como son el de las leyes de S.Coop. de las CCAA de Cataluña, Extremadura y Navarra en sus respectivos preceptos: «Los socios excedentes en ningún caso pueden ser miembros de los órganos rectores de la cooperativa, y no tienen derecho a ningún retorno cooperativo» art. 27.b2 LCC; «[...] Salvo disposición contraria de los estatutos, el régimen jurídico del socio honorífico será el siguiente: [...] b. Podrá utilizar en cualquier momento los servicios de la sociedad cooperativa sin más limitaciones que el de no tener derecho al retorno cooperativo» art. 26.4.b. LCE; y «De los asociados. [...] 3. Los estatutos de la sociedad regularán el régimen jurídico y económico aplicable a esta figura, manteniendo como mínimo y en cualquier caso las siguientes particularidades [...] b.- No tendrán derecho a retornos, aunque podrán utilizar los servicios de la cooperativa» art. 29.3.b LCFN.

⁸⁹ En relación a la falta de previsión en la LCoop. que prohíba la participación de los colaboradores en el reparto de retornos *vid.* PANIAGUA ZURERA, M., «La determinación y la distribución de los resultados del ejercicio económico en la sociedad cooperativa: propuestas de armonización legislativa», *RdS*, núm. 24, 2005, pg 28, not. núm 58.

⁹⁰ Esa previsión no se recoge en los Modelos de Estatutos de Sociedades Cooperativas que desde el gobierno central, a través del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, se ponen al alcance del público en: www.empleo.gob.es [Fecha de consulta: 15 de enero de 2012].

3.4. El derecho al reparto periódico de la ventaja mutualista

3.4.1. Planteamiento

Si seguimos el curso de lo que se viene subrayando desde el inicio del presente capítulo, es ya redundante apuntar que tanto en el derecho comunitario, como en el comparado y en el nacional, es una constante interpretar que los respectivos legisladores no han querido configurar al retorno como un derecho subjetivo del cual se pueda exigir su acreditación en cada ejercicio. La regla es, pues, que efectivamente surja o pueda surgir un derecho de crédito del socio frente a la sociedad para el cobro de los retornos, pero sólo cuando así se haya acordado en la AG. La excepción que confirma tal regla apunta al derecho francés, el que por su parte, no otorga a la AG verdaderamente la facultad de decidir o no sobre el destino último de los resultados. El ordenamiento francés es claro cuando habla de los destinos de las cantidades ya sean estas consideradas cantidades que conforman el resultado cooperativo o no. Así, el art. 16 párr. 1 del Estatuto de Cooperación francés que se dispone en la Ley 47/1775 de 10 de septiembre, apunta que: «Con los límites y condiciones previstas en la Ley y los estatutos, las sumas disponibles tras imputar a los resultados del ejercicio las dotaciones para reservas legales, así como las aplicaciones efectuadas conforme a los artículos 11bis, 14, 15, 18 y 19 *nonies* de la presente Ley, se destinarán a reservas o, como subvención, bien a otras cooperativas o uniones de cooperativas, bien a fines de interés general o profesional». Entendemos que es una norma con clara naturaleza imperativa, con lo que deja un estrecho margen si se acude a la vía de la adopción de acuerdo por la AG, para variar los destinos de los resultados o las opciones de distribuirse o no. Este precepto se encuentra perfectamente coordinado con la igualmente naturaleza imperativa de los arts. 15 y 26 del Estatuto. Por su parte, principalmente en el párr. 1º del art. 15 del Estatuto, no se deja margen a una distribución de resultados entre los socios distinta del retorno, y tampoco permite que las cantidades no cooperativas se repartan entre los cooperadores, en los siguientes términos: «No podrá practicarse distribución alguna entre los socios, sino a prorrata de las operaciones efectuadas por cada uno de ellos o del trabajo aportado. Los excedentes que provengan de las operaciones efectuadas con terceros no habrán de comprenderse en la distribución». Llama igualmente la atención la remisión al código penal recogida en el art. 26. 5º Ley en

el caso de que lo anterior no se cumpla finalmente, así el art. 26.5 ° Ley dice que: «Serán castigados con las penas previstas en el artículo 405 del Código penal, sin perjuicio de la aplicación de este artículo a todos los hechos que sean consecuencia del delito de estafa [...] Los administradores o gerentes que, en ausencia de excedentes de explotación y fuera del caso previsto en el artículo 17, hubieran distribuido a los socios los intereses o retornos previstos en los artículos 14 y 15 anteriores»⁹¹.

Así, como vemos, el legislador francés no hace descansar en la AG la decisión de repartir ni de cómo repartir en el caso de que existan cantidades de la cuenta de los resultados cooperativos, como sí faculta a la AG explícitamente al aludir al destino de otras cantidades⁹². Por todo ello entendemos que sí se puede entender que el ordenamiento francés concibe el retorno como un derecho de los socios, claramente delimitado en la Ley y que no es discutible en AG.

Igualmente, entendemos que sí se puede hablar de un derecho inderogable en nuestro derecho autonómico, más concretamente a la Ley extremeña (Ley 2/1998, de 26 de marzo de Sociedades Cooperativas de Extremadura, en adelante LCE), ya que su art.62.2 LCE dice que el setenta por ciento de los excedentes por operaciones con socios se destina a retorno cooperativo y el treinta por ciento restante a los fondos irrepantibles (FRO y FEP), a no ser que el FRO no haya alcanzado el 50% de la cifra del capital social, en cuyo caso los excedentes así percibidos irán a parar a él íntegramente. El legislador a través de este precepto entendemos que no deja descansar en el órgano de la AG la última decisión sobre su reparto. Se trata así el retorno de un derecho inderogable del socio, configurado como un derecho independiente a los acuerdos asamblearios. En todo caso, el

⁹¹ Art. 17 del EGC: «Los estatutos podrán prever que en caso de insuficiencia de los resultados de un ejercicio, las cantidades necesarias para completar el interés estatutario correspondiente a este ejercicio se detraigan, bien de las reservas, bien de los resultados de ejercicios siguientes sin sobrepasar en todo caso el cuarto».

⁹² El Art. 19 del EGC es un ejemplo del sometimiento claro a las decisiones de la AG en materia de disolución: «En caso de disolución sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, el activo neto que restara tras enjugar el pasivo y el reintegro del capital efectivamente aportado, a reserva de cumplir las disposiciones de los artículos 16 y 18, se destinará, mediando acuerdo de el asamblea general, bien a otras cooperativas o uniones de cooperativas, bien a fines de interés».

art. 62.2 LCE es una norma que en todo caso ha sido tildada por nuestra doctrina cooperativista de «extraña» y «solitaria»⁹³

3.4.2. Cuestiones previas: especial atención a la «aparente» obligatoriedad de la distribución de resultados en el ordenamiento italiano

La trascendencia que tiene para los socios cooperadores o cooperativistas la protección del desarrollo de la actividad social bajo las estructuras mutualista o al menos en un elevado porcentaje, como persiguen algunos preceptos, lleva como consecuencia más importante y atractiva para los socios, alcanzar o disfrutar de la ventaja mutualista obtenida.

Es importante abordar pues aquellos preceptos cuyo contenido hagan referencia a la distribución del resultado económico de la sociedad, y principalmente, a la apropiación por los socios de la ventaja mutualista de manera mediata o retorno⁹⁴.

Así, en el ordenamiento italiano el art. 2545-*sexies* CCI determina que la AG es el órgano competente para adoptar el acuerdo de reparto bajo el sistema de retorno. Se preceptúa que la AG deberá observar y someterse a las mayorías que para el caso hayan sido fijadas en los Estatutos (art. 2538, párr. 5º CCI). Por su parte, el art. 2521.8 CCI afirma que los retornos deben estar previstos en la Escritura de constitución, lo que reiteramos que no significa que exista por ello un derecho en sentido absoluto al retorno⁹⁵.

⁹³ *Vid.*, PANIAGUA ZURERA, M., «La determinación...» *cit.*, pg. 220. Refiriéndose el autor a este supuesto especial que constituye la norma extremeña, dice más adelante que: «[...] en una interpretación correctora, aunque la Ley diga que el socio tiene derecho al retorno, se permite una amplia decisión de los estatutos sociales y de la Asamblea general para capitalizar retornos y para destinarlos a reservas –que parecen irrepartibles-. Al final, el resultado se acerca al generalmente previsto en las demás Leyes cooperativas», *vid. Ibi idem*, final not. núm 60.

⁹⁴ El caso italiano es particular puesto que, con diferencia, su doctrina se ha ocupado con gran detalle del estudio del régimen económico de la S.Coop. en general y del retorno en particular, sin embargo, la figura del retorno queda regulada escuetamente en un precepto, 2545-*sexies* CCI, y simplemente mencionada en otros. Paradójicamente, se podría incluso decir que casi ha recogido el legislador con más detalle el reparto cuando es a través de la distribución de dividendos que cuando se hace con retornos, bien es cierto que el contenido de los artículos destinados a regular el dividendo buscan siempre la contención de dicho reparto en el seno de una S.Coop. (*cf.* art. 2514.a) y 2545-*quinquies* párr. 1º CCI).

⁹⁵ LENGUO, M., «La mutualità...», *cit.*, pg. 29.

El silencio normativo generalizado en Europa respecto al establecimiento de un régimen jurídico que disponga la obligación de repartir anualmente retornos entendemos que obedece sin más al poder que para estos extremos el legislador ha querido conferir a los socios fundadores en los Estatutos, y al resto a través del órgano de la AG. No olvidemos que además el retorno no es más que sólo una de las manifestaciones de la ventaja mutualista. Esa diversidad y facultad de concreción de la misma ventaja es lo que ha pretendido el legislador ofrecer a los cooperativistas. Otra cosa muy distinta sería en una S.Coop. denegar cualquier ventaja mutualista contable resultante a los socios, lo que por su parte, sí requeriría de la unanimidad de los socios, y entendemos que siempre con base en una situación especial, como el caso que ya apuntamos sobre la S.Coop. benéfica, en la que el reparto en numérico *stricto-sensu* salía de la sociedad por voluntad de todos los socios, aunque visto desde otra perspectiva, no contable desde luego, los cooperativistas verían cumplida la ventaja mutualista precisamente en esa «salida» de los resultados de su S.Coop. y de los miembros de la misma a favor de terceros.

Así las cosas, que el retorno sea un mecanismo idóneo para alcanzar la ventaja mutualista y que por su idoneidad y singularidad haya sido recogido con mayor detalle que otros posibles sistemas de reparto, no equivale a que el legislador considere que se trata de un derecho subjetivo, irrenunciable e inderogable del socio cooperador, y es así como se ha apuntado desde un inicio con gran rotundidad y en particular por la doctrina mayoritaria⁹⁶ y jurisprudencia italiana⁹⁷.

⁹⁶ CUSA, E., *I ristorni...* cit, entre otras, pgs. 18 y 123, *Idem*: «I ristorni nella nuova disciplina delle società cooperative», cit. pg. 30 y 31, y así igualmente lo ha entendido la doctrina sobre la postura del autor precedente en la recensión por R.C., «Il ristorno fra norma e autonomia», *Riv. della cooperazione*, n. 4, 2000, pg. 80; SALVINI, L., «I ristorni nelle società cooperative» *Rassegna Tributaria* núm. 6, 2002, pg. 1911, párr. 3º; GALLO, F. y ROSSI, A., «Aspetti civilistici ...» cit, pg. 262; TREMONTI, G., «L'introduzione del ristorno... », cit., pg 504, ap. 2.3.4. y MOSCONI R., «Il ristorni ...», cit. pg. 10.

⁹⁷ Así viene declarando la jurisprudencia señalando la equiparación que para estos extremos se puede establecer en retorno y en el dividendo: V. Corte di Appello di Milano 15 novembre 1996, en los siguientes términos: *È bensì vero che la disciplina richiamata si riferisce agli utili. È però altrettanto vero che la legge non riconosce al socio cooperatore un diritto soggettivo al ristorno più di quanto non riconosca al socio delle società di capitali un diritto alla distribuzione degli utili, subordinato nell'uno come nell'altro caso le aspettative del socio alle deliberazioni dell'assemblea, su proposta degli amministratori, in sede di approvazione del bilancio* y más tarde se ha ratificado en: Cassazione civile, Sez. I, 8 settembre 1999, n. 9513, prácticamente en los mismo términos.

Aunque no exista un derecho subjetivo al retorno no es menos cierto que una vez que se ha confirmado la existencia de excedentes procedentes de la actividad mutualista y se haya deliberado (según las normas de funcionamiento de la sociedad) el destino del mencionado excedente, se ha de reconocer al socio bajo la forma de retorno en su caso, la auténtica obligación jurídica a cargo de la S.Coop. de repartirlo entre los cooperadores en la medida establecida⁹⁸.

En el caso italiano, la recepción de una normativa que regule el retorno por primera vez en el CCI tras su reforma 2003, entendemos que obedece más que a la preocupación por su configuración como derecho subjetivo, a la plasmación legal de su frecuencia en el tráfico, con el único fin de ofrecer a esa frecuente práctica una mayor seguridad jurídica. Entendemos que es a ello a lo que verdaderamente responde el «aparente» contenido de «reparto periódico» de los siguientes arts. del CCI:

El art. 2514.a) y b) CCI vale de ejemplo ya que dando por descontado el reparto, limita en el caso de las S.Coop. de la clase «prevalente» el reparto cuando se trate de beneficios por encima de determinados porcentajes y criterios.

El art. 2521.8 CCI, en esta misma línea, establece la obligación de los socios fundadores de determinar en la Escritura de constitución el contenido del régimen del reparto de las ganancias y en particular, los criterios para repartir retornos.

Asimismo, entendemos que se presupone el reparto en el régimen jurídico relativo a los privilegios que se ofrecen a los titulares de instrumentos financieros cuando se refiere al reparto de beneficios en los términos del art. 2526 CCI.

La distribución de las ganancias entre los socios hemos considerado que se vuelve a presuponer en el art. 2529 CCI, destinado a describir el régimen de adquisición de las participaciones o acciones propias.

⁹⁸ TREMONTI, G., «L'introduzione del ristorno » *cit.*, pgs. 504 y 505.

Igualmente se redacta con la idea de un reparto periódico una vez más, cuando establece el legislador como requisito previo a cualquier distribución la necesidad de abastecer los fondos mencionados en el art. 2545-*quarter* CCI.

Así, el art. 2545-*undiceis* se refiere a los «dividendos todavía no distribuidos» al abordar los temas de «devolución del patrimonio y el balance en la transformación».

El retorno no es por todo lo que arriba se ha expuesto elevado *ex-lege* a la consideración de un derecho subjetivo sino que es una más de las formas de concreción de la ventaja mutualista junto con el ahorro, la obtención de productos de mejor calidad, e incluso el dividendo entre otras. El silencio, repetimos, a su reparto periódico, no es por obvio, sino porque no es obligatorio. La presunción con respecto a tal reparto no es más que la manifestación de una frecuencia en el tráfico, la de repartir la ventaja mutualista. La elección de que todos los mecanismos de apropiación de la ventaja mutualista sean puestos en marcha o que se escoja uno sólo, como es el retorno, es ya competencia de los socios reunidos en AG⁹⁹.

Siguiendo con el detallado contenido normativo que en el CCI se ofrece a este tema, en particular en relación a los límites que el mismo dispone, debemos apuntar que en nuestra opinión desde el art. 2545-*quinquies* y *sexies* CCI se desprende con total nitidez no tanto el deseo de retribuir dividendos o retornos periódicamente sino de establecer unos cauces legales mínimos para su desarrollo y concreción en los Estatutos y posterior aprobación en la AG.

Así, en relación con los preceptos que en el apartado anterior nos sirvieron para transmitir una posible o aparente idea de periodicidad en el reparto, por darse por descontado la distribución, se debe apuntar también que dicha «aparente periodicidad» no

⁹⁹ Con lo cual, aunque existan teóricamente diversas formas de repartir el resultado entre los socios cooperadores, la selección de una y su ulterior regulación en los Estatutos deberá ser entendido con carácter imperativo por los socios. En parte, en tal sentido, en la Cass., de 14 de mayo de 1992, n. 5735, publicada en *Giur. Comm.* 1993, II, pg. 461 con nota de GIAMPAOLINO, en la que se establece la posibilidad, legitimidad y obligatoriedad de la cláusula estatutaria que dispusiera la obligación de repartir el 50 por ciento de los beneficios a través del sistema del retorno cooperativo.

es verdaderamente el bien jurídico que protege la norma en cuestión. Es decir, p.e., de un lado, nos encontramos con preceptos como el art. 2545-*quarter* CCI, que en concreto reza: *Riserve lelgali, statutarie e volontarie.- Qualunque sia l'ammontare del fondo di riserva legale, deve essere a questo destinato almeno il trenta per cento degli utili netti annuali*, lo que entendemos que por su parte lo que busca principalmente es la protección del patrimonio cooperativo, más que la idea de transmitir una distribución periódica entre los socios., ó, de otro lado, el art. 2514.a) y b) CCI en el cual se dispone que: *Requisiti delle cooperative a mutualità prevalente.- Le cooperative a mutualità prevalente devono prevedere nei propri statuti: a) il divieto di distribuire i dividendo in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postale fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato; b) il divieto di remunerare gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori in misura superiore a due punti rispetto al limite massimo previsto per i dividendi*, el cual no nos cabe duda que lo que pretende tutelar es el mantenimiento de un sistema mutualista en el seno de la sociedad, más que la inclusión de un sistema periódico de reparto bajo cualquiera de sus posibles formas. Ahora bien, la discrecionalidad de la que en último término goza la mayoría asamblearia está atemperada por el «principio de corrección y buena fe» en la ejecución del contrato social, con la consecuencia que si el socio, frente a la negativa de que le sea reembolsado «su retorno», por razones de comportamientos abusivos de la mayoría, podría bien valerse de los instrumentos de tutela contra las deliberaciones asamblearias y solicitar la anulación del acuerdo de deliberación sobre la aprobación del balance en la que se ha decidido en tal sentido¹⁰⁰.

Como a continuación abordamos, siguiendo el esquema que ofrece la doctrina española al estudiar extremos análogos¹⁰¹, podemos afirmar que aunque en la AG descansa la última decisión, sea la que fuere, siempre se deberá ésta someter a la soberanía de la Ley, los Estatutos y el Interés general.

¹⁰⁰ Según GENCO, R., «La struttura...» *cit.* pgs. 90 y 91.

¹⁰¹ VIERA, J., *Las sociedades... cit.*, pgs. 298 y ss y MUÑOZ, N., *El derecho... cit.*, pg. 313 y ss.

3.4.3. Límites al poder de la mayoría en la Asamblea General respecto al acuerdo de distribución de retornos

a) La Ley

Llegados a este punto y con las salvedades hechas respecto del régimen jurídico que se establece tanto en el derecho francés como el derecho de nuestra Comunidad Autónoma de Extremadura, en ninguno de los ordenamientos que estudiamos se puede observar un derecho positivo que ofrezca un régimen relativo al retorno cooperativo del cual podamos concluir que se trata de un derecho al retorno absoluto, inderogable e irrenunciable. Así las cosas, deberemos estar pues a lo que los socios reunidos en la AG decidan acordar conforme las mayorías que sean requeridas a tal efecto¹⁰².

Ahora bien, para la S.Coop. se puede hacer extensible lo que se predica para el dividendo en una sociedad de capital¹⁰³, esto es, no puede, como ya hemos apuntado en alguna ocasión, destinarse a fines extra-sociales la partida repartible entre los socios, ya sea como dividendos en las sociedades de capital o como retornos y/o dividendos en las S.Coop. Decimos «en principio» al estar de acuerdo que en este supuesto concreto debería exigirse para lo contrario el acuerdo unánime de los socios reunidos en AG, por presumirse si quiera que el beneficio en una sociedad de capital es para los socios, y la ventaja mutualista en una S.Coop. es para los cooperativistas, y observando siempre, claro está, los presupuestos previos y requisitos jurídicos que cada Ley exija para cualquier distribución de las ganancias entre los socios¹⁰⁴.

Sin embargo, un supuesto distinto es que tanto para las sociedades de capital como para las S.Coop. el hecho de no repartir, ya sean los beneficios distribuibles o la ventaja mutualista, entre los socios y conservar las cantidades resultantes dentro de la sociedad, a través p.e. de un fondo de reserva, no cumple formalmente con la idea de fin diverso o

¹⁰² Cfr. arts. 2538 párr. 5º y 2545-*sexies* CCI, art. 58.3º y 4º LCoop. y art. 49.f C.Coop.

¹⁰³ MUÑOZ, N., «El derecho...», *cit.*, pg. 314.

¹⁰⁴ En particular, en relación a la complejidad del ejercicio de tutela de los socios contra el destino extra-social de sus beneficios en una sociedad de capital cerrada, *vid.*, VIERA, J., «Las sociedades... » *cit.*, pg. 298.

extra-social al que anteriormente nos referíamos. Esto es, en puridad, se entiende que las ganancias son de la persona jurídica y ulteriormente de sus socios, con lo que no puede ser considerado el «no reparto» un fin extra-social. Ahora bien, en el caso de que la S.Coop. decida no distribuir entre los socios; no aumentar las cuotas de los socios en su participación al capital; o no crear un fondo voluntario con un régimen especial que permite su reparto, la consecuencia práctica final es diversa para estas dos clases de sociedades (la capitalista tradicional, SA y SRL; y la S.Coop.), puesto que en la S.Coop. la falta de una distribución del resultado en los términos arriba señalados provoca la renuncia a la titularidad de los socios de esas cantidades incluso en la liquidación. Las cantidades que sean objeto en una S.Coop. de tal decisión irán a parar al movimiento cooperativo¹⁰⁵.

El art. 75.1.b LCoop. dispone que: «El importe del fondo de educación y promoción se pondrá a disposición de la entidad federativa a la que esté asociada la cooperativa. Si no lo estuviere, la Asamblea General podrá designar a qué entidad federativa se destinará». Así, tras haber reintegrado a los socios sus aportaciones al capital social que tuvieran acreditadas y abonados o deducidos los beneficios o pérdidas, podrá igualmente repartirse la participación en los fondos voluntarios de los cuales se haya especificado en su régimen en los Estatutos el carácter repartible de los mimos (art. 76.2.b LCoop). El resto de las cantidades que eventualmente formen el haber social se pondrán a disposición de la sociedad cooperativa o entidad que figure expresamente recogida en los Estatutos o que se designe por acuerdo de AG. La Ley en todo caso, cierra siempre las posibilidades de sacar dichas cantidades a fines diversos del cooperativismo, dejando señaladas alternativas en el mismo sentido en caso de inexistencia de entidad receptora o de acuerdo asambleario (art. 76.2.d LCoop).

¹⁰⁵ Se desprende de la normativa italiana al respecto el carácter irrepartible de los fondos incluso en la disolución, (art. 2545-ter, *quater* CCI) aunque cabe la creación de reservas repartibles de origen estatutario (art. 2545-quinquies CCI). En todo caso, se preocupa de la periódica dotación del fondo mutualista y en particular, para el caso de las S.Coop. de la clase prevalente la genérica prohibición de distribuir las reservas (art. 2514.c CCI) y al obligación específica en la liquidación de devolver íntegramente el patrimonio social, deduciendo únicamente el capital social y los dividendos ya aprobados, destinándose el resultado al fondo mutualista para la promoción y el desarrollo del cooperativismo (art. 2514.d CCI), asimismo se señala la irrepartibilidad de las cantidades que dotan los fondos incluso en liquidación y su obligación de revertir en el cooperativismo en otros ordenamientos, *vid.* art. 79.2. y 3 C.Coop., art. 19 del EGC y art. 92 de la L1889.

Aún así y con ello, en el caso cooperativo, y a pesar de esta singularidad, reiteramos que no puede entenderse que estemos ante cifras que conforman un fin extra-social, puesto que el fin mutualista, del que goza toda cooperativa en un mayor o menor grado, incluye «la cooperación entre cooperativas» y en definitiva, la ayuda y promoción del cooperativismo¹⁰⁶, por lo que aunque bien no será éste un fin para la sociedad en cuestión, sí lo es para el movimiento cooperativo, por lo que queda igualmente salvaguardada la finalidad mutualista de la sociedad e indirectamente los intereses de los socios cooperadores.

En cualquiera de los casos, la discrecionalidad de la AG en una S.Coop. entendemos que *ex-lege* se encuentra limitada puesto que a la hora de disponer sobre la ejecución del reparto de los resultados en general, ésta deberá observar el contenido de todos aquellos preceptos que protegen, antes que cualquier distribución entre los socios, otras prioridades como: el fortalecimiento del patrimonio cooperativo, la permanencia de la empresa y la protección de los terceros-acreedores, a través de la formación de las reservas obligatorias (entre otros, *vid.* art. 2545-ter, *quater* y *quinquies* párr. 2º CCI; art. 20 Ley de cooperativas alemana; art. 16 Estatuto de Cooperación francés; art.69, 70 y 71 C.Coop. y en nuestro ordenamiento *vid.* principalmente los arts. 55, 56 y 58. 1º, 2º y 3º LCoop)¹⁰⁷; el cumplimiento del régimen de figuras especiales (*cfr.* art. 2545-quinquies párr. 2º CCI y arts. 14 y 107 LCoop.) y el mantenimiento de un sistema mutualístico a través del establecimiento de la contabilidad separada (art. 2545-sexies, párr. 2º CCI ;art. L.522-5 del Código rural francés¹⁰⁸; art. 10 pár. 2º de la Ley también francesa 83/657 de 20 de julio de 1983 relativa al desarrollo de determinadas actividades de economía social ó en nuestra norma el art. 57. 3º y 4º LCoop.).

¹⁰⁶ La «Cooperación entre cooperativas» se alza en principio proclamado por la ACI en Viena en 1966 y ratificado en la última declaración de los principios del cooperativismo en Manchester en 1995, *cfr.* ESTARLICH,V., *Los valores de la cultura económica cooperativa*, Boletín de la Asociación Internación de Derecho Cooperativo, Bilbao, 2002.

¹⁰⁷ La mayor severidad que el régimen de dotación de reservas tiene en una S.Coop. frente a una SA radica fundamentalmente en la función correctiva del mismo para paliar la ausencia de una capital mínimo y la inestabilidad que ello junto con el sistema del capital variable pueden producir en el mercado y en los terceros, v.; BONFANTE, G., *Delle Imprese...*, *cit.* pg. 618.

¹⁰⁸ El Código Rural fue aprobado por el Decreto núm. 81/276, de 18 de marzo de 1981.

Tanto en el ordenamiento italiano como en el español se viene observando, incluso antes de las últimas reformas en materia de S.Coop., un régimen jurídico relativo a ciertos socios y figuras con un alto contenido capitalista, mantenido y perfilado en la actualidad¹⁰⁹. El régimen que regula estas figuras es altamente flexible, y así, serán los Estatutos y los escasos preceptos que se destinan al respecto los que sirvan para dar contenido a los mismos¹¹⁰, con lo que es perfectamente posible acordar con dichos sujetos un régimen que incluya el reparto anual de los beneficios. Lo que sí es seguro es que debido a la naturaleza mutualista de la figura del retorno es imposible que lo que así se reparta reciba el nombre de «retorno», aunque en ocasiones la ley pueda dejar al respecto, como ya anteriormente señalamos, alguna duda, puesto que éste es únicamente repartible si hay ganancias, si se dotan previamente las cantidades exigidas en la Ley y en los Estatutos y sobre todo, si son cantidades que se originaron por la intervención activa del socio cooperativista en el desarrollo del objeto social, lo que descarta de modo absoluto, la retribución al capital¹¹¹.

¹⁰⁹ Cfr. el art. 2526 CCI, referido éste al régimen de los *soci finanziatori e altri sottoscrittori di titoli di debito*. Igualmente ocurre con el caso de los socios *sovventori*, cuyo régimen se encuentra en el art. 2548 aps. 1º y 2º CCI, destinado a la «mutua aseguradora» y aplicable al régimen de S.Coop. a través del art. 4 de la L.31 de enero de 1992, n. 59. Socios éstos, que por su parte se ha dudado, precisamente por esa naturaleza «no cooperativa», de que sean verdaderos socios de una S.Coop., así: BASSI A., «L'impresa societaria con scopo mutualistico» en AAVV., *Manuale...* cit. pg. 450. En esta misma línea, encontramos en nuestro ordenamiento como ya se ha mencionado en ocasiones, a las «partes sociales con voto», que recoge la S.Coop de la «clase mixta» en el art. 107 LCoop, y el art. 14 LCoop, que recoge el régimen de los «socios colaboradores» que por su parte son socios que al igual que las partes sociales con voto son objeto de un reparto de resultados establecido bajo criterios capitalistas, esto es, su distribución será en proporción al capital que los mismos hayan desembolsado.

¹¹⁰ En el ordenamiento italiano, es el CCI, en particular, las normas que rigen las sociedades por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada las encargadas de dar contenido a tales figuras, cfr. art. 2519 CCI. Por nuestra parte, en España sucintamente indicamos que son los arts. 14 y 107 LCoop, los que se ocupan de tal extremo, los que respectivamente indican que «Los Estatutos podrán prever la existencia de socios colaboradores en la cooperativa [...]», ofreciendo a continuación en los siguientes tres párrafos un régimen jurídico de mínimos al respecto. Este régimen se encuentra en concordancia con el que se establece en el art. 107 LCoop, con la finalidad de «limitar» la participación capitalista en la SCoop. El art. 107 LCoop. igualmente señala la necesaria previsión en los Estatutos de las «partes sociales con votos» en los siguientes términos: «Son cooperativas mixtas aquéllas en las que existen socios cuyo derecho de voto en la Asamblea General se podrá determinar, de modo exclusivo o preferente, en función del capital aportado en las condiciones establecidas estatutariamente [...]».

¹¹¹ El reparto de ganancias periódico puede existir sólo en dos ocasiones: la primera, a través de figuras con contenido puramente de financiación o capitalistas como son los socios *sovventori* en Italia o en nuestro ordenamiento, las «partes sociales con voto» si así se prevé en los Estatutos, y la segunda, en el supuesto de retribución de los administradores con cargo a los beneficios. Cfr. lo que la autora explica para los dividendos en una SA, así, MUÑOZ, N., «El derecho...», cit., pg. 316 párr. 3º. Ahora bien, esto no sería nunca el reparto de retornos sino de dividendos. Un debate diverso podría centrarse en la posibilidad de admitir como retornos especiales la retribución a los socios cooperadores que a su vez sean administradores de las sociedad, bajo un régimen estatutario que procurase mantener la esencia del instituto del retorno,

A tenor de lo anteriormente expuesto, concluimos que cabe la adopción de un acuerdo adoptado en la AG que decida la distribución periódica de cantidades a través de la ejecución de retornos entre los socios cooperadores, siempre y cuando se respete el derecho positivo mínimo al respecto, que sucintamente en el ordenamiento español hace referencia a la posición posterior que en el régimen económico tiene el retorno respecto de ciertas partidas previas (art. 58.1.y 2 LCoop.)¹¹²; y a todo aquello que estatutariamente se hayan comprometido previamente a abonar, como puede ser el supuesto de la existencia de socios con un régimen capitalista, fondos voluntarios etc... Así pues, como apuntábamos al inicio del presente epígrafe, no encontramos derecho positivo alguno que faculte sin más la realización periódica de un retorno, pero bien es cierto que tampoco nada impide que se proceda a ello en ejecución de un acuerdo válidamente adoptado en la AG.

b). Los Estatutos

Los Estatutos son otro claro límite para los acuerdos que se adoptan en la AG. Son los encargados de concretar, dentro del marco legal, todo lo que se requiera para la distribución de los beneficios, por lo que deberán contener los criterios escogidos por los socios fundadores para ejecutar tanto el reparto de los dividendos como el de los retornos (*cf.* art. 2521.8 CCI y art.11.k, 58.4, 14 y 107 LCoop).

Cabría plantearse la creación de un derecho al retorno periódico de origen estatutario con la finalidad de delimitar, en la mayor medida posible, el destino de las cantidades que se debaten en la AG, reforzándose incluso para estos extremos las

como sería el proceder a su pago sólo si los beneficios obtenidos no tienen origen en las operaciones con los terceros. En todo caso, la retribución a los administradores con retornos sería un tema que requeriría por si solo un especial y detallado estudio.

¹¹² Art. 58 LCoop. «Aplicación de los excedentes.- 1. De los excedentes contabilizados para la determinación del resultado cooperativo, una vez deducidas las pérdidas de cualquier naturaleza de ejercicios anteriores y antes de la consideración del Impuesto de Sociedades, se destinará, al menos, el 20 por 100 al fondo de reserva obligatorio y el 5 por 100 al fondo de educación y promoción. 2. De los beneficios extracooperativos y extraordinarios, una vez deducidas las pérdidas de cualquier naturaleza de ejercicios anteriores y antes de la consideración del Impuesto de Sociedades, se destinará al menos un 50 por 100 al fondo de reserva obligatorio. 3. Los excedentes y beneficios extracooperativos y extraordinarios disponibles, una vez satisfechos los impuestos exigibles, se aplicarán, conforme establezcan los Estatutos o acuerde la Asamblea en cada ejercicio a retorno cooperativo a los socios [...].»

mayorías para su modificación¹¹³. Aún así, la creación de un derecho inderogable estatutariamente no puede vulnerar ni el momento de la acreditación del retorno, ni la obligada dotación económica que precede por imperativo legal a los retornos, y mucho menos, proceder al reparto si los beneficios obtenidos no son resultado de la actividad de los socios. Es decir, si, tras el pago de las obligaciones previas a un retorno así concebido, esto es, configurado desde los Estatutos como un derecho inderogable, se da en la sociedad un saldo positivo, esto no podrá repartirse bajo la consideración de retorno cuando las cantidades no resulten de la participación del socio en la actividad social. En caso contrario, si así se repartiesen, no estaríamos ante un retorno, por lo que deberíamos someternos a los límites exigidos desde la Ley, y los Estatutos en su caso, para su distribución conforme a lo que se disponga para el caso de los dividendos¹¹⁴.

Todo ello no es obstáculo alguno para reconocer la importancia que una detallada regulación sobre la distribución de los retornos en los Estatutos ofrece para garantizar un

¹¹³ En este aspecto el legislador otorga total flexibilidad a los socios para que fijen en los Estatutos las mayorías que estimen oportunas para conformar la validez de los acuerdos (art. 2538 párr.5º CCI). Además del gran margen de actuación que estatutariamente tienen para estos efectos los socios, entendemos que la regla del reforzamiento de las mayorías es directamente aplicable desde el régimen de las sociedades por acciones, en particular en el art. 2368 CCI, en virtud de la genérica remisión hecha en el art. 2519 CCI en los siguientes términos: *Alle società cooperative, per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano in quanto compatibili le disposizione sulla società per azioni*. En este orden de ideas, el Prof. GIRÓN fue más allá, planteando la posibilidad de la creación de un derecho al dividendo inderogable de origen estatutario cuyo régimen sustantivado en los Estatutos incluyese que en caso de sufrir alguna modificación o supresión se requiriese el consentimiento unánime de todos los accionistas en GIRÓN, J., «Derecho...», *cit.* pg. 569». Entendemos que esa idea se puede extrapolar, obviamente siempre que se cumplan las exigencias económicas y mutualistas previas y óptimas para su reparto. Nuestro legislador se limita a exigir que el retorno cooperativo se acredite entre los socios en proporción a las actividades cooperativas realizadas por cada socio con la cooperativa (exigencia mutualista, art. 58.4 LCoop), una vez satisfechas la pérdidas, las reservas, y habiendo siempre pagado el impuesto (exigencias económicas art. 58. 2º y 3º LCoop.), y apunta que: «Los Estatutos o, en su defecto, la Asamblea General, por más de la mitad de los votos válidamente expresados, fijarán la forma de hacer efectivo el retorno cooperativo acreditado a cada socio» (final art. 58.4 LCoop.).

¹¹⁴ Por lo que no sería de aplicación el 2545-*sexies* CCI y deberán observarse en su caso principalmente los siguientes preceptos: art. 2545-*quinquies* CCI en donde se establece una limitación al reparto a través del sistema de dividendos en general y el art. 2514 a) CCI que fija por su parte la limitación de distribución de dividendos en el concreto caso de las S.Coop. de la clase prevalente, el cual establece los límites del reparto cuando se haga a través del sistema del dividendo. El legislador estatal español no recoge la mención expresa de un reparto entre los socios a través de dividendos, aunque sí indirectamente al tratar con los ya tantas veces mencionados, socios colaboradores y partes sociales con voto. No cabe duda que se pueden repartir entre los socios cooperadores también dividendos puesto que aunque no se apunta *ex-lege* nada lo impide. Entendemos que no es más que una lista ejemplificadora la que establece el legislador en el art. 84.3 LCoop., cuando indica que en el supuesto en el que se repartan los resultados extraordinarios y extracooperativos éstos deban ir a parar a retornos, fondos obligatorios o fondos voluntarios en su caso.

correcto reparto del retorno entre los socios ajustado a derecho. Ahora bien y como es lógico, hay que apuntar que si en una S.Coop. se fija en los Estatutos que grandes porcentajes de los beneficios se destinen a los fondos de previa dotación al retorno, claro está que aunque el régimen de éste sea recogido con detalle e incluso resulte de los Estatutos un retorno cooperativo periódico, en la práctica no se dará tal reparto salvo en aquellos supuestos de resultados económicos altamente favorables para la SCoop.

c). El Interés General

En el momento de la adopción del acuerdo sobre el reparto de los resultados económicos de la S.Coop., pueden confluír, principalmente, socios que correspondan a dos clases diversas de perfiles. Una, la de los emprendedores, y otra, la de los ahorradores¹¹⁵.

Está claro que la diversa pretensión de los socios¹¹⁶ en su conjunto conforma el interés social¹¹⁷, puesto que se ubica dentro de la sociedad. Así, el legislador permite que sean los socios los que por la mayoría exigida decidan en la AG cual es el criterio o la pretensión que prevalece para ejecutar el reparto, eso sí, salvaguardando siempre en el caso de las SCoop. las normas destinadas principalmente a proteger no sólo la permanencia del empresario y su empresa en el mercado, sino el sistema mutualista que ha de existir en mayor o menor medida en todas las S.Coop.

¹¹⁵ Cfr. para los mismos extremos en el caso de la SA: MUÑOZ, N., *El derecho...*, cit., pg. 317 e ILLESCAS ORTIZ, R., *El derecho del socio al dividendo en la Sociedad Anónima*, cit. pg. 140.

¹¹⁶ Para un supuesto análogo en el caso de la SA se ha dicho que: «Por un lado, los accionistas ahorradores centrarán su interés en la realización de un reparto. Ellos suscribieron sus acciones con el objeto de obtener una renta, variable pero efectiva, persiguen una inmediata rentabilidad a corto plazo. Por otro lado, los accionistas *imprenditori*, no ven en la sociedad un mecanismo de ahorro y rentabilidad inmediata sino una realización de una actividad conjunta, lo que supone que para ellos, lo más importante será potenciar esta actividad mediante el fortalecimiento de los recursos propios, en consecuencia, en muchas ocasiones, su interés se reflejará en un apoyo a aquella decisión de no repartir al objeto de reinvertir el beneficio obtenido en la realización de la actividad», *vid.*; MUÑOZ, N., *El derecho...*, cit., pg. 317.

¹¹⁷ «El interés social es el interés común de los socios, aquel que resulta de la objetivación de los intereses particulares que en un momento dado, en virtud de un acuerdo en el seno de la Junta general se convierte en interés común», en MUÑOZ, N., *El derecho...* cit., pg. 317.

El art. 2377 CCI, fija a *sensu contrario* las condiciones objetivas para considerar que un acuerdo se ha adoptado válidamente. Esto es, impide impugnar el acuerdo que ni es contrario a la Ley, ni a los Estatutos. Igualmente, es protegido el interés social al proteger el interés común de los socios proyectado en la mayoría y así se evita la eventual ejecución de una decisión no adoptada en un acuerdo de la Junta General. En este mismo sentido nuestro ordenamiento ofrece una norma similar cuando dispone que: «Podrán ser impugnados los acuerdos de la AG que sean contrarios a la Ley, que se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios socios o terceros, los intereses de la cooperativa» (art. 31 LCoop).

3.4.4. El derecho al retorno acordado

El momento en el que se ubica esta fase es cuando la AG ya ha adoptado un acuerdo a favor de la distribución de los retornos entre los socios cooperadores. Esto es, se ha decidido que se va a proceder al reparto de las ganancias bajo este mecanismo, por lo que quedarán exclusivamente afectadas las cantidades que resulten del desarrollo de la actividad que se realice sólo entre los socios cooperadores y la S.Coop., o así al menos debería ser si entendemos que el concepto del retorno es el que proclama la ACI en uno de sus principios, que a su vez derivaba de ese original mecanismo de reparto que ya se observaba en los Estatutos de los Pioneros de Rochdale.

Con el acuerdo lo que los miembros logran es «la adquisición de un derecho subjetivo con un contenido económico concreto que los legitima para exigir a la sociedad el correspondiente pago»¹¹⁸. Tras dicho acuerdo se produce un traspaso de las ganancias desde la S.Coop., en principio titular de las mismas, a los socios cooperadores. Adquieren de este modo los cooperadores un derecho de crédito frente a la S.Coop. que, aunque ciertamente se debe a la relación jurídico societaria interna que surge al ser éstos miembros de la sociedad, ésta logra así independizarse.

¹¹⁸ En este mismo sentido, para el caso de los dividendos de una SA, *vid.*, MUÑOZ, N., *El derecho... cit.*, pg. 323.

A diferencia de lo que podría ocurrir con el dividendo, aquí, los únicos posibles titulares del retorno acordado son los socios y de ellos sólo los considerados socios cooperadores. Cualquier otro sujeto (fundadores, promotores, titulares de instrumentos financieros...) estará supeditado a que concurra su cualidad de socio cooperador para poder cobrar el retorno. Y esto es así, porque la misma naturaleza del instituto lo obliga. El retorno devuelve al socio cooperador su cooperación activa (trabajo, esfuerzo, uso del servicio, consumo del producto, etc...) en el desarrollo del objeto social.

Es precisamente la medida en la que participa el socio en la actividad social lo que sirve para establecer el porcentaje exacto de lo que los socios cooperadores deben obtener del resultado de la cuenta de actividades mutualistas. En el ordenamiento español la forma de acreditar el retorno no se determina desde la Ley más que cuando usa la genérica fórmula ya conocida de que se efectuará: «el retorno cooperativo se acreditará a los socios en proporción a las actividades cooperativizadas realizadas por cada socio con la cooperativa. Los Estatutos o, en su defecto, la Asamblea General, por más de la mitad de los votos válidamente expresados, fijarán la forma de hacer efectivo el retorno cooperativo acreditado a cada socio» (art.58.4 LGC). Así pues las opciones de acreditación del mismo deberán quedar reflejadas en todo caso en los Estatutos.

En Italia, la carencia de una normativa sobre el retorno, era, según ha reiterado su doctrina, entre otros, motivo suficiente para complicar y empeorar el arduo debate sobre la existencia o no de un derecho de los socios al retorno distinto del dividendo¹¹⁹. Con la reforma introducida en el 2003 al menos el obstáculo que suponía dicha laguna desaparece. En la vigente redacción del código italiano, a través del art. 2545-*sexies*, párr. 3º CCI se señalan claramente las diversas formas que propone el legislador para proceder a la concreción de un retorno. Así pues, el retorno se podrá efectuar de tres formas: o bien se distribuye a los socios a través de un aumento proporcional de su cuota; o bien con la emisión de nuevas acciones; o si no, mediante la emisión de instrumentos financieros¹²⁰.

¹¹⁹ En este sentido, BONFANTE, G., *Delle Imprese...*, cit., pg. 136.

¹²⁰ Para el supuesto de los instrumentos financieros habrá que tener en cuenta también el régimen que para éstos es de aplicación en las sociedades por acciones (art 2526 CCI que a su vez nos remite al 2346 CCI).

Como ocurre con el dividendo según la doctrina¹²¹, entendemos que el retorno podría cobrarse *in natura*, siempre y cuando se recoja en los Estatutos y lo que se reparta sea valorable en términos económicos, puesto que es en numérico cómo se puede fijar la proporcionalidad entre las horas trabajadas/consumo realizado y las ganancias obtenidas. Si tras el conocimiento del dato en numérico resulta posible encontrar su equivalente en un bien, entendemos que no hay ninguna norma que lo prohíba, pero creemos que de efectuarse así, por una mayor seguridad en la práctica, se requeriría un detallado régimen jurídico al respecto recogido en los Estatutos. Esto es, lo que entendemos que adolecería de lógica jurídica alguna es que la mayoría en AG decida sin una previsión estatutaria un reparto en especie, puesto que aunque no exista una norma que prohíba la ejecución del retorno en especie, tampoco se deduce de precepto alguno y no se puede pues presumir sin más que sea «en especie» la expectativa del socio si lo que se va a distribuir es un retorno. En todo caso, en atención a las diferentes clases de S.Coop. y sus múltiples y diversas formas de concretarse finalmente la ventaja mutualista, habría que ponderar el caso en función precisamente de la clase de SCoop. que se trate.

Como ya mencionamos anteriormente, el sistema de reparto a través del retorno no se debe permitir si no ha habido excedentes en las operaciones cooperativas con los socios cooperadores, lo cual entendemos que se ajusta a su misma naturaleza mutualista. Sin embargo, en el mismo supuesto sí se puede proceder a una distribución de resultados si lo que se reparten son dividendos. Y ello entendemos que es así en el caso cooperativo principalmente por su falta de concordancia con las bases mutualistas de una S.Coop. Así las cosas, si lo que se ha obtenido son beneficios, es decir, resultados positivos obtenidos fuera del intercambio mutualista «socio cooperador»-«sociedad cooperativa» cabrá el reparto pero nunca a través del retorno, puesto que éste únicamente se puede originar con el nacimiento de las cantidades netas que surjan del tal intercambio¹²².

¹²¹ Entre la doctrina italiana, *vid.*, GALGANO, F., *Diritto Civile...cit.*, pg. 300 y entre la nuestra, *vid.* ILLESCAS ORTIZ, R., *El derecho del socio al dividendo en la Sociedad Anónima*, *cit.* pg. 112.

¹²² No olvidemos que la contabilidad separada no es en nuestro ordenamiento obligatoria, por lo que todo esto puede verse a nuestro modo vulnerado toda vez que se proceda a una contabilidad conjunta.

Ahora bien, vinculado estrechamente a la idea de que el retorno no es en sí mismo expresión de un resultado positivo en términos de beneficios o ganancias, sino siendo esta figura más que expresión de riqueza en ese ejercicio de la S.Coop. en cuestión, expresión de un reajuste al socio por lo que él abonó de más o se le pagó de menos, resulta de todo ello posible la afirmación que hace la doctrina de que es posible repartir «retornos con pérdidas efectivas para la entidad y puede no haber retorno y haber beneficio»¹²³ y ello principalmente porque al final se fijará, bien es cierto que participando en mayor o menor medida de una estructura mutualista, la concreta política de distribución de retornos escogida por la S.Coop. en un determinado momento económico, y así utilizar la misma distribución como incentivo para los cooperadores, y por ese margen de decisión entendemos que no siempre ha de ajustarse a los resultados positivos concretos de un determinado ejercicio.

Así, se puede concluir sucintamente de lo expuesto que el retorno, instituto de naturaleza claramente mutualista, y mecanismo de reparto que retribuye el trabajo y/o la participación real o efectiva en el desarrollo del objeto social, tendrá más fuerza para ser reconocido como derecho de crédito exigible por el socio a la S.Coop. cuándo: aparezca en los Estatutos su régimen detallado; se cierre el ejercicio con un saldo positivo en las actividades provenientes de la actividad-cooperativa con los socios cooperadores; se cubran todas las partidas anteriores que la S.Coop. en atención a la sociedad mutualista que es no puede eludir; y se decida, en un acuerdo social válidamente adoptado en la AG, que efectivamente se debe proceder a su reparto¹²⁴.

Dejamos apuntado que sería aconsejable recoger, como sí ha recogido la LSA en su derogado art. 217 y recoge hoy el art. LSC, el tratamiento jurídico de los retornos indebidos que entendemos que podrían darse y que igualmente como sucede en las sociedades de capital debería resolverse en términos similares, esto es sucintamente, cuando éstos hayan sido erróneamente calculados y distribuidos a socios de buena fe, las consecuencias del mal cálculo no deberá revertir en los adquirentes de buena fe, por lo

¹²³ ARCO ALVAREZ, J.L.; «Régimen económico...», *cit.*, pg. 31, párr. 4º

¹²⁴ Retorno no es un derecho inderogable, sino un derecho que se somete a la soberanía de la Asamblea, *vid.* PANIAGUA ZURERA, M., «La determinación...», *cit.*, pg. 220.

que la carga de la prueba del conocimiento de la irregularidad por parte de los socios debe pesar sobre la sociedad y éstos no deberán devolver los retornos. En el caso contrario, esto es, cuando se pruebe por la S.Coop. que los socios conocían de la irregularidad del reparto de los retornos, éstos deberán devolver los mismos con el correspondiente abono de los intereses devengados¹²⁵

¹²⁵ En estos mismos términos en relación con los dividendos percibidos en las SA, *vid.*, ILLESCAS ORTIZ, R., «El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte», *cit...* pg. 31 y MUÑOZ MARTIN, N., «El derecho...», *cit.*, pgs. 334 y 335.

CAPITULO VI

LA EJECUCIÓN DEL RETORNO COOPERATIVO EN EL MARCO DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL DERECHO POSITIVO ESTATAL ESPAÑOL DE SOCIEDADES COOPERATIVAS

1. Introducción

La singularidad y complejidad del régimen jurídico económico en materia de SCoop. son características propias de nuestro tipo societario cooperativo¹. Buena cuenta de ello da sin duda el régimen que se establece tanto para los instrumentos financieros; como para la contabilidad separada; o para los fondos irrepantibles, ya tantas veces se ha apuntado en este trabajo. Como también ya hemos señalado, queremos recordar que al igual que en el régimen económico, y ulteriormente en la acreditación entre los socios de la ventaja mutualista, en especial cuando ésta es distribuida a través del sistema del retorno cooperativo, se observa con gran nitidez lo particular de la S.Coop. respecto de las demás sociedades mercantiles o empresarios sociales con los que concurre en el mercado.

Así, la S.Coop. es definida como: «la agrupación de personas que voluntariamente se unen para satisfacer necesidades homogéneas de orden económico social, mediante una organización y acción empresarial adecuadas, que realizan conforme a principios cooperativos, en interés propio y armónicamente de la comunidad»². Descripción del

¹ Vid. PANIAGUA ZURERA, M., «La determinación...», *cit.*, pg. 202.

² Vid. SANZ JARQUE, J.J., *Op. cit.*, pg. 38. En este mismo sentido: «Se trata de un tipo alternativo a las sociedades capitalistas, presidido por los principios cooperativos formulados por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) y acogidos por nuestra legislación. La cooperativa es un tipo social personalista donde son relevantes las circunstancias personales de los socios. Y, la sociedad cooperativa es un tipo social mutualista donde los socios están obligados, y tienen derecho, a participar en la actividad económica cooperativa o gestión cooperativa, *vid.* PANIAGUA ZURERA, M., «La determinación...» *cit.*, pg. 202.

tipo que sin duda pone de manifiesto ya la singularidad del mismo³. Para algunos, la S.Coop. se trata de un mero gestor y para otros es un verdadero mecanismo alternativo y por ello lleno de singularidades, a las tradicionales sociedades de capital⁴. Entendemos que es ésta la postura que a lo largo del presente trabajo hemos ido apoyando cuando hemos subrayado y circunscrito la razón del régimen del sistema del retorno en sus estructuras singulares, personalistas y mutualistas.

Lo que sí que es obvio para todos es que esa singularidad y rareza de la S.Coop. no se proyecta en nuestro derecho positivo con la armonía y nitidez que se serían deseables y ello principalmente⁵, porque de un lado, su régimen está caracterizado por una gran dispersión⁶, y de otro, porque en ocasiones ese régimen no es homogéneo y concordante entre sí, lo que sin duda dificulta su seguimiento, estudio e interpretación⁷.

Intentaremos a lo largo del presente capítulo explicar el régimen económico de una manera algo más ordenada que la que en ocasiones nos presenta al respecto nuestro derecho positivo. Abordaremos el contexto económico en el que se produce la distribución a través de los retornos. Esto es, señalaremos y explicaremos los requisitos

³ La sola mención de la exigencia de un sometimiento a los principios de la ACI introduce ya un sinfín de singularidades y peculiaridades propias de las S.Coop.

⁴ La tesis de que la S.Coop. es un gestor es seguida por destaca doctrina, que entiende que en suma la S.Coop. administra y gestiona «la masa económica», esto es, lo entregado (trabajo/productos) por el socio a la S.Coop., *vid.* LLOBREGAT HURTADO, M^a. L., «Régimen económico de las sociedades cooperativas en el marco de la Ley general de cooperativas de 16 de julio de 1999», *Rds*, núm. 13, 1999, pgs. 223-224, VICENT CHULIÁ F., «El Régimen económico de las cooperativas en la nueva Ley de 19 de diciembre de 1974», *Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 36-38, abril, 1976, pgs. 157 y ss, en especial pg. 162 y PAZ CANALEJO, V., y VICENT CHULIÁ, F., «Ley General...», *cit.*, pgs. 305-312. De otro lado, la doctrina que apoya que nos encontramos ante una sociedad singular que es una verdadera alternativa a las estructuras propuestas desde el régimen de las sociedades de capital, *vid.* PANIAGUA ZURERA, M., «La determinación...» *cit.*, pg. 203.

⁵ Exigido por el mandato que se recoge en el art. 129.2 CE, el que por su parte ordena que los poderes públicos fomenten, mediante una legislación adecuada, el desarrollo de las S.Coop.

⁶ Sin tan siquiera mencionar la dispersión propia en el ámbito de las S.Coop. que se desarrolla en la normativa autonómica, se puede observar en particular para los temas económicos, contables y tributarios todavía más dispersión normativa. Así, para las S.Coop. es de aplicación el régimen que se contiene en la Orden ECO/3614/2003, de 16 de diciembre por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas (ECO/2003). En cuanto al marco tributario de las mismas operan otras normas que se contienen principalmente en dos leyes. La primera de ellas, la más específica es la Ley 20/1990. La vigencia de esta norma se ha visto ratificada en la misma Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades (RDL 4/2004), haciendo expresa mención y remisión para el caso de las S.Coop. a la mencionada norma Ley 20/1990). Sin embargo, seguirá vigente para el supuesto de que las S.Coop. no tengan consideración de sociedades protegidas y especialmente protegidas (*vid.* arts. 6 y ss Ley 20/1990), la tributación contenida en el régimen previsto en el RDL 4/2004.

⁷ Es interesante resaltar que la norma fiscal de las S.Coop. (Ley 20/1990) fue redactada casi un decenio antes que nuestra vigente LCoop. lo cual favorece ese marco jurídico disperso y desordenado, en este sentido, *vid.* PANIAGUA ZURERA, M., «La determinación...» *cit.*, pg. 202.

que deben darse para considerar que estamos ante los presupuestos subjetivos y objetivos del retorno cooperativo, sin dejar de explicar tras la exposición de los requisitos necesarios para ser el legítimo titular de un retorno, la realización de falsos retornos que bajo nuestro punto de vista permite el derecho español. Detallaremos así en el segundo bloque de presupuestos las partidas previas que se han de dar para poder llegar a la ejecución del retorno cooperativo, sin dejar de apuntar finalmente el acuerdo económico que adopta tal reparto en el seno de una A.G., con sus exigencias y consecuencias jurídico-económicas que un acuerdo válido y en particular, el que versa sobre la distribución de los retornos, implica.

En último lugar, una vez adoptado el acuerdo de reparto a través del mecanismo del retorno y expuestas las diversas formas en las que puede materializarse, entendemos que es importante establecer en este trabajo una última comparación del instituto del retorno con el dividendo, principalmente por no dejar de apuntar las reflexiones que nos merece el silencio del legislador en torno a ésta última, lo que en todo caso sin duda alguna encontramos anticuado y desfasado respecto del moderno movimiento de desmutualización que se vive principalmente en Europa y en el que entendemos que nuestro ordenamiento autonómico y estatal pretende participar.

2. Presupuestos jurídicos del reparto de los retornos cooperativos

2.1. Presupuestos subjetivos

2.1.1. Titularidad

Como en tantas ocasiones hemos ya señalado, en especial en el capítulo anterior, es necesario ser socio cooperador de la S.Coop. para poder ser titular del derecho al retorno cooperativo. Lo cierto es que esta calificación, esto es, la de «socio cooperador», pertenece a una clasificación que no se encuentra expresamente recogida en las normas que regulan la materia de las S.Coop.. No existe así en nuestro derecho una verdadera distinción entre tales socios. A pesar de la interminable lista de las conocidas clases de socios que viene acogiendo nuestra dilatada trayectoria legislativa sobre S.Coop., tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, nuestro derecho positivo ha carecido y carece sin embargo de una clara distinción entre los socios que

son cooperadores de los que no⁸. Esto es, falta una categoría superior de socios que los englobe a todos, bien dentro de la categoría de socios cooperadores, o bien en la de los socios no cooperadores. Cuando el legislador se refiere a alguna clase de socios específica que se ubica dentro de alguna de estas dos categorías, esto es, socios cooperadores o no, lo hace de modo indirecto, de modo que tampoco apunta claramente su régimen jurídico básico. Es decir, no se conoce con exactitud el régimen jurídico común de todos aquellos socios que con independencia de su concreta clasificación comparta con un grupo el status de socio cooperador. Como quedó recogido en el capítulo anterior, la LCoop. cuando regula a los socios colaboradores, como ejemplo más claro en nuestra norma estatal de socio no cooperador (art. 14 LCoop.)⁹, no indica de manera clara y directa que se encuentra dentro de los socios que son meros inversores¹⁰. Nos resulta obvio que tales socios están dentro de la categoría de los «no cooperadores», fundamentalmente porque no desarrollan la actividad cooperativa, que entendemos que ha de ser la nota caracterizadora o criterio diferenciador de todos los socios que sean considerados a su vez cooperadores¹¹. Así las cosas, la verdadera transcendencia de esa clara división entre los socios que son cooperadores de los que no¹², radica nada más y nada menos que en conocer con total seguridad el régimen

⁸ Sin tan siquiera atender a la ulterior y diversa terminología que por razón de la actividad una clase concreta de S.Coop. puede albergar, y únicamente atendiendo a nuestra norma estatal contamos con multitud de clasificaciones, como es el caso de: los socios-personas físicas, socio personas jurídicas, públicas o privadas (art. 12 LCoop.); socios personas jurídicas-cooperativas (art. 77 LCoop) socios trabajadores (art. 80 LCoop.); socios de trabajo (art. 13.4 LCoop), socios colaboradores (art. 14 LCoop.), partes sociales con voto (art. 107 LCoop.) ó socios en periodo de prueba (art. 14.4. pár. 5º LCoop). Excepto para el caso del socio de trabajo no hay plena coincidencia en la terminología utilizada en las CCAA para referirse a los mismo socios. En particular, el socio colaborador recibe desde las autonomías diversas acepciones como socio inactivo o asociado. Término éste último que ya había aparecido en nuestras leyes estatales pero con diverso significado que el dado en la actualidad por las autonomías. Para conocer sucintamente algunos ejemplos de esta diversidad terminológica en las CCAA, *vid.*, GADEA, E., SACRISTAN, F., VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico... cit.*, pg. 154.

⁹ Indicamos expresamente la mención de que es el colaborador al que alude la LCoop, porque bien es cierto como ya mencionamos anteriormente que en ocasiones los socios, en este caso el colaborador reciben el mismo término en las leyes de S.Coop. de las CCAA, sin que coincida plenamente entre ellas su alcance y significado normativo.

¹⁰ De manera indirecta el legislador sí que concibe a ciertos socios como socios inversores y no cooperadores, toda vez que les dedica en ocasiones, y de manera dispersa un régimen común a la hora de que estos ejerciten ciertos derechos de especial relevancia. Es el caso de la limitación que establece el art. 107.2.c LCoop. que como ya en alguna ocasión hemos apuntado, dispone que cuando los socios colaboradores concurren con los socios de las S.Coop. de la clase mixta, denominados, partes sociales con votos, no podrán superar ciertos porcentajes, precisamente a favor o en protección de la desvirtuación total de la S.Coop. por entender implícitamente que se tratan de socios de la clase «no cooperadores», aunque así no lo exprese.

¹¹ En este mismo sentido, sobre el carácter capitalista del socio colaborador, *vid.*, GADEA, E., SACRISTAN, F., VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico... cit.*, pg. 153, últ. pár.-155.

¹² La doctrina sin embargo, con diversa terminología, sí se ha hecho eco en multitud de ocasiones de esa clara diferenciación que conforma una clasificación para todos socios compuesta por dos categorías en virtud de si se tratan efectivamente de socios cooperadores o socios inversores. En este sentido, como se

jurídico aplicable de tales socios. Debemos tener al menos la firmeza de cuestiones tan básicas como que p.e. bajo ninguna de las maneras pueden estos percibir un retorno. La lógica, y no el derecho positivo, dice que no deben percibir retornos todos aquellos socios que no son cooperadores y sí meros instrumentos de financiación de la S.Coop.,¹³ sin embargo, entre nuestros preceptos nos encontramos con tenores literales que dan o pueden dar pie a ambiguas interpretaciones¹⁴

Así las cosas, entendemos que *ex-lege* puede afirmarse que, a pesar de su falta de lógica, un socio de los pertenecientes a la clase «no cooperador», o lo que es lo mismo, un mero socio inversor, podría percibir retornos, con el sin sentido de distribuir bajo un sistema, el del retorno cooperativo, (fundamentado éste precisamente en el cálculo del porcentaje de participación de los socios en la actividad cooperativa) a socios que por definición no desarrollan ninguna actividad. El legislador tampoco hace mención expresa de cómo repartir a estos socios, lo que no deja otra solución que repartirles en función del porcentaje de capital que los mismos desembolsaron. Por lo que resulta del todo imposible repartirles retornos aunque así pueda parecer. Creemos que por el resultado normativo que la mala técnica legislativa produce (como en el caso que acabamos de referir) el legislador sabe que la figura del retorno cooperativo queda desvirtuada y ya no es tratada ni mucho menos como se requiere y se exige desde la ACI,- institución, a la que dicho sea de paso, dice nuestro legislador que se somete en su art. 1. LCoop.,- y por eso, sabe éste que nos encontraremos en ocasiones es ante un dividendo en vez de un retorno, y por ello, toma la decisión de apuntar en la Disp. Ad. 1ª, LCoop., que cuando estemos ante «S.Coop. no lucrativas», no cabrá ninguna clase de distribución entre los socios. Es decir, en la Disp. Ad. 1ª no se hace la salvedad de permitir un reparto si éste fuese a través de la acreditación de retornos cooperativos, que como sabemos es una figura que nunca ha sido manifestación de una estructura

refleja en gran parte de su obra y en particular en FERNANDEZ, GUADAÑO, J., «La desmutualización de la sociedad cooperativa en Europa: el caso de los socios inversores externos», *Revista Venezolana de Economía Social* núm. 15, Enero-Junio 2008..

¹³ A la luz de esta incertidumbre del régimen de algunos de los socios que recoge nuestro derecho positivo, la doctrina acertadamente se ha pronunciado sobre estos temas de manera expresa subrayando, para los socios colaboradores en particular, que son figuras que no deber ser objeto del reparto a través del mecanismo del retorno..

¹⁴ Esta idea sucintamente consiste en cfr. art. 107.4, párr.. 2º LCoop. de donde una malevolencia en la interpretación podría hacer pensar que el retorno cabe para los colaboradores, *versus* art. 14 LCoop. de donde claramente no se dispone para los socios colaboradores ninguna prohibición expresa de recibir retornos, y por último, *vid.* art. 58.3 LCoop., en donde se recoge el régimen general de distribución que incluye el reparto de retornos, al que alude el citado art. 107.4, párr. 2º LCoop., que expresa que es de aplicación para todos los socios salvo para los titulares de partes sociales con voto.

lucrativa, por lo que no nos queda más que pensar que el propio legislador, en vista del incorrecto tratamiento que recibe el retorno, decide, con el fin quizás de no empeorar más la mala técnica legislativa, abolir completamente la figura cuando de lo que se trate sea la conformación de una S.Coop. puramente mutualista y no lucrativa¹⁵.

En suma, entendemos que sólo los socios que tengan la consideración de socios cooperadores, -con independencia de las distintas clasificaciones y diversa terminología que puedan recibir en la a su vez larga lista de clases de S.Coop., no siempre coincidentes en el derecho autonómico-, y por tanto desarrollen activamente la actividad de la S.Coop. (ya sea por la prestación de servicios, el uso o consumo u otras formas no meramente económicas de cooperar en el desenvolvimiento del objeto social), serán legítimos titulares del derecho al retorno cooperativo una vez esté válidamente adoptado en la AG. Y ello fundamentalmente porque sólo el que coopera activamente participa de la naturaleza mutualista que predica la ACI a través de sus principios. La ACI, cuando limita en cierta medida, a través de la redacción de algunos de sus principios, el rendimiento distribuible entre los socios (principalmente se manifiesta directamente en los principios de retorno cooperativo y de interés limitado), no persigue la mera privación del lucro en sí mismo por parte de los socios, entendemos que su finalidad ciertamente es otra, y es la de implicar al socio en el proceso y en la obtención de la ventaja mutualista, lo cual es difícilmente realizable a través de un mero desembolso al capital seguido de la distante espera de un eventual y deseado reparto de beneficios.

Ahora bien, del mismo modo que entendemos que deben excluirse de cualquier reparto de retornos a los socios que no tengan la consideración de socios cooperadores, entendemos que tampoco éstos deberán percibir retorno alguno, aunque sí dividendo, si las cantidades que se reparten no son fruto de esa «participación activa» del socio antes mencionada, o en suma no son resultado cooperativo obtenido con socios cooperadores. Lo que otra vez resulta una aseveración obvia por redundante es la afirmación de que no se puede calcular el porcentaje que se ha de repartir a cada socio por retorno si la base del cálculo es su participación y éste no participó, aunque se trate de un socio cooperador, pero sin embargo, esta conclusión irrefutable no es seguida por el legislador puesto que sí permite el reparto de los retornos sin mediar actividad del socio

¹⁵ Esta crítica viene arrastrándose a lo largo de nuestra tesis, y por primera vez expuesta en *vid.* Cap. II, *in fine*, 5.1.3.

cooperador, o al menos así entendemos que se dispone en el art. 58.3 LCoop. cuando dice que: «Los excedentes y beneficios extracooperativos y extraordinarios disponibles, una vez satisfechos los impuestos exigibles, se aplicarán, conforme establezcan los Estatutos o acuerde la Asamblea General en cada ejercicio a retorno cooperativo...», lo que abordaremos en el siguiente epígrafe con mayor detenimiento.

2.1.2. El «falso» retorno del art. 58.3 de la Ley 27/1999, de 16 de julio de Sociedades Cooperativas que se reparte entre los socios

Como dejábamos indicado, el legislador en su art. 58.3 LCoop. permite el retorno cooperativo entre sus socios a pesar de que el resultado que se va a repartir por retorno no sea considerado un resultado cooperativo. Recordemos que cuando lo que tenemos son beneficios extracooperativos y extraordinarios, implica que la actividad que los ha producido no se ajusta a la que servirá de medida para el cálculo de los correspondientes retornos. El beneficio extracooperativo se obtenía por el desarrollo de la actividad cooperativa, o sea el desarrollo del objeto social de la S.Coop., pero no únicamente con los socios cooperadores (art. 57.3 LCoop.) y por su parte, los beneficios extraordinarios son los que, salvo alguna excepción que recoge nuestra Ley, derivan de las plusvalías de las operaciones de enajenación de los elementos del activo inmovilizado (57.3.a.b. LCoop.). Apuntado lo anterior, no nos queda más que calificar al retorno descrito en el art. 58.3 LCoop. de «falso» puesto que el reparto así hecho no coincide con lo descrito en nuestro derecho positivo desde que se iniciara en 1931 la regulación como hoy la conocemos de las S.Coop.¹⁶. Nunca una norma ni en nuestra dilata trayectoria estatal, ni tampoco en el derecho comparado que venimos apuntando, ha desarrollado un régimen jurídico para los retornos cooperativos que se aleje tanto a lo estipulado por la ACI para el mismo. Así las cosas, entendemos que de ningún modo se puede tildar de exagerada la calificación de «falso» al retorno que se describe

¹⁶ Recordemos que en nuestra primera Ley de S.Coop, se mencionaba ya al retorno, si bien no refiriéndose a éste con tal terminología, si recogiendo con gran nitidez su sistema de reparto, el cual era exclusivo y excluyente durante todo el mandato de esa Ley. El precepto que aludía al retorno no alzaba un contenido aislado sino que no que su marco legal bajo la L31 era finalmente armónico con su específica forma de reparto de resultados entre los socios. De este modo rezaba el art. 1.5 L31 «[...] Que en caso de distribuir los excedentes, se haga el reparto proporcionalmente a la participación de cada asociado en las operaciones sociales».

en el art. 58.3 LCoop., toda vez que vulnera la pieza angular del mismo instituto, que entendemos que no es otra que la manifestación misma de la mutualidad en sus vertientes de autofinanciación y doble cualidad de socio-usuario, esto es, la participación activa en la actividad de la sociedad por los socios con status de cooperadores.

Este falso retorno no es sólo resultado de una mala técnica legislativa. No podemos ser benévolos con un legislador que yerra conscientemente. Creemos que ha sido tan consciente del mal tratamiento dado al retorno que ha decidido que éste no va a ser por ello más exponente de ninguna forma auténtica de mutualidad¹⁷ y es por eso, como ya hemos apuntado, intentando en alguna medida ser coherente con la desconfiguración que hace del instituto, por lo que decide, a través de la mencionada Disp.ad. 1ª LCoop., «sacar» al retorno de la calificación de sociedades no lucrativas y castigar el reparto del retorno con la posible privación de su especial ventaja fiscal que queda recogida en la Ley 20/1990)¹⁸ (decimos «posible», porque bien es cierto que existen otras clases de S.Coop. que sí que reciben exenciones fiscales especiales ejecutando retornos como más abajo señalamos al aludir a las S.Coop. de trabajo asociado).

En relación con la clasificación de S.Coop. sin ánimo de lucro, a las que se les prohíbe repartir retornos, extremo este que entendemos exagerado y desproporcionado puesto que no es más que otra forma de retribuir un trabajo y en nada tiene que ver un reparto así ejecutado con la participación de una finalidad meramente especulativa, entendemos que prohibir desde la Ley su ejecución en esta clase de sociedades no es más que limitar la libertad empresarial, al menos desde un ámbito interno, puesto que reduce así simplemente opciones del empresario a la hora de determinar sus criterios de gestión y administración sin entender que por ello se está procurando un legítimo interés general. En todo caso, creemos que el legislador no se está refiriendo a través de tal disposición de una manera abstracta o amplia a la

¹⁷ Como se viene apuntando, el retorno ha sido considerado por muchos como clara manifestación o elemento singularizador de una cooperativa auténtica y mutualista.

¹⁸ Disp. Ad. 1ª LCoop.: «Calificación como entidad sin ánimo de lucro.- Podrán ser calificadas como sociedades cooperativas sin ánimo de lucro las que [...] recojan expresamente: a) Que los resultados positivos que se produzcan en un ejercicio económico no podrán ser distribuidos entre sus socios». Disp. Ad. 9ª LCoop.: «Sociedades Cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro.- El régimen tributario aplicable a las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro será el establecido en la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, de Régimen Fiscal de Cooperativas».

configuración de una S.Coop. no lucrativa. En la Disp. Ad. 1ª LCoop. entendemos que lo que se hace es aclarar la referencia a la exigencia de «una ausencia de ánimo de lucro» establecida en todo caso únicamente para las S.Coop. de iniciativa social. Las S.Coop. de iniciativa social son sociedades que fundamentalmente realizan actividades encaminadas a bien a facilitar servicios necesarios de interés general y/o en particular favorecer la inserción laboral de sujetos que sufran alguna marginación laboral (art. 106 LCoop). Entendemos que estaba en el ánimo del legislador tan sólo aclarar el contenido de las S.Coop. de iniciativa social y no establecer desde ahí el contenido mismo de una S.Coop. no lucrativa, puesto que esta última pertenece a un campo teórico mucho más vasto donde entendemos que en modo alguno puede prohibirse la ejecución de un retorno como cabría desprenderse de la rúbrica de la Disp. Ad. 1ª LCoop. al referirse de manera genérica a la: «Calificación como entidades sin ánimo de lucro». Esto lo entendemos fundamentalmente así por la identidad que se observa del contenido de los objetos sociales que se definen tanto para la S.Coop. de iniciativa social (art 106 LCoop), como para las Entidades sin ánimo de lucro (Disp. Ad. 1ª LCoop)¹⁹

Entendida la clasificación de S.Coop. sin ánimo de lucro no como una categoría más, sino como una aclaración respecto de la clase ya existente de S.Coop. de iniciativa social, sólo resta por indicar que igualmente ahí se hace eco el legislador una vez más del mal tratamiento dado al retorno, porque, en vez de utilizar el término de dividendo, se alude al retorno cuando se establece que la sexta causa de pérdida de condición de la calificación de S.Coop. protegida o especialmente protegida, señalando que esto sucede si « [...] los retornos sociales fueran acreditados por los socios en proporción distinta a las entregas o servicios realizados con la cooperativa o fuesen distribuidos a terceros no socios». Entendemos que hubiera sido más clara la mención de que no caben los dividendos en las S.Coop. que pretendan recibir la protección fiscal

¹⁹ En relación a sus respectivos objetos el legislador tras apuntar la necesaria ausencia del ánimo de lucro en ambos contenidos, describe sendos objetos de la siguiente manera: «S.Coop. de iniciativa social que «[] tienen por objeto social, bien la prestación de servicios asistenciales mediante la realización de actividades sanitarias educativas, culturales u otras de naturaleza social, o bien el desarrollo de cualquier actividad económica que tenga por finalidad la integración laboral de personas que sufran cualquier clase de exclusión económica y en general, la satisfacción de necesidades no atendidas por el mercado [...]»(art. 106 LCoop.) y para las Entidades sin ánimo de lucro que: «[...]las que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública, así como las que realicen actividades económicas que conduzcan a la integración laboral de las personas que sufran cualquier clase de exclusión social [...]» (Disp. Ad. 1ª LCoop.).

específica para las S.Coop. que se dispone en la Ley 20/1990²⁰ o por no dejar ningún supuesto de mecanismo intermedio entre el dividendo y el retorno, igualmente se podría indicar que «no caben los dividendos ni ningún otro sistema de reparto» porque bien es cierto que pueden existir otras formas de repartición.

Retomando el tema que aquí nos ocupa, esto es, la realización de falsos retornos *ex-lege*, observamos que en el caso de nuestro derecho autonómico, hay que recordar, que tanto las CCAA vasca y catalana incurren en este mismo error (en particular en los arts. 67.2.1. LCPV y 66.3.a LCC). A nuestro juicio se suman dichas CCAA a una inexacta calificación de retorno por fijar para éste unos criterios de reparto que no concuerdan tampoco con su descripción desde la ACI y desde nuestro más remoto derecho positivo comparado y nacional.²¹

El retorno cooperativo así regulado es una suma de errores propios de la aplicación de una mala técnica legislativa principalmente por errónea, puesto que alude al retorno cuando en realidad no es un retorno lo que se aplica, obedece no sólo al claro descuido de los caracteres del retorno sino para nosotros es más bien una forma desmutualización anticooperativa, porque pretende desarrollarse de manera encubierta y vulnerando los principios cooperativos de la ACI.

²⁰No debemos olvidar que a pesar de las imprecisiones del legislador, en nuestro derecho positivo vigente, el retorno, en concordancia con su base tradicional y mutualista en los términos de la ACI, es permitido incluso en la clasificación de S.Coop. con mayor número de requisitos acapitalistas, esto es, las «S.Coop. especialmente protegidas» por el derecho fiscal (art. 7 Ley 20/1990). Así, p.e., el art. 8.2, Ley 20/1990, al referirse a un supuesto concreto de S.Coop., en particular, la S.Coop. de trabajo asociado, se dispone que podrán tener lugar la realización de los retornos ahora bien, cuando éstos se ajusten a los límites y porcentajes que ahí se recogen.

²¹ En el caso del País Vasco, el legislador no hace diferenciación de los resultados en función de la naturaleza de las actividades que lo produzcan, por tanto, tienen abierta siempre una puerta a la realización de retornos falsos o no ajustados a la ACI. Por su parte, el legislador catalán aunque sí deferencia los resultados al final cabe la común distribución de los mismos.

2.2.Presupuestos objetivos

2.1.3. Determinación del resultado

Nuestra normativa-cooperativa vigente estatal se hace eco de lo que ya se aplica en la normativa general contable²². Así, son gastos del ejercicio económico tanto la remuneración de mecanismos de financiación como las participaciones especiales, obligaciones, créditos de los acreedores y también las inversiones financieras captadas por la S.Coop. (art. 57.2.b LCoop.)²³. Se consideran también gastos del ejercicio contable la remuneración a los socios por sus aportaciones al capital (art. 57.2b LCoop.)²⁴. En la LCoop., como en muchas de nuestras normas autonómicas²⁵, las aportaciones que se hacen al capital social son retribuidas si así lo dicen los Estatutos en el caso de las aportaciones obligatorias o, la AG en el acuerdo de emisión si éstas fueran aportaciones voluntarias (art.48.1 LCoop.). Se trata en todo caso de un interés que perciben los socios de carácter voluntario. El interés a su vez es limitado como indica nuestra norma (art. 48.2. LCoop). El adjetivo «limitado» deriva del sometimiento voluntario de nuestro legislador a los principios de la ACI, en particular, al conocido principio que lleva su nombre: «Principio de Interés Limitado». Así, se establece que el interés no podrá superar en ningún caso los seis puntos que marca el Banco de España (art. 48.2 al final, LCoop.). Por último, en relación también al interés que puede derivar de las participaciones sociales, se establece en nuestra norma estatal y en la mayoría de las autonómicas²⁶, que el abono de dicho interés se encuentre en todo caso condicionado o supeditado a que existan resultados positivos²⁷, y si éstos fueran insuficientes, se

²² Vid. Real Decreto 1514/2007 de 16 de noviembre de 2007 por el que se aprueba el Plan General contable (PGC).

²³ En este sentido, el precepto tiene en cuenta las inversiones financieras que capta la S.Coop. con independencia de que éstas tengan una remuneración fija, variable o participativa, en cuanto ésta última, son definidas por la doctrina, *Vid.* PANIAGUA ZURERA, M., «La determinación...» *cit.*, pg. 209, como aquellas que hacen depender su retribución: «en todo o en parte, de la existencia de resultados netos positivos en el ejercicio o, en su caso, de reservas repartibles procedentes de anteriores ejercicios».

²⁴ Cfr. Norma 13ª ap. 2º ECO/2003: «Remuneración de las aportaciones al capital social: [...] 2. Cuentas anuales.- La remuneración de las aportaciones, obligatorias y voluntarias, al capital social se cuantificará de acuerdo con lo previsto en la Ley y se considerará a efectos económico-contables como una partida de gasto de la cuenta de pérdidas y ganancias, [...] ».

²⁵ *Vid.* art. 65. 1.c. LCC; 66.2.b. LCPV, art. 58.1. LCV y art. 81.1. LCA

²⁶ *Vid.* art. 60.3. LCPV ó art. 58.2. LCV.

²⁷ El régimen que para los mismos aspectos apunta la Comunidad andaluza o catalana se aleja de la línea seguida por la estatal, puesto que no se dispone que la remuneración de las aportaciones al capital se deban encontrar condicionadas a un efectivo resultado positivo del ejercicio contable en cuestión.

limitará al resultado obtenido (art. 48.2 LCoop.)²⁸ Con el fin de evitar que se abonen intereses cuando el resultado no sea positivo se prohíbe expresamente su pago anticipado (art. 48.3 LCoop). Prevé el legislador la vulneración de tal regla y establece que el incumplimiento de cualquiera de las exigencias requeridas para el abono de la retribución de las aportaciones sociales estará sancionada con la pérdida de la condición de S.Coop. fiscalmente protegida en los términos del art. 13.5 L 20/1990.

2.2.2. Aplicación de los resultados: Relación de las partidas previas a la ejecución de los retornos

a) Régimen jurídico imperativo

a.1) Planteamiento

En el ejercicio económico, período en el que la sociedad determinará sus variaciones patrimoniales, la S.Coop., como empresario que es, decide con base en sus resultados el destino de los mismos, ahora bien, siempre ciñéndose a los límites que se establecen en la Ley, y a lo que ulteriormente se decida en la AG. Como sucede en las sociedades capitalistas, salvo para aquellos supuestos de constitución, fusión o extinción que habrá que estar al caso concreto y sus plazos, el cierre del ejercicio para atender los aspectos económicos de la sociedad, dura un año coincidiendo con el año natural si no se dispone en los Estatutos otra cosa.

Como apunta claramente en nuestro derecho el art. 58.1. y 2 LCoop., antes que a una posible ejecución del retorno cooperativo hay que atender ciertas partidas u obligaciones previas, esquema que se repite sin excepción en el derecho autonómico en materia de S.Coop. en España. La razón de la singularidad de alguna de esas partidas previas descansa precisamente en el mismo concepto de mutualidad, en particular, es su carácter autosuficiente y no especulador del que participa siempre en mayor o menor

²⁸ Vid. PANIAGUA ZURERA, M., «La determinación...» *cit.*, pag. 209.

medida. Otras obedecen sin más a determinadas exigencias jurídico positivas que se entiende que son las exigencias propias de todo empresario ordenado.

De este modo, de un lado, el art. 58. 1. LCoop para los resultados cooperativos reza: «Aplicación de los excedentes.- 1. De los excedentes contabilizados para la determinación del resultado cooperativo, una vez deducidas las pérdidas de cualquier naturaleza de ejercicios anteriores y antes de la consideración del Impuesto de Sociedades, se destinará, al menos, el 20 por 100 al fondo de reserva obligatorio y el 5 por 100 al fondo de educación y promoción». Es decir, el precepto exige que antes de proceder a cualquier reparto, esto es, antes de entregarle al socio, bien sea un retorno como propone el legislador, u otra ventaja mutualista cualquiera²⁹, se deben atender siempre previamente: 1) las pérdidas, 2) el fondo de reserva obligatorio, 3) el fondo de educación y promoción y 4) los impuestos.

De otro lado, en el supuesto de que el resultado no sea cooperativo establece el mismo precepto en su ap. 2º que «una vez deducidas las pérdidas de cualquier naturaleza de ejercicios anteriores y antes de la consideración del Impuesto de Sociedades, se destinará al menos un 50 por 100 al fondo de reserva obligatorio». Es luego en el ap. 3º y 4º, refiriéndose ya a cualquier clase de resultado, cuando el legislador establece que tras el pago del impuesto, y conforme a lo que los Estatutos o la AG decidan, se aplicarán los resultados al reparto de retornos; fondos voluntarios, fondos obligatorios y retribución de trabajadores. Siendo tales partidas a nuestro juicio una clara lista abierta y en ningún caso, entendemos que las partidas que así se proponen deban ser atendidas en un orden o prelación concreto entre ellas³⁰. En cualquier caso

²⁹ Como ya es de sobra sabido, igualmente se pueden aquí distribuir dividendos, aunque no sea una clásica expresión de adquisición por parte del socio de la ventaja mutualista Creemos que esto es así no sólo no se ha prohibido ni expresa ni presuntamente sino que además es la figura lógica que acompaña principalmente a estos «socios» inversores o capitalistas que se asentaron en nuestro derecho con la redacción de la LCoop.

³⁰ En el derecho comparado, en particular en el ordenamiento italiano, el legislador opta por un tratamiento jurídico de estos aspectos equiparable al que da nuestro legislador. Es decir, podemos afirmar que la obligación que *ex-lege* tiene la S.Coop. de repartir los retornos entre los socios cooperadores surge sólo tras cubrir las pérdidas (art. 2433-*bis* párr. 3º CCI); la cuota de los beneficios que se destinan a la reserva legal (art. 2545-*quarter* párr. 1º CCI) y lo que corresponda al fondo mutualista para la promoción y el desarrollo de la cooperación (art. 2545-*quarter* párr. 2º CCI). Sin perjuicio, claro está, del régimen específico que se establezca para estos mismos extremos en los Estatutos. Una regulación muy similar se observa en otros ordenamientos comparados, *vid.*, principalmente los arts. 11bis, 14, 15, 16, 18 y 19 Estatuto de Cooperación francés ó los arts. 69 70, 71, 72 y 73 Código Cooperativo portugués. En todo caso, en cualquier ordenamiento en que nos encontremos, lo que verdaderamente constituirá una variable en la *praxis* lo va a conformar no sólo los diferentes porcentajes que determinen los socios en los Estatutos respecto de las dotaciones obligatorias antes citadas, sino también el régimen destinado a las

debemos recordar que «no obstante lo anterior, la cooperativa podrá optar en sus Estatutos por la no contabilización separada de los resultados extracooperativos» (art. 57.4 LCoop).

Si se procede finalmente a una contabilización separada en la S.Coop. en cuestión, en suma, las partidas que se deben atender previamente ante un resultado u otro son prácticamente iguales, esto es: 1) pérdidas, 2) fondo de reserva obligatorio e 3) impuesto de sociedades. El legislador elimina en este caso la exigencia de dotar en un 5 por 100 al fondo de educación y promoción como sí hace si el resultado es cooperativo, pero eleva sensiblemente el porcentaje que se debe destinar a la dotación del fondo de reserva obligatorio (pasa de un 20 por 100 a un 50 por cien).

Así pues entendemos que hasta la determinación del impuesto de sociedades, todas las partidas a las que se refiere el legislador son de naturaleza imperativa en tanto que debemos atenderlas siguiendo la clara jerarquía que entre las mismas establece la Ley. Ningún otro reparto entre los socios ni dotación de otras partidas podrá efectuarse antes. En este sentido, nuestra doctrina económica más destacada se plantea el interés financiero en todos los casos de la ejecución de los retornos. Apoyan por su parte en ocasiones la realización de otras ventajas mutualistas que puedan acreditarse en la fase anterior al pago del impuesto por las ventajas que produce la obtención de un resultado «cero» previo al pago del impuesto para la S.Coop. y para sus cooperativistas.³¹

En el derecho italiano la solución es la misma puesto que se cuenta con dos clases de dotaciones: una obligatorias y claramente previas al reparto de los retornos, constituidas principalmente por las cantidades destinadas a nutrir el fondo de reserva y

dotaciones facultativas, convertidas por los socios sólo en obligatorias con la concreta previsión de las mismas en el contrato social.

³¹ Vid. GARCIA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C., «Análisis de la rentabilidad financiera y económica de los socios de las cooperativas: la influencia de una rentabilidad en la otra y la aplicación del criterio (principio) de justicia –que no de solidaridad- en la distribución de la ganancia real», *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. I, núm. 2, pg.120, según el cual: «Las habituales prácticas de anticipación de los resultados a distribuir entre los socios por razón de su participación en los procesos de producción y distribución –que no por razón de su participación en los procesos financieros-, es una costumbre: a) Se conviene con la actitud generalizada de preferencia por la liquidez. b) Permiten hacer aparecer el resultado contable a cero; por tanto, no se pueden dotar reservas irrepartibles ni se devengan impuestos sobre la renta. c) Lógicamente no puede confundirse con el tópico de que la Sociedad Cooperativa es una organización «sin fin de lucro». En cambio, entre la doctrina jurídica, *vid.*, LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *Mutualidad... cit.*, pg. 390, sobre la idoneidad de la ventaja diferida o retorno desde el punto de vista de la equidad.

el fondo mutualista y otras facultativas, como serían los fondos voluntarios u otras reservas³², la eventual revalorización de las participaciones o de las acciones y emisión de instrumentos financieros y el reparto de los excedentes a través de retornos o dividendos, dependiendo de la naturaleza de las actividades desarrolladas (mutualistas-extramutualistas) y de los socios que participen (*cooperatori-sovventori*)³³.

a.2). Las pérdidas de ejercicios anteriores

La LCoop. obliga a detraer para compensar las pérdidas todas aquellas cantidades que se requieran para su ajuste de los fondos de reserva obligatorios y en su caso del fondo o fondos voluntarios. La cuantía que no quede compensada deberá imputarse a los socios «en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada uno de ellos con la cooperativa» (art. 59.2 LCoop).

En los Estatutos se fija concretamente la forma de compensación de las pérdidas. Por su parte, el legislador permite, a través del art. 59.1. LCoop., la creación de una cuenta especial para la amortización de pérdidas de ejercicios anteriores. En relación con el instituto del retorno debemos al menos apuntar que éste puede verse afectado por las pérdidas, ya que se establece en el mismo art. 59, en su apdo. 3.b. LCoop. que las pérdidas podrán también cancelarse: «Con cargo a los retornos que puedan corresponder al socio en los siete años siguientes, si así lo acuerda la Asamblea General. Si quedasen pérdidas sin compensar, transcurrido dicho periodo, éstas deberán ser satisfechas por el socio [...]».

³² En relación al contenido de las posibles reservas estatutarias, facultativas y especiales que los socios pueden crear, *vid.*, PAOLUCCI, L.F., «Le società... », *cit.*, pg.138.

³³ En la redacción anterior a la reforma, como sabemos, el CCI no hacía mención alguna al reparto a través de retornos aunque la doctrina más destacada interpretaba que los *utili* a los que se refería el art. 2536 CCI a la hora de fijar la distribución del resultado entre los socio debía incluir sin duda a los retornos. Entendía pues la doctrina que en ese precepto *utili* no alcanzaba sólo al reparto a través de dividendos sino también a través de retornos, por lo que ya bajo la normativa anterior se podía afirmar la equiparación entre retornos y dividendos al menos desde una mera perspectiva del «momento» de su ejecución, así, BONFANTE, G., *Delle Imprese... cit.*, pg. 616. Ahora bien, aunque bajo los nuevos preceptos del CCI sí se regule el retorno cooperativo e incluso se pueda decir que de manera más favorable que el dividendo, en tanto que no se le aplican las mismas limitaciones en los porcentajes posibles para su distribución, no se establece en ninguna norma ni la imposibilidad de repartir sólo dividendos ni por tanto la posición siempre anterior de los retornos frente a los dividendos en el orden en el que se ejecutará su distribución entre los socios. Señala el Prof. Bonfante, que la vigente redacción adolece de disposiciones que establezcan la exigencia para la S.Coop. de distribuir siempre más retornos que dividendos, en BONFANTE, G., «Attività mutualistica e ristorni: aspetti sostanziali e clausole statutarie», texto de la conferencia pronunciada en el Seminario sobre: *Adeguamenti Statutarie Regolamenti nelle Cooperative dopo la Riforma*, Facoltà di Economia, Forlì, 12 de septiembre, 2003, pg. 7.

Las pérdidas de los ejercicios anteriores no son un gasto deducible sino una deducción de los excedentes netos, y por ello figuran y han figurado así en el balance y no aparecen entre los gastos de la cuenta de pérdidas y ganancias, (*vid.* Art 9, 4ª Directiva 78/669/CEE del Consejo; texto del PGC; art. 24 L 20/90; art.254.3. LSC y como aparecía en el derogado art. 175 apdo.A, VI, LSA). Finalmente, es necesario saber que la falta de sometimiento por la S.Coop. de las normas citadas anteriormente implica, como recoge en particular el art. 13.7 L 20/90, la pérdida de su protección fiscal, por lo que tributarán sin ventaja alguna bajo el régimen general.

a.3) Los fondos obligatorios

Los fondos en la S.Coop. tienen un régimen donde ciertamente se proyecta con gran nitidez las fuertes singularidades del tipo. A nuestros efectos, gozan igualmente de gran importancia puesto que la obligación misma de detraer ciertas cantidades de tales fondos incide, según ha apuntado alguna doctrina, en el mismo concepto o caracterización del retorno³⁴.

El régimen de dotación de los fondos obligatorios en las S.Coop. tras el ejercicio anual tiene su significación principalmente en la modesta aportación que efectúan los socios al capital social. A esto hay que añadirle que el capital en las S.Coop., como consecuencia y materialización del principio de puerta abierta, es variable. Así, la exigencia de una dotación periódica a los fondos obligatorios cobra, en el caso cooperativo, mayor relevancia que cualquier otra sociedad mercantil. La S.Coop. como empresario que es, se asegura en algún modo su supervivencia desde una óptica financiera del mercado³⁵.

Es cierto, que las sociedades mercantiles más frecuentes en nuestro tráfico, esto es las SL y SA, no tienen un capital variable, ahora bien, requieren igualmente de la existencia de unas reservas mínimas (art. 274 LSC), aunque por lo que hemos expuesto,

³⁴ LAMBERT P., *La Doctrina... cit.*, pg. 75, en este sentido dice el autor que: «al retorno a prorrata de las compras se le ha llamado el retorno de lo percibido de mas [...] lo percibido de más no es la diferencia entre las facturas totales y el coste total pues vemos que ya en los estatutos modificados de Rochdale en 1854 aparecen dos conceptos: un descuento para fines de educación y un descuento para ampliaciones futuras».

³⁵ Sobre la relevancia de los fondos como mecanismo de sostenibilidad de la S.Coop. en el mercado, *vid.* LOLLI, R., *Le riserve divisibili e indivisibili nelle società cooperative*, Milán, 2010, pgs. 67 y ss.

no ostentan la misma relevancia como instrumento de financiación lo que sí sucede en las S.Coop., y ello debido a que el capital social en las sociedades capitalistas tiene vocación no sólo de ser un instrumento de información para terceros, sino también de garantía para los acreedores³⁶. Hasta aquí se podría decir que puede tratarse al menos en paralelo el régimen de los fondos en la S.Coop. y en las principales sociedades mercantiles. Sin embargo, la finalidad de los fondos en una S.Coop. es de una singularidad tal que el interés de su comparación con la reserva legal de las sociedades de capital no tiene más que un relevancia puramente informativa. Los fondos y la finalidad de los mismos en la S.Coop. van mucho más allá de ser unas cantidades de reserva durante la vida de la sociedad para compensar principalmente pérdidas. La S.Coop. destina sus fondos a fines que no tienen un mero alcance económico de autosuficiencia y/ o permanencia propias de la empresa. La S.Coop. persigue sobre todo fines mutualistas de orden superior. Así, en el desarrollo de otro de los principios que presiden a esta sociedad, esto es, el principio de educación y promoción de los socios, comprobamos cómo la S.Coop. hace uso de esas reservas no únicamente por su visión empresarial de la organización sino también y sobre todo por su visión o perspectiva educativa y social de la misma³⁷.

Los órganos sociales deberán pues respetar las disposiciones recogidas en la Ley tanto en cuanto a la cantidad o porcentaje con el que se debe dotar a los fondos en los ejercicios anuales, como al destino de los mismos. Así pues el CR, en su proyecto de distribución, y la AG, en su posterior aprobación, tendrán que someterse al régimen jurídico que se establece principalmente en los art. 55 LCoop. (FRO) y el art. 56 LCoop. (FPE).³⁸

³⁶ Sobre las funciones del capital social en la S.Coop. *vid.*, LLOBREGAT HURTADO, M^a. L., «Régimen económico...», *cit.*, pgs. 194-201. En cambio, acerca de las funciones propias de las sociedades de capital, *vid.*, SANCHEZ CALERO, F., y SANCHEZ-CALERO GUILIARTE, J., *Instituciones de Derecho mercantil*, 34^a edición, Navarra, 2011, pg. 391 y ss.

³⁷ La visión educativa y promocional de sus miembros deriva del Principio de Educación y Promoción (ACI).

³⁸ Uno de los extremos más significativos del régimen que el legislador otorga a ambos fondos es su irrepartibilidad entre los socios incluso en la fase de liquidación (*vid.* principalmente, art. 55.1; 56.5; 73.5; 75.2.a LCoop.). En todo caso, para un mejor estudio sobre las singularidades del régimen que nuestro derecho interno estatal establece a los fondos en las S.Coop. *vid.* PASTOR SEMPERE, C., «Principales novedades...», *cit.*, pgs. 242-244; PANIAGUA ZURERA, M., «La determinación...» *cit.*, pgs. 214-217; GADEA, E., SACRISTAN, F., VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico... cit.*, pg. 493 y ss.

En relación con las incidencias que observamos entre los fondos de las S.Coop y el instituto del retorno, no queremos dejar de apuntar dos regímenes que nos han llamado en particular la atención. En un primer lugar, destacamos la norma que dispone de manera expresa desde la Comunidad valenciana la imposibilidad de distribuir retornos mientras no se cumpla lo preceptuado en el art. 70.1 LCV. Destacamos su contenido porque a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, el valenciano condiciona el eventual reparto de retornos a que el fondo de reserva obligatorio alcance las cantidades mínima que exige el legislador autonómico (art. 68.3. al final, LCV)³⁹.

En segundo lugar, hay que recordar que en función de la clase de resultado, esto es, «cooperativo o no», la dotación a los fondos será menor en el primer caso (20 por 100 FRO y 5 por 100 FEP, art. 58.1 al final LCoop.) y en el segundo caso mayor (50 por 100 FRO, art. 58.2. al final LCoop., y desaparece la obligada dotación por Ley de destinar determinados porcentajes de los resultados al FEP) produciéndose en todo caso en atención al resultado de esos porcentajes una mayor facilidad para repartir retornos cooperativos tras el impuesto en el caso de que el resultado sea mutualista puro o cooperativo, premiando, parece ser, a las S.Coop. más fieles a la tradición-cooperativa.

a.4) El impuesto de sociedades

En el art. 58 LCoop. se recoge con nitidez el momento económico contable en el que se ha de satisfacer el impuesto de sociedades. El legislador deja claro que esta partida es obligatoria siempre y cuando se hayan cubierto con antelación las partidas arriba señaladas. Esto es, con independencia de si se trata de un resultado cooperativo como no cooperativo en sentido amplio, el impuesto de sociedades queda en las S.Coop. relegado a que se hayan cubierto las pérdidas de los ejercicios anteriores y seguidamente los fondos obligatorios. Como se puede observar, en el apartado anterior al referirnos a los porcentajes en los que se han de dotar a los fondos en atención a la calificación de dicho resultado, el impuesto de sociedades se satisface antes en el caso de que los resultados

³⁹ art. 70.1 LCoop.: «La cooperativa está obligada a constituir y mantener una reserva obligatoria destinada a la consolidación, desarrollo y garantía de la cooperativa, cuyo importe será, al menos, igual al del capital social estatutario. Mientras no se alcance dicho importe no se podrá dar otro destino a los excedentes y beneficios, abonar intereses o actualizar las aportaciones al capital».

de la S.Coop. sean cooperativos. Entendemos que de este modo el legislador premia la realización de una S.Coop. mutualista y reduce los obstáculos para que los socios cooperativistas se aproximen antes al régimen económico facultativo que sucede al pago del impuesto y con ello a una eventual distribución de retornos cooperativos. Igualmente, dejamos aquí apuntada la existencia del régimen específico de tributación de las S.Coop. que viene determinado por otra clasificación de naturaleza fiscal. Esto es, en función de que tengan o no tanto la consideración de S.Coop. «protegida» (art. 6 Ley 20/1990), como la de «especialmente protegida» (art. 7 Ley 20/1990) y por ello les será de exclusiva aplicación el régimen dispuesto en los art. 33 y 34 Ley 20/1990.

La LGC en su art. 84.pár, 1º disponía que la cantidad que debía ser abonada en concepto del pago del impuesto sobre Sociedades se deducía de los excedentes netos. Parece, según apunta la doctrina, que nuestra norma vigente llega a una misma solución, esto es, detraer las cantidades de los excedentes netos para el cálculo de las cantidades que se deberán pagar en concepto de impuesto⁴⁰. En relación con la reciente desarrollo normativo en materia de impuestos que afectan a nuestro tipo societario, resaltamos de un lado que a diferencia de la LGC, nuestra norma vigente aunque no indica en su exposición de motivos tal cambio, es obvio que ha entendido que es mejor dotar a las reservas antes que abonar el pago del impuesto de sociedades, lo cual facilita la determinación de la dotación a las reservas legales e igualmente facilita conocer con mayor precisión la cifra que se abonará en el impuesto, puesto que parte de la cantidad destinada a la dotación de los fondos tiene carácter deducible en el citado impuesto⁴¹. Pero no sólo agiliza la creación de los fondos, por no tener que esperar al pago del impuesto para su dotación, sino que fomenta que se incremente su dotación puesto que se verá aminorada en el pago del impuesto por la deducción que ello implica.

⁴⁰ PANIAGUA ZURERA, M., «La determinación...» *cit.*, pag. 217.

⁴¹El art. 16.5 Ley 20/1990 establece el régimen especial relativo a las partidas que componen la base imponible del impuesto de sociedades y reza que: A efectos de liquidación, la base imponible correspondiente a uno u otro tipo de resultados se minorará en el 50 por 100 de la parte de los mismos que se destine, obligatoriamente, al FRO. De otro lado en el mismo Capítulo IV en donde se ubica el precepto citado, destinado al establecimiento de las Reglas especiales aplicables en el Impuesto de Sociedades, pero ya sólo para resultado cooperativos, el art. 18.2 Ley 20/1990, recoge en su rúbrica los «Supuestos especiales de gastos deducibles» y reza que: «En la determinación de los rendimientos cooperativos tendrán la consideración de gastos deducibles los siguientes: [...] «Las cantidades que las cooperativas destinen, con carácter obligatorio, al Fondo de Educación y Promoción, con los requisitos que se señalan en el artículo siguiente».

De otro lado, y en concordancia con el art. 254.3 LSC (antes recogido en el art. 189.a.10 y 11 LSA) que a su vez nos remite al PGC y con la Cuarta Directiva 78/660/CCE del Consejo, el Impuesto sobre Sociedades ha de tener la consideración contable de gasto del ejercicio, de ahí su incuestionable dotación previa a cualquier reparto entre los socios, (régimen de distribución de resultados entre los socios que recordemos que es en principio facultativo dentro del régimen económico general de las S.Coop. hasta que no se haga firme tras un acuerdo válidamente adoptado en la AG).

b) Régimen jurídico facultativo

b.1. Planteamiento

Todas las figuras que comportan la parte del régimen económico facultativo están obviamente aquí incluidas por carecer su configuración de un carácter exigible ó imperativo. Nos estamos refiriendo en particular a la dotación de los fondos voluntarios; a la remuneración de los falsos instrumentos financieros (remuneración de los socios capitalistas) o al abono de retornos y de dividendos. De ahí que tampoco nos deba extrañar que en esta fase económica se den derechos que no tienen de manera genérica la consideración de derechos subjetivos de los socios. Nos estamos refiriendo a las consideraciones ya hechas en relación al tratamiento dado a los derechos del retorno y del dividendo en el capítulo precedente.

Las partidas facultativas a las que alude expresamente el legislador, entendemos que no se encuentran en un orden jerárquico. El art. 58.3 al final LCoop. encabeza lo que denominamos partidas facultativas, puesto que se entiende que todo ello se hace depender de que así lo prevean los Estatutos o lo disponga la AG. Es cierto que el tenor literal del 58.3 al final LCoop. no es todo lo rotundo que hubiera sido deseable y que alguna interpretación, para nosotros torticera pero posible, podría apuntar que con base en él cabe entender que los destinos que propone conforman una lista cerrada y que son de obligada ejecución⁴². Por eso, frente a la redacción del art. 58.3 LCoop. que reza:

⁴² *Vid.* PANIAGUA ZURERA, M., «La determinación...» *cit.*, pg. 219. El autor considera igualmente que los destinos que propone el legislador no gozan entre de ellos de jerarquía alguna, y también reconoce

«Los excedentes y beneficios extracooperativos y extraordinarios, [...] se aplicarán, conforme establezcan los Estatutos o acuerde la Asamblea General en cada ejercicio a retorno cooperativo, a dotación a fondos de reserva voluntarios [...]», creemos que hubiera sido más ajustado que se hubiera incluido la mención, con clara naturaleza facultativa de que: Los excedentes y beneficios extracooperativos y extraordinarios, [...] se aplicarán, si así lo establecen los Estatutos o la AG en cada ejercicio a lo que estimen los socios, o en particular bien a la creación de fondos voluntarios, bien al incremento de los fondos obligatorios o bien al abono de los dividendos en su caso (por las razones que ya tantas veces hemos apuntado nunca recogeríamos en este precepto la figura del retorno cooperativo). De hecho, como se puede observar, el art. 58.3 LCoop. ni tan siquiera menciona el reparto del dividendo, el cual no cabe en la actualidad duda alguna de que tenga cabida en una S.Coop. Este silencio bien podría deberse a que como efectivamente se trata de una lista abierta, meramente ejemplificadora, no ha tenido necesidad el legislador de aludir de forma expresa a tal reparto. Pero bien, puede igualmente deberse a que, sin duda, se trata de un sistema de reparto que es cuanto menos controvertido y durante mucho tiempo prohibido en el seno de una S.Coop. y quizás es por no querer dar, en más ocasiones de las que sean imprescindibles, la idea de que con la LCoop. se multiplican los instrumentos que propugnan en el derecho estatal español un fuerte desarrollo del proceso de desmutualización-cooperativa. Si este hubiera sido el motivo del silencio del legislador no nos queda más que rechazarlo, primero, por esconder una nueva realidad, y luego, por no entender que igualmente si se cumple con ciertos principios rectores, existe mutualidad y es ajustada a derecho dentro del mismo marco de lo que se denomina «desmutualización» o en el ordenamiento italiano, *mutualità non prevalente*. Esto no debe constituir más que otra opción que además es apoyada, cuando está bien estructurada en derecho positivo, por la doctrina especializada más destacada⁴³. En todo caso, sobre este silencio volveremos al final del presente Capítulo.

la discrecionalidad total que descansa en manos de los Estatutos y de la AG para concretar la cuantía a la que ascenderá la dotación de tales partidas señaladas por el legislador (esto es: retorno cooperativo, fondo de reserva obligatorio u otros fono ninguna directriz a la que someterse). Ahora bien, no considera el autor que como nosotros apuntamos, el legislador al utilizar «se aplicarán» quepan ahí otros destinos.

⁴³ PAOLUCCI, L.F., «La mutualità...», *cit.*, pg. 402. El autor hace una fuerte crítica a la desigualdad fiscal creada por el legislador italiano cuando protege sólo a la S.Coop. tradicional y se olvida de la relevancia del papel de las S.Coop. desmutualizadas, o como las conocen en el ordenamiento italiano, de las S.Coop. «cooperative non prevalente»; COOK J., DEAKIN S., MICHIE, J., NASH D., *Trust rewards... cit.*, pg. 19 y 20, y entre nosotros, apoya en sus múltiples publicaciones sobre el tema de «la desmutualización», avisando en todo caso de los peligros de una incorrecta regulación de los institutos que la propugnan, FERNANDEZ GUADAÑO, J.. Concretamente *vid.*, *Idem*, «Structural Changes...» *cit.*,

b.2. Los instrumentos financieros encubiertos o especiales: los socios capitalistas⁴⁴

La S.Coop. tiene diversos mecanismos para captar recursos para la consecución de su empresa no derivados de la actividad cooperativa de sus socios cooperadores a pesar de que existe la genérica limitación de obtener recursos fuera del binomio S.Coop.-socio cooperador (art. 4 LCoop.). Precisamente en los últimos años se han desarrollado nuevas formas para impulsar su financiación. Así, los productos financieros se han visto aumentados, como es el caso de los títulos participativos; las participaciones especiales; los certificados de inversión; los préstamos voluntarios de los socios etc⁴⁵...

El caso de los socios capitalistas, es quizás para nosotros el recurso financiero más llamativo, por eso ya se ha aludido a él a lo largo del trabajo, precisamente porque como ya hemos denunciado en ocasiones, su régimen no es del todo claro e incluso podría incidir en la misma figura del retorno cooperativo⁴⁶.

En cualquier caso, entendemos que el momento para la retribución de este especial recurso financiero será el presente, esto es, una fase basada en la gran flexibilidad que descansa en lo que dispongan los Estatutos o se acuerde en la AG. En

pg. 112, donde la autora en particular alude que tal realidad ya se recoge en la praxis española y es perfectamente compatible con los principios cooperativos formulados por la ACI en pg. 112, en los siguientes términos: [...] *in Spain the main co-operative groups Mondragón Corporación Cooperativa (MCC), Group Cooperative of Valencia (GECV) and Agriculture Group ANECOOP, use capitalist business structures as a form of expansión. Nonetheless, the strategy of the «second degree co-operative» or «co-operative group», structures of a higher degree by integrating other co-operative societies, are recongnized in Spanish legislation, this approach has permitted these groups to develop while respecting ICA philosophies and principles.*

⁴⁴ Como sabemos, los «socios» que no son cooperadores, tienen una naturaleza más cercana a la de los instrumentos financieros que a la de los socios cooperadores puesto que son meros inversores y no se tienen que implicar en el desarrollo del objeto de la S.Coop. propio de los cooperativistas. *Vid. LLOBREGAT HURTADO, M^a L., «Régimen económico...», cit., pg. 228, sobre la equiparación del término de socio colaborador hace ya más de una década con «fórmula de financiación interna».*

⁴⁵ Para un ulterior estudio detallado del régimen nacional y comparado en relación con los instrumentos financieros en Europa, *vid. FERNANDEZ GUADAÑO, J., «Análisis de la participación de los socios inversores externos en el capital de las sociedades cooperativas en Europa», XIX CONGRESO NACIONAL y XV CONGRESO HISPANO-FRANCÉS de la Asociación Europea de la Dirección y Economía de la Empresa, Vitoria, 8-10 junio, 2005, publicado en ARAUJO DE LA MATA, A., FORCADA SANZ, J., *El comportamiento de la empresa ante entornos competitivos*, Best Papers Proceeding, pgs. 741-745, y en particular, nos resulta de especial interés la síntesis que de lo anterior se recoge en un cuadro comparativo sobre los distintos ordenamientos comparados.*

⁴⁶ Igualmente como sucede en el régimen jurídico establecido para los *soci sovventori* en el ordenamiento italiano.

nuestra norma estatal nos estamos refiriendo a los conocidos socios colaboradores (art. 14 LCoop) y a las partes sociales con voto (art. 107 LCoop). Su retribución será a través del pago de los dividendos, como expresamente se recoge en el caso de las S.Coop. mixtas que acogen la posibilidad de que existan partes sociales con voto (art. 107 LCoop). No vamos a volver a justificar nuestra opinión sobre que el colaborador es claramente un socio capitalista y aunque no quede expresamente que se le reparten dividendos ni puede percibir retornos ese es su régimen. Recordemos el tratamiento unitario que ambas figuras reciben en el art. 107.2.c LCoop., que como ya apuntamos, recogía el deseo del legislador de no superar ciertos límites en la presente desmutualización. En todo caso, es relevante recordar que estos «instrumentos financieros» que son encubiertos, al recibir el status de «socio» no se verán sometidos a la genérica limitación y control de su participación que se exige en el art. 4 LCoop. en el caso de que la S.Coop. realice operaciones con terceros.

b. 3. Los fondos voluntarios

La creación de los fondos voluntarios es también una partida que se incluye en el régimen facultativo de distribución de los resultados. La menciona expresamente el legislador en la lista abierta que establece en el art. 58.3 LCoop. cuando apunta que las cantidades disponibles, conforme establezcan los Estatutos o la AG, podrán destinarse «a dotación a fondos de reserva voluntarios con carácter irrepartibles o repartible».

Creemos que es de gran interés para nuestro trabajo destacar que con la posibilidad de crear fondos voluntarios con un régimen que permita su eventual reparto entre los socios, podrían dotarse a los fondos voluntarios repartibles cantidades que provengan de los «resultados extracooperativos y extraordinarios», lo que supone, como es lógico y natural, la posibilidad de proceder en un futuro a un reparto de tales cantidades bajo un régimen facultativo, debidamente recogido en los Estatutos. Ahora bien, entendemos que a tenor de lo que en ocasiones se ha venido recogiendo en nuestro derecho vigente nacional en materia de S.Coop. no es, lamentablemente, redundante por obvio apuntar que tales resultados no podrán ser nunca repartidos entre los socios a través de una distribución de retornos. Es cierto que tal previsión no está hecha y podría

en un inicio pensarse que es simplemente por tratarse de un régimen fácilmente deducible u obvio⁴⁷, pero la realidad es que mientras se contengan en nuestra norma, aunque sea de forma aislada, preceptos como el ya tantas veces apuntado art. 58.3 LCoop., el que por su parte, permite expresamente el reparto de cantidades calificadas de extraordinarias o extracooperativas a través del retorno cooperativo, no estará de más hacer todas las aclaraciones precisas. Así pues entendemos que esta mención debería haberse recogido *ex-lege* para no dejar ningún margen en donde se dé cabida a interpretaciones extrañas e injustificadas en un contexto mutualista.

b.4. Las retribuciones especiales de los trabajadores

Los trabajadores son elementos de la empresa que se han querido proteger y potenciar desde la Unión europea⁴⁸. El régimen jurídico en el que se concreta el tratamiento que se establece para los trabajadores, tanto en el ámbito autonómico como en el estatal en materia de S.Coop., no ha sido uniforme. Como sucede con las demás sociedades⁴⁹, se trata de un gasto de la S.Coop. y por ello es desde luego un pago que deberá realizarse antes de cualquier posible retribución a los socios de un retorno.

En el supuesto de que al margen de su salario perciban una cantidades en concepto de participación en los resultados, la tendencia mayoritaria en nuestro derecho interno, tanto autonómico como estatal, podemos considerar que, con las ulteriores precisiones que se disponen en las respectivas CCAA, es que tal participación se hace depender de que por un lado existan efectivamente resultados positivos en ese ejercicio y por otro, que así se acuerde en la AG o se prevea en los Estatutos.

⁴⁷ En los Modelos de Estatutos de S.Coop. del Registro Estatal de S.Coop. ofrecidos por el del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, no se observa en ningún caso que en la práctica se recoja la mención detalla de un reparto que evite la total posibilidad de repartir retornos a través de fondos voluntarios compuestos por cantidades provenientes de actividades extraordinarias y extracooperativas, *vid.* www.empleo.gob.es. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2012].

⁴⁸ Sobre la relevancia de la participación de los trabajadores en el seno de la empresa en relación a la 5ª Directiva, *vid.* ESTEBAN VELASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español*. Madrid, 1982, pg. 371. FERNANDEZ GUADAÑO, J., «Análisis...», *cit.*, pgs.744-745.

⁴⁹ *Vid. derogado* art. 189 A.3.a. LSA y texto de PGC, donde expresamente se apunta en su texto que los salarios de los trabajadores son un gasto de explotación.

Esta posibilidad la recoge nuestro legislador estatal en el art. 58.5 LCoop., como ya se hacía en nuestra anterior Ley (art.84.b LGC) en los siguientes términos: «La cooperativa podrá reconocer y concretar en sus Estatutos, o por acuerdo de la Asamblea General, el derecho de sus trabajadores asalariados a percibir una retribución, con carácter anual, cuya cuantía se fijará en función de los resultados del ejercicio económico [...]». Así, los trabajadores no constituyen una partida de obligada previsión. El trabajador constituye el elenco de partidas facultativas del régimen económico, por lo que entendemos que no ha de darse siempre y por ello únicamente existirá tal obligación si así lo establecen los Estatutos o se decide en la AG⁵⁰.

Sobre estos mismos aspectos, entendemos que un claro ejemplo, relativo a la unificación de criterios del que ha sido objeto nuestro derecho español en cuanto a la configuración del derecho inderogable de los trabajadores a participar en los resultados, lo constituye el desarrollo legislativo valenciano. La Ley de cooperativas valenciana en un origen se decantó claramente por considerar tal participación un derecho de los trabajadores, y por ende no lo hizo depender el derecho de los trabajadores a beneficiarse de los resultados positivos en cada ejercicio del correspondiente acuerdo en AG o de su previsión en los Estatutos. Esta opción legislativa fue incluso en ocasiones alabada por nuestra doctrina cooperativista valenciana⁵¹. Hoy, sin embargo, se encuentra también la LCCV del lado del legislador nacional ya que le ha ido restando importancia al reconocimiento legal de ese derecho a los trabajadores hasta su redacción vigente, incorporándose a la postura de la mayoritaria de nuestras autonomías (arts. 65.3 y 68.3 LCCV)⁵². En la actual redacción se hace depender concretamente (art. 65.3 LCCV) el derecho de los trabajadores a participar en los resultados de que no se fije una

⁵⁰ *Vid.*, art. 67.2.c.4. LCPV ó por su parte art. 89. 3 LCCA, art. 66.5. LCC, comunidades éstas que no siempre se puede contemplar en su trayectoria legislativa una previsión concreta como sí hacen en sus respectivas normas vigentes, sobre la participación de los trabajadores en los resultados de la S.Coop.

⁵¹ En la derogada Ley 11/1985 de 25 de octubre de cooperativas de la Comunidad valenciana, se disponía en su art. 59.2 LCV: «Cuando la cooperativa tenga trabajadores asalariados deberá satisfacerles una participación mínima a cada uno de ellos del 10 por 100 del retorno medio que se haya acreditado y un máximo de una mensualidad de salario. Esta participación deberá acreditarse en el plazo de tres meses siguientes a la aprobación de las cuentas, bien sea en efectivo, o en forma de imposición a plazo regulada en el apartado siguiente». Se consideró, refiriéndose a ese precepto, que la previsión que contenía era sin duda acertada, así, LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *Mutualidad... cit.*, pg. 346 entiende que: «desde el punto de vista técnico la fórmula adoptada por la Ley valenciana resulta más adecuada ya que permite a los trabajadores no socios, por la vía del artículo 59.3.lit. b) adquirir la condición de socio. Esta posibilidad legal se lleva a cabo mediante la emisión y entrega por parte de la cooperativa a los trabajadores de títulos de participación en concepto de aportaciones obligatorias equivalentes a los retornos que les correspondan, procediendo a la correspondiente elevación del capital social».

⁵² En términos similares se recogía también en la anterior Ley valenciana, *vid.* art. 59.4, últ. párr., Ley 1/1998, de 23 de junio, de Cooperativas de la Comunidad valenciana.

contabilidad separada de los socios y los Estatutos decidan que la totalidad de los resultados se destinen a un fondo irrepartible. En ese caso es cuando se establece que un 2% del excedente neto vaya a los trabajadores. De forma genérica, se establece tal posibilidad que no obligación, a través del 68.3. LCCV.

2.2.3. El acuerdo de la Asamblea General como órgano competente para decidir sobre el reparto de los retornos cooperativos

a) Planteamiento

El marco jurídico regulador que establece el régimen en torno al acuerdo sobre el reparto de los retornos, a diferencia de lo que sucede de manera llamativa en otros aspectos del régimen de las S.Coop. que inciden en el retorno, como venimos apuntando, es claramente homogéneo tanto en el derecho comparado continental como en nuestro derecho autonómico como estatal.

La AG es la reunión de los socios previamente convocada. Es un órgano colegiado que decide por mayoría sobre todos los asuntos propios de su competencia que se encuentren incluidos en el orden del día (art. 21 LCoop.). A través de los acuerdos de la AG queda configurada la voluntad de los socios, que dentro de los límites fijados tanto por la Ley como por los Estatutos, será vinculante para el órgano de administración, que recibe el nombre de CR.

La convocatoria deberá ajustarse a todos los requisitos formales y materiales que desde la Ley garantizan su validez. La importancia de la convocatoria radica principalmente en que sólo los aspectos en ella contenidos podrán ser objeto de debate y posterior votación, puesto que salvo contadas excepciones, los acuerdos adoptados sólo podrán referirse a puntos contenidos en el orden del día.

Las competencias de la AG aparecen delimitadas de forma expresa en el art. 21.2 LCoop., el cual establece con detalle un listado de las mismas, sin entender por ello la

doctrina que se trata de una lista completa y cerrada⁵³. No es completa porque con frecuencia encontramos en otros preceptos de la Ley materias que se reservan a la AG, ni tampoco es cerrada ya que la AG podría adoptar acuerdos vinculantes en materias siempre que éstas no sean a su vez competencias exclusivas de otros órganos⁵⁴

Dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio económico, el CR debe formular tanto las cuentas anuales, el informe de gestión como la propuesta que recoja una distribución de los excedentes que resulten e igualmente la afectación de las pérdidas en su caso (art. 61. 2 LCoop.). Para el examen de todos los documentos anteriormente referidos, la AG podría ser convocada (art. 21.2.a LCoop.), pero en todo caso el acuerdo que verse sobre tales temas es siempre facultad indelegable de la AG (art. 21.2º.a y 3º LCoop.), debiendo éste figurar en el orden del día de la convocatoria (art. 28.4 LCoop.). Cabe apuntar que la AG no tiene que aprobar sin más las cuentas anuales que proponga el CR sino que ésta deberá «aprobar si procede» las propuestas del CR o por el contrario podrá rechazar las que estime que no se ajustan a los preceptos legales (art. 22.1. LCoop.)⁵⁵. En todo caso, el acuerdo a través del cual se aprueba un balance que acredita la existencia de beneficios ficticios es un claro supuesto de nulidad, puesto que con él se quiebra la función de garantía del capital social⁵⁶.

En relación a si la AG debe o no tener facultad para modificar el balance, da la doctrina una respuesta negativa, puesto que entiende que el legislador es claro cuando se refiere, en particular en el art. 22.1. LCoop., a aprobar sin más y no a «reelaborar» o «modificar» el mismo⁵⁷. Apunta la doctrina que por ello es importante que la AG apruebe previamente la existencia de un excedente para que sólo a partir de ahí se proceda a la distribución. Y es cuando establecido el excedente en el balance y reflejado en la cuenta de pérdidas y ganancias y aprobado por la AG finaliza la fase de la determinación y queda abierta la de la distribución⁵⁸.

⁵³ Vid., GADEA, E., SACRISTAN, F., VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico... cit.*, pg. 214.

⁵⁴ Una clara síntesis sobre la posibilidad que tiene la AG de ver ampliadas sus competencias bajo el mandato de la LCoop, *vid.*, *Ult. op. cit ... cit.*, pg. 216. En relación sobre la problemática derivada de las amplias facultades y de la intervención directa de la AG, *vid.*, *Ibi Idem*, pg. 217 y PAZ CANALEJO, N., *La sociedad cooperativa ante el reto de los mercados actuales. Un análisis no sólo jurídico*, Madrid, 2002, pg. 118-137.

⁵⁵ Vid., LLOBREGAT HURTADO, Mª L., *Mutualidad... cit.* pg. 328.

⁵⁶ Vid., GIRON TENA, J., *Derecho de Sociedades anónimas, cit.*, pgs. 455 y 456.

⁵⁷ Vid., LLOBREGAT HURTADO, Mª L., *últ. op. cit.* pg. 329.

⁵⁸ *Ibi idem*, pg. 329.

b) Convocatoria

La AG en las S.Coop. puede ser ordinaria o extarordinaria, distinción que implica igualmente un régimen diverso para llevar a cabo su convocatoria (art. 23 LCoop.). Así, sucintamente podemos dejar indicado que la AG, si es ordinaria, ha de convocarse por el CR dentro de los seis primeros meses al cierre del ejercicio económico⁵⁹. Por su parte, la extraordinaria será convocada por el CR cuando así lo proponga una minoría de socios que representen el veinte por ciento del total de los votos. Si lo recogiesen los Estatutos, podría convocarse también a solicitud de los interventores (art. 23.3. LCoop.).

El reparto de retornos, como modalidad concreta de distribución de los resultados, deberá por tanto aparecer en el orden del día de la convocatoria, con «una antelación mínima de quince días y máxima de dos meses, siempre mediante anuncio expuesto públicamente de forma destacada en el domicilio social y en cada uno de los demás centros en que la cooperativa desarrolle su actividad, en su caso, si perjuicio de que los Estatutos puedan indicar además cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro Registro de socios [...]» (art. 24.1º, párr. 1º LCoop.).

c) Constitución

La AG quedará válidamente constituida en primera convocatoria, como así lo apunta el art. 25 LCoop., cuando más de la mitad de los votos sociales estén presentes o representados. En segunda convocatoria, se requerirá al menos un diez por ciento de los votos. Del mismo modo, quedará válidamente constituida en segunda convocatoria si

⁵⁹ Si transcurren seis meses del cierre del ejercicio económico sin haber convocado la AG por parte del CR, los interventores deberán instarla. Si igualmente el CR no la convoca transcurrido el plazo de quince días desde el requerimiento de los interventores, éstos deberán dirigir su solicitud de convocatoria al Juez competente, esto es, el Juez de lo Mercantil del domicilio de la S.Coop. Si ni administradores ni interventores cumplieran con su obligación de convocar en los plazos fijados, cualquier socio estará legitimado para solicitar una convocatoria judicial (art. 23.2. LCoop.).

hay presentes o representados cien votos sociales. Estos porcentajes exigidos para constituir con validez la AG no se podrán ver aumentados en los Estatutos, aunque si éstos lo prevén, en segunda convocatoria, se tendrá por constituida la AG con arreglo a derecho «cualquiera que sea el número de socios presentes o representados».

Entendemos que es de especial relevancia la referencia que en el mismo art. 25 LCoop., en su pár. 2º hace en relación a los socios cooperadores. El legislador otorga, como no podría ser de otra forma, un papel determinante a la mutualidad en la S.Coop. ya que hace descansar en la exigencia de un quórum mínimo de socios pertenecientes a la categoría de cooperadores, la validez de la constitución de la AG⁶⁰. Podría criticarse el hecho de que todo ello quedase derogado en los Estatutos como puede desprenderse del tenor literal del art. 25 pár.3º LCoop. Entendemos que la aparente flexibilidad que se ofrece en la concreción de tales porcentajes no es más que ficticia porque este régimen se encuentra estrechamente vinculado con el que se fija en el art. 107.c) LCoop. que establece que: «En ningún caso la suma total de los votos asignados a las partes sociales con voto y a los socios colaboradores podrá superar el 49 por 100 del total de los votos sociales de la cooperativa». Aun así, sin esta previsión, no sería lógico que en la práctica el quórum de asistencia de los socios inversores fuera superior al de los socios cooperadores ya que éstos tienen un nato interés en participar activamente en todas las actividades de la S.Coop. de forma voluntaria. En todo caso, no nos resultaría en modo alguno exagerada la previsión normativa que recogiera la exigencia de que siempre y en todo caso hubiese un mínimo de representación de los socios cooperadores e incluso pensamos que debería preverse la mayoría reforzada de éstos, al menos en temas centrales como la ejecución del retorno, por tratarse de un aspecto que atañe si no exclusivamente sí principalmente a los socios cooperadores.

⁶⁰ Vid. art. 25, pár. 3º LCoop.: «Asimismo, los Estatutos podrán establecer el porcentaje de asistentes que deberán ser socios que desarrollen actividad cooperativa para la válida constitución en cada convocatoria, sin que, en ningún caso, la aplicación de estos porcentajes suponga superar los límites que se fijan en el párrafo anterior».

d) Deliberación y adopción del acuerdo

En último lugar llegamos a la deliberación de los socios reunidos y posterior toma del acuerdo sobre el reparto de los resultados en general, y el reparto del retorno en particular. Como ya se apuntó de forma genérica al principio de este epígrafe, la competencia de la AG sobre el acuerdo que versa sobre la aplicación de los excedentes es una constante en el derecho comparado⁶¹ y en nuestro derecho interno tanto estatal como autonómico.

En el acuerdo sobre la aplicación de los excedentes disponibles se puede introducir modificaciones en el documento presentado por el CR, al que por su parte sólo compete la presentación de una propuesta. El detalle del régimen o última decisión sobre la aplicación de los excedentes disponibles, como también sobre la imputación de las pérdidas sociales, es competencia exclusiva de la A.G.⁶²

El acuerdo que verse sobre el reparto de resultados a través del mecanismo del retorno cooperativo requerirá para su válida adopción la mayoría general que se establece para otros asuntos, aunque igualmente se permitirá a los Estatutos que eleven los porcentajes exigidos para tal acuerdo con la limitación de las cuatro quintas partes de los votos válidamente emitidos (art. 28.1º y 3º LCoop.).

Como apunta especialmente la doctrina italiana es importante reseñar que frente a la discrecionalidad de la mayoría en AG se debe tener presente también el principio de corrección y buena fe en la ejecución del mismo contrato de sociedad. Así, consecuentemente, frente a la reiterada negación de proceder a un reembolso del retorno, en presencia de un comportamiento abusivo de la mayoría se debería procederse a la impugnación del acuerdo de ese modo adoptado⁶³.

⁶¹ El ordenamiento portugués sigue el mismo esquema español en cuanto al reparto de competencias, *vid.* art. 49.f C.Coop., menos margen de concreción en estos temas se observa en el ordenamiento francés el cual cuenta con un mayor número de normas en relación a la distribución de resultados de carácter imperativo y los Estatutos determinan en mayor medida que en nuestro derecho en general los aspectos relativos a la aplicación de los resultados, *vid.*, principalmente los arts. art. 8, 11bis, 14, 15 y 16 Estatuto de Cooperación francés, y los arts. 2538 y 2545 CCI.

⁶² Veamos, cómo en el caso de las cuentas anuales y el informe de gestión, la AG sin embargo limita su competencia a aprobar o a devolver al órgano de administración los oportunos documentos para su reelaboración al CR (21 2.a, art. LCoop.).

⁶³ GENCO, R., «La struttura...», *cit.*, pgs. 90 y 91.

2. El pago del retorno cooperativo. Modalidades

La norma resulta clara cuando establece que los retornos se distribuirán a los socios en proporción a la actividad cooperativa realizada (art. 58.4. al principio LCoop)⁶⁴. Igualmente, entendemos que la Ley apoya que se trata de un derecho (art. 16.2.d. LCoop) pero no un derecho subjetivo y periódico, sino un derecho que se hace depender de que así lo decidan los socios cada año⁶⁵. Es así un derecho de origen asambleario puesto que es el acuerdo mayoritario adoptado en la AG válidamente convocada el que lo transforma a partir de ese momento en un derecho de crédito del socio con la S.Coop. (art. 21.2.A y 58.4. al final LCoop.)⁶⁶.

Del mismo modo entendemos, al menos desde nuestro derecho estatal, que será causa de pérdida de la protección fiscal (art. 13.6 L. 20/90) el reparto de los retornos a los socios si se efectúan con base en otros criterios que no sean el de la proporcionalidad recogida en el art. 58.4 al inicio LCoop. De este modo concreta y cumple el legislador, como ya anuncia de forma genérica en el art. 1.1 LCoop., con una regla del cooperativismo de la ACI, es decir, con el principio o el sistema del reparto proporcional que se consagra bajo en nombre de retorno cooperativo⁶⁷.

⁶⁴ Recordemos que ni el legislador estatal y ni por regla general el autonómico recoge expresamente que el retorno se ha de repartir sólo tras el cálculo de los resultados considerados cooperativos. Esto lo cumplen pocas comunidades. Ya se apuntó que existen dos bloques en nuestro derecho nacional, uno encabezado, en la línea de nuestra derogada LGC, por Valencia y Andalucía, en donde se establece la clara imposibilidad de percibir retornos salvo que los resultados sean nítidamente considerados cooperativos (*vid.* también arts. 61.2 LCE) y por otro lado, el bloque que permite el reparto de retornos cuando provienen sus cantidades de resultados mixtos, dentro del cual se encuentra: LCoop., la LCC y la LCPV.

⁶⁵ Recordemos que la única Comunidad que incluye una norma que entiende que el retorno es un derecho absoluto y periódico del socio es Extremadura (art. 62.2. LCE). Sin embargo, esto no ha sido siempre igual en el ámbito autonómico, no hay que olvidar, que antes, otras leyes también concibieron al retorno como un derecho inderogable del socio, por lo que a la AG sólo le quedaba decidir la modalidad de su concreta ejecución. *Vid.* art. 59.b, de la derogada Ley 4/1983 de 9 marzo, de Sociedades Cooperativas catalana y el art. 60.2 de la también derogada Ley 2/1985 de 2 de mayo, de Sociedades Cooperativas andaluzas. Respecto a la anterior concepción del retorno como derecho subjetivo de los socios en las CCAA, *vid.*, LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *últ. op. cit.* pg. 344-346.

⁶⁶ En relación al derecho de crédito que surge tras la adopción del acuerdo en la AG, *vid.*, CUSA E., *I ristorni... cit.*, pg. 85.

⁶⁷ Art. 60.2.e. Ley 4/1999, de 30 de marzo de Sociedades Cooperativas de la Comunidad de Madrid (LCCM): «[...] Los excedentes procedentes de las operaciones con los socios serán disponibles y se destinarán a los siguientes fines: [...] A su distribución entre los socios en concepto de retorno de forma igualitaria, mixta o en proporción a las operaciones realizadas por cada uno con la cooperativa en el citado ejercicio, [...]». En el presente precepto se alude al retorno en unos términos, cuanto menos singulares, puesto que al indicar su sistema de reparto establece un sistema mixto que en todo caso no

No queremos dejar de señalar que a la hora de hacer efectivo el retorno se veta la posibilidad de alterar la regla de la igualdad innata en todos los principios cooperativos⁶⁸. Es decir, no se podrá establecer a la hora de hacer efectivo el retorno entre los socios ninguna diferencia que no tenga su origen en los propios criterios objetivos del legislador, esto es, el grado de participación o la clase de socio. En el derecho italiano, como en el español, se observa en el derecho positivo la posibilidad de romper con las exigencias de ejecución del retorno entre los socios, pero sólo en el supuesto de mora en el desembolso de la participación (*vid.* art. 1243 y 2.342 CCI)⁶⁹. En ordenamiento español esta situación es posible ya que se admite tanto en la norma estatal como en la autonómica el desembolso parcial de las aportaciones dinerarias por parte de los socios⁷⁰, aunque no hay criterios únicos para fijar la responsabilidad derivada del proceso fundacional cuando los socios incurren en mora en el plazo del desembolso que se establece en los Estatutos. En el derecho de S.Coop. catalán, al igual que el legislador estatal, se alude expresamente a la imposibilidad de percibir retornos mientras no se haya procedido por parte del socio al pago del dividendo pasivo (art. 56.4 LCC)⁷¹. Como quiera que sea, entendemos que cabe perfectamente desde la LCoop, y desde las leyes de las CCAA la suspensión del derecho del retorno en el caso

entendemos que refleje con exactitud el alcance del mismo. En particular, encontramos imprecisión cuando el legislador alude a un sistema igualitario y a otro mixto, sistemas de reparto que sin ninguna otra aclaración más que su mención, no entendemos que puedan fácilmente presumirse. Está claro que un reparto igualitario entre los socios, sin ponderarlo en proporción al esfuerzo, actividad o consumo de cada cooperador puede ser un sistema legítimo de aplicación en una sociedad con un gran carácter personalista, como es el caso, pero nunca dentro del reparto de un retorno si este se interpreta según lo proclamado por la ACI. En relación al sistema mixto de reparto de retornos, igualmente entendemos que se debe tratar de una «mezcla» de los dos que propone, el proporcional a la actividad, para nosotros intrínseco al concepto mismo de retorno, y el igualitario. Ahora bien, si esto es así, el modo de redactarlo es equívoco ya que se si efectivamente se trata de una mixtura de los dos sistemas mencionados, debería haberse aludido a este el último y no el segundo.

⁶⁸ PANIAGUA ZURERA, M., «La determinación...» *cit.*, pg. 219

⁶⁹ CUSA, E., *I ristorni*, *cit.*, pg. 85.

⁷⁰ *Vid.* art. 46.3 LCoop que establece para el supuesto de las aportaciones obligatorias la posibilidad de un desembolso inicial del 25 por 100. No extensible al caso de las participaciones voluntarias (art. 47. 2 LCoop.). En este mismo sentido, se permite desde la Comunidad valenciana el desembolso inicial de un 25 por 100 tanto de las aportaciones obligatorias como de las voluntarias (art. 55 LCV); igualmente se recoge en el País Vasco posibilidad de un desembolso del 25 por 100 de las participaciones cuando sean obligatorias (art. 58.2 LCPV) y flexibilidad de régimen para las participaciones voluntarias, ya que sus condiciones respecto del régimen de desembolso se determinará en la AG (art. 59. 1LCPV), como en la Comunidad andaluza (art. 10.2.c, art. 78. 2. pár. 2º y 79.4 LCA) en donde se permite para cualquier clase de aportación (obligatoria o voluntaria) el desembolso de hasta un 25 por 100.

⁷¹ Sí se alude a la pérdida del derecho del retorno, de manera indirecta y genérica en el art 46.6 LCoop cuando dice que: «el socio podrá ser suspendido de sus derechos societarios hasta que no normalice su situación». De manera más clara y directa se recoge en la Comunidad Catalana, (art. 56.4 LCC). Otros no hacen una mención expresa a las consecuencias jurídicas en el supuesto de mora (LCA y LCCV), y por último, en ocasiones, sí aluden a tales consecuencias pero no mencionan ni directa ni indirectamente esta posibilidad (art. 58.5 LCPV).

de mora del socio por tratarse de una previsión incluida en el art 46.5.LCoop. lo que sería de aplicación como derecho supletorio ante el silencio de las CCAA, precepto que en todo caso, se ajusta a lo que viene apuntándose en nuestro marco jurídico positivo societario en sede de sociedades de capital⁷²

Como en ocasiones ha sucedido en nuestra dilatada trayectoria legislativa estatal⁷³, sigue apareciendo en alguna normativa la mención, quizás innecesaria por obvia, de que el reparto de los retornos no se podrá hacer en función de otro criterio que no sea la proporción a las actividades cooperativas de los socios⁷⁴. En principio se entiende que tal aseveración es inadecuada por redundante, pero como en realidad, lamentablemente, se puede considerar que el tratamiento del retorno cooperativo es bajo nuestra norma estatal cuanto menos difuso, no rechazamos las redundancias cuando encierran aclaraciones obvias pero correctas, al menos mientras coexistamos con un régimen jurídico del retorno y del dividendo no siempre bien diferenciado desde nuestro derecho positivo.

En nuestra anterior norma (art 85.2.a.b. LGC), sí aparecían diversos modos de distribuir los retornos, que es en general la que se adopta en las CCAA cuando se refieren a las formas de reparto del retorno⁷⁵: a) el pago inmediato, b) el incremento proporcional en la cuota de la participación c) la creación de un fondo o reserva temporal, repartible y remunerada⁷⁶. Esta manera de detallar las posibles formas de distribución de los retornos desaparecen en la Ley vigente, lo que no implica que

⁷² Vid. art. 83.2 LSC

⁷³ Vid. Art. 85.1. párr. 2º LGC. En particular, el legislador anterior de nuestra norma estatal trajo la expresa mención de que: «El retorno cooperativo en ningún caso se podrá acreditar en función de las aportaciones del socio al capital social» (art. 85.1. párr. 2 LGC). Queremos pensar que esta mención se ha quitado precisamente por obvia y redundante y no porque ahora se puedan establecer otros criterios. A tenor del marco legal resultante que regula el instituto del retorno en nuestro ordenamiento, no hubiera sido del todo desacertado haber mantenido el contenido del 85.1.párr. 2º LGC.

⁷⁴ Art.13.6 L 20/90, en el que se establece que es causa de descalificación de la S.Coop. como «protegida fiscalmente»: [...] Cuando los retornos sociales fueran acreditados a los socios en proporción distinta a las entregas o servicios realizados con la cooperativa o fuesen distribuidos a terceros no socios».

⁷⁵ Sin embargo, podemos encontrarnos con otras modalidades descritas desde nuestro derecho, así, se incluyen también la modalidad de los retornos cooperativos a cuenta, siempre a propuesta del CR y previo informe favorable de la intervención de cuentas o de la auditoría en su caso (art. 66.3 LCC).

⁷⁶ La creación de una reserva temporal, repartible y remunerada recibe desde algunas CCAA el nombre de Fondo de retornos o Fondo simplemente (vid. art. 68.3 LCV ó art. 91.1.c LCA, como también en su día se estableciera y detallara de forma especial desde nuestra norma estatal a través del art. 85.2 LGC). El derecho comparado al respecto no incrementa novedades de importancia en relación a las modalidades de reparto del retorno, vid. art. 2545-*sexies* párr. 3º CCI., para una mayor atención a las modalidades que propone el derecho comparado, vid., TRUJILLO DIEZ, I.J, *Determinación... cit.*, pg. 13.

desaparezcan las variedades que anteriormente figuraban, y todavía figuran desde las CCAA, para hacerlo efectivo⁷⁷. En este sentido, la razón por la que decide el legislador no recoger en un precepto las distintas formas de adjudicación del retorno no conlleva su verdadera desaparición⁷⁸, sino que ha de interpretarse que lo que implica es sólo una mayor flexibilidad en manos de los socios a la hora de determinar la modalidad concreta, sin por ello tener que ajustarse a las tres maneras que exigía la Ley siempre y cuando, como es natural, no incurran por ello en una prohibición. Nosotros consideramos que aunque sea entendido por todos que tales modalidades siguen vigentes, no era necesario eliminarlas del texto de la Ley aunque sea con la intención de no constreñir la autonomía de la S.Coop. para determinar el modo concreto de su ejecución, puesto que con añadir a la redacción anterior cualquier mención que aclarase -«podrán», «si se estima conveniente» etc.- que estamos ante una lista abierta, como en otras ocasiones se ha hecho en derecho, quedaría más claro que lo que se está recogiendo es tan solo una frecuencia del tráfico.

Desde un alcance fiscal y contable se alude a otra modalidad de pago del retorno, esta otra forma de repartir el retorno se diferencia más que en el modo concreto de su distribución, lo que ciertamente también, en el momento en que es asignado. Así pues, si se distribuyen ciertos resultados a los socios con anterioridad considerará el legislador que ya ha habido reparto de retornos. El retorno que se reparta de este modo recibe el nombre de «retorno anticipado» según el art. 20.1. pár.2º L20/90., que dispone que son retorno «las cantidades y excesos de valor asignados en cuenta, que se definen en el art. 20 como gastos no deducibles»⁷⁹

⁷⁷ La LCPV, como hace el legislador nacional, no detalla las modalidades de hacer efectivo el reparto por retornos. En todo caso, las diferentes formas de acreditar los retornos se han venido contemplando desde hace años en nuestro derecho positivo, así, nuestra anterior norma estatal lo contenía en su art. 85.2 LGC. Del mismo modo, desde la CCAA, *vid.* Ley Art. 68.3 LCV; art. 67.3.a LCC, art. 91.5 LCA; ó art. 60.3 LCCM, y art. 62. 2 LCE.

⁷⁸ TRUJILLO DIEZ, I.J, *Determinación... cit.*, pg. 13, al principio.

⁷⁹ Art. 20 L20/90: «Gastos no deducibles.- No tendrán la consideración de partida deducible para la determinación de la base imponible las cantidades distribuidas entre los socios de la cooperativa a cuenta de sus excedentes ni el exceso de valor asignado en cuenta a las entregas de bienes, servicios, suministros, prestaciones de trabajo de los socios y rentas de los bienes cuyo goce haya sido cedido por los socios a la cooperativa, sobre su valor de mercado determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley».

3. La falta de tratamiento jurídico positivo del dividendo en relación con el retorno cooperativo

En alguna ocasión anterior ya se ha denunciado la inexistencia de una norma destinada a regular el reparto entre los socios cuando ésta se haga a través de los dividendos. En este punto del trabajo creemos que ha quedado ya comprobado que la realización de dividendos cabe perfectamente en nuestra normativa vigente, bien a través de la lista abierta que se establece para el reparto a cualquier clase de socios en el art. 58.3 al final LCoop., o bien con su reconocimiento a los socios capitalistas, de forma expresa (art. 107.4. pár.2º LCoop) o presunta (art. 14 LCoop.).

La doctrina italiana al referirse a su derecho nacional, que sí recoge el instituto del dividendo como sistema de reparto alternativo al retorno en una S.Coop. a través del art. 2545-*quinquies* CCI (bien es cierto que estará controlado si se producen en el seno de una S.Coop. con mutualidad prevalente art. 2514 a y b CCI), critica el hecho, como ya recogimos también, de que no se establezca por parte del legislador la exigencia de que siempre se proceda a repartir un mayor porcentaje de retornos que de dividendos. Ese debate no es el nuestro todavía, puesto que aquí se debe primero exigir que se reconozca y regule con precisión la misma figura del dividendo desde el régimen de las S.Coop. a la que tan siquiera se alude directamente, aunque sí se haga a su concreto sistema de reparto («los excedentes imputables a los poseedores de partes sociales con voto se distribuirán entre ellos en proporción al capital desembolsado» art. 107.4.pár. 2º LCoop.). Algo similar ocurría en las primeras leyes de S.Coop. en relación a la figura del retorno, esto es, se aludía a su sistema o regla de proporcionalidad entre lo repartido y lo trabajado ó consumido⁸⁰. Pero en esa temprana legislación se podía justificar el silencio, o la directa alusión al instituto porque el mismo concepto del retorno era un concepto todavía sin ningún arraigo ni en nuestro derecho positivo ni en el comparado

⁸⁰ En el art. 1.5 L 31, que es considerado por nosotros como el precedente histórico-legislativo en el ordenamiento español de la figura actual del retorno, se menciona este sistema de reparto como quinta condición a la que la Ley somete a la sociedad, en los siguientes términos: «Que en caso de distribuir los excedentes, se haga el reparto proporcionalmente a la participación de cada asociado en las operaciones sociales.». Como igualmente ocurrió con la norma que la deroga y por lo que en la L42 no se encuentra el término del «retorno» recogido para identificar este concreto sistema de reparto, aunque sí se alude a su contenido, al menos, parcialmente a través del art. 20 L42 que reza: «Las cooperativas. de consumo, cuando vendan a precios corrientes en el mercado, destinarán el exceso de percepción a constituir los fondos de reserva y obras sociales en la forma establecida en el artículo 19 de esta Ley, pudiendo distribuir el resto entre los socios, proporcionalmente, a la cuantía del consumo realizado». El art. 75 R43, es el que por primera vez en nuestros textos legales usa directamente el término «retorno».

(recordemos que la verdadera profusión de los principios cooperativos entre los que se encuentra el retorno se hizo a partir del Congreso de Viena en 1966 por la ACI). Así las cosas, no entendemos que exista en el caso de la figura del dividendo en el siglo XXI alguna justificación que dé respuesta al silencio de nuestro legislador.

Por lo tanto, contamos con un sistema de distribución denominado dividendo, con gran arraigo en nuestro derecho de sociedades y que no se menciona aunque sí es posible y ajustado no sólo a derecho sino a la nueva vertiente de mutualidad que se describe desde el derecho comparado y se defiende y fomenta por la doctrina española y comparada⁸¹, esto es, la S.Coop sin mutualidad prevalente o lo que es lo mismo, la S.Coop. desmutualizada. Fenómeno éste, el de la desmutualización, que si se construye bien, no tiene que alzarse de frente o en oposición al cooperativismo que se promueve desde la ACI con sus principios. La desmutualización puede incardinarse en el objetivo mismo de la ACI, aunque bien es cierto que con nuevos instrumentos o instrumentos paralelos a los que ella declaró. Consideramos que sin duda el dividendo en las S.Coop. es uno de esos nuevos instrumentos que en ocasiones deben integrarse para la consecución, aunque sea de forma indirecta, de la ventaja mutualista⁸².

En todo caso, y retomando el tema del silencio legislativo en torno a esta figura y su régimen, y siguiendo las preocupaciones de la doctrina italiana, tampoco nada impide que en nuestra realidad práctica se reparta en una S.Coop. más dividendos que retornos. Igualmente no gozamos de un régimen que establezca una jerarquía u orden entre los socios cooperadores y los demás, aunque éstos últimos fueran por delante, que dicho sea de paso sería lo lógico que sucediera en ocasiones puesto que su vinculación con la sociedad se reduce a esa expectativa de participar en los resultados positivos.

Como ya sabemos, desde la normativa fiscal y contable se apunta que se descalificará a la S.Coop. como sociedad fiscalmente protegida «cuando los retornos sociales fueran acreditados a los socios en proporción distinta a las entregas o servicios realizados con la cooperativa o fuesen distribuidos a terceros no socios» (art. 13.6 L20/90), lo que conlleva a que la S.Coop. no disfrute más de las ventajas fiscales por su

⁸¹ *Vid.* la doctrina comparada y española citada *supra* b.1. *in fine*

⁸² Recordemos que este no es el caso en derecho alemán, el cual por su parte siempre ha reconocido y regulado la distribución de dividendos en las S.Coop. y sin embargo no al retorno (art. 19.1 GenG).

reconocimiento como S.Coop protegida. Creemos que lo que el legislador está diciendo no es sólo que no se realicen dividendos si se quiere optar a determinadas ventajas fiscales, porque entenderíamos que entonces ha utilizado una fórmula demasiado retórica para referirse a lo mismo. Lo que entendemos *lege-ferenda* que ahí lo que dispone el legislador es que no se realicen dividendos encubiertos a través de aparentes retornos. Recordemos que la norma fiscal está redactada casi una década antes que la norma reguladora de las S.Coop., que es como se sabe de 1999, lo que impide una adecuada coordinación entre ambas leyes. Pero entendemos que podría haberse redactado, con esa misma intención recogida por el vigente art. 13.6. 20/90, que por su parte trata de evitar el reparto de cantidades bajo sistemas capitalistas con la apariencia de retornos, otro párrafo que apuntase que: «no se pueden repartir retornos con base en resultados no cooperativos». Se trataría bajo nuestro punto de vista, de otra forma de ayudar a crear el marco jurídico regulador que entendemos que se evoca, esto es, el que intenta evitar la realización de dividendos encubiertos o abusar del uso de la realización de los retornos en los términos que se describen por la ACI.

La política jurídica del régimen creciente de figuras o sujetos que participan exclusivamente en la S.Coop. con un desembolso al capital radica en la importancia de la permanencia de la S.coop como empresa en el mercado⁸³. Y como bien es cierto que eso no siempre se puede conseguir con la sola realización de actividades con los socios cooperadores, surge la necesidad de que se recoja un reconocimiento expreso de la realización de operaciones con terceros (art. 4 LCoop.) por parte de nuestra norma, como ya se hizo en normas anteriores que eran sin embargo más conservadoras o mutualistas⁸⁴. Por otro lado, como ya hemos avanzado en distintas ocasiones existe cierta inseguridad jurídica en torno al régimen de los socios no cooperadores. A veces, el legislador se preocupa más de su mera existencia, como vía alternativa a la

⁸³ Considerando 6º Ex.Mot. LCoop.: «Era necesaria una Ley de Cooperativas que, reforzando los principios básicos del espíritu del cooperativismo, fuera un útil instrumento jurídico para hacer frente a los grandes desafíos económicos y empresariales que representa la entrada en la Unión Monetaria Europea ».

⁸⁴ Incluso nuestra primera Ley en materia de S.Coop. sin atender directamente a las operaciones con terceros con un precepto que asimismo lo indique en su rúbrica como hoy se establece en el art. 4LCoop., sí se preocupa de su clara diferenciación a través de algunos preceptos, es el caso del art. el art. 23, párr. 4º L.31 que reza: «Los Reglamentos podrán establecer límites para la cuantía de las cuotas y el volumen de las operaciones sociales en las cooperativas escolares, a fin de que éstas no se desnaturalicen ni sirvan de pretexto para combinaciones extrañas a su finalidad propia». Se recoge también en el art. 20 L.31 una serie de actividades que delimitan cuales son las actividades que sí que son consideradas como propias de la sociedad, por lo que se ocupa el legislador es de si bien no limitar sí al menos distinguir las actividades propias de las desarrolladas con los terceros.

realización de operaciones con terceros que siempre acarrea grandes restricciones para lograr una financiación que de establecer claramente su régimen, en el que p.e., debería insertarse con claridad el régimen de dividendos. Esta ausencia puede acarrear extraños resultados por la falta de su previsión en la norma, como sería proceder a un reparto de retornos cooperativos tras la obtención de unos resultados obtenidos por la intervención puramente pasiva y financiera de los socios capitalistas que lo único que pueden recibir son dividendos. Aunque repetimos, se trata de figuras necesarias y de gran importancia. Así, tanto la realización de operaciones con terceros, como la existencia de los socios inversores son parte del conjunto de instrumentos eficaces de financiación a la que nuestra actual S.Coop. recurre, y nunca criticamos su mera presencia sino, en éste último caso, su falta de régimen jurídico claro y detallado donde se refleje la forma de retribuirles los resultados. La participación en los resultados en un sentido estricto, capitalista y ó numérico de los mismos, es para éstos la finalidad principal, puesto que recordemos que en principio ellos no se ven implicados en el desarrollo de la actividad-cooperativa. Un supuesto aislado, desde las CCAA, en el que se aclara el régimen de los socios que no son cooperadores en conexión con la figura del retorno con el claro ánimo de no permitir que ésta se desvirtúe por su inadecuada aplicación lo constituye el art. 94.f LCC, el cual por su parte, se preocupa de esto en el precepto mencionado bajo la rúbrica: «Regulaciones especiales» y reza: «Los estatutos sociales de las cooperativas agrarias han de regular, además de lo exigido con carácter general en la presente Ley, los siguientes aspectos: [...] Los criterios para la acreditación a los socios de los retornos cooperativos en función de su actividad cooperativizada, teniendo en cuenta, a estos efectos, la posible existencia de socios cedentes del uso y el aprovechamiento de bienes, así como de socios trabajadores».

CONCLUSIONES:

Primera. *El origen del retorno.* El retorno ha estado presente siempre, no sólo como un sistema de distribución aplicable sino como un principio configurador de la S.Coop. Los Estatutos de Rochdale de 1844 son el verdadero inicio estructurado de la cooperación y es Alexander Campbell el primero, en 1822, en propugnar el sistema de remuneración de los asociados en función de su participación y no del desembolso de éstos al capital en las sociedades de consumo, sistema que más tarde se elevó a principio cooperativo. Es, sin embargo, a la actuación de Charles Howarth, a la que se debe su inserción en la Sociedad de Rochdale e incluso su descubrimiento por segunda vez. Pero con independencia de quien fuera el descubridor del original sistema de reparto de excedentes en una S.Coop., es unánime el reconocimiento que son los pioneros de Rochdale los que verdaderamente lo impulsan, como que la Alianza Cooperativa Internacional (organismo reconocido por la Organización de Naciones Unidas) lo mantiene vigente en sus sucesivas declaraciones de principios hasta el S. XXI. Así, se mantiene vivo dentro del movimiento que ésta desarrolla, esto es, el movimiento cooperativo, a través principalmente de sus congresos, siendo el Congreso de Viena de 1966 el que sin duda ha tenido mayor significación y expansión.

Segunda. *El principio del retorno Cooperativo según la Alianza Cooperativa Internacional.* La idea primigenia con la que se concibe a las S.Coop., primero desde Rochdale y luego en la ACI en relación a la facultad de repartir o no el resultado entre los socios cooperadores, se debe aclarar que, en todo caso, el sentido obligatorio del principio del retorno radicaba precisamente en su aspecto negativo, esto es: la prohibición de repartir el beneficio neto a prorrata del capital aportado. Con ello no queremos significar que no sea expresión de la singularidad de las S.Coop. y portador del espíritu del cooperativismo, de los pioneros de Rochdale y de la actual doctrina que se desprende de la ACI, sino que podemos perfectamente encontrarnos con supuestos prácticos que sean fieles a las recomendaciones de la ACI y que sin embargo no repartan retornos. Desde el punto de vista del instituto puramente como principio o dogma cooperativo, debe insistirse en que lo que de ahí siempre se ha de desprender es, precisamente, la negación del sistema capitalista de reparto de excedentes, es decir, nunca podrá consistir en una retribución con criterios de capital. Ahora bien, si se considera al retorno como mero mecanismo de distribución y no de principio informador, es obligatorio decir que estamos tan solo ante una forma y no la única de plasmar en la distribución la esencia de la cooperación.

Tercera. *La influencia de la Alianza Cooperativa internacional en el marco jurídico europeo.* La influencia de la ACI y sus principios son sin duda notables en el mundo entero. Desde un plano puramente jurídico-positivo esto puede comprobarse en el derecho nacional interno relativo a las S.Coop. de muchos países de la Comunidad Europea, como es el caso de Italia, Alemania, Francia, Inglaterra ó Portugal. La presencia de los principios de la ACI es constante en las leyes de los países arriba señalados. Ahora bien, el sistema que se ha adoptado para referirse a ellos es el de no recoger en un precepto los principios, salvo en el ordenamiento portugués, de tal manera que la mayoría de los ordenamientos europeos opta por someterse a los principios cooperativos exponiendo el contenido de éstos a lo largo de sus preceptos. A diferencia de la mayoría de los ordenamientos comparados, en el portugués se ha optado por el

sistema de reunir los principios e invocarlos a todos con carácter previo en un mismo precepto, sin perjuicio de su ulterior desarrollo singularizado a lo largo de su Ley. Especial atención requiere la normativa italiana, toda vez que pondera exclusivamente el principio de mutualidad y con base en este principio, nunca elevado a regla del cooperativismo por la ACI, instrumentaliza el espíritu cooperativo

Cuarta. Los caracteres de la mutualidad, en particular: la ausencia de ánimo de lucro. El principio de mutualidad nunca se recogió como fuente de la cooperación, ni entre las primeras reglas de los pioneros de Rochdale, ni en la actual redacción de los principios cooperativos ofrecida por la ACI, sin embargo es esencial la mutualidad en la cooperación. El caso del legislador italiano es diferente, puesto que éste, aunque no define tampoco la mutualidad, sí subraya su relevancia. Así, en la reforma del CCI en materia de S.Coop., sitúa a la mutualidad, al carácter mutualista o al fin mutualista en un lugar principal de la nueva normativa. Una vez más, el legislador, quizás por miedo a constreñir demasiado el concepto de mutualidad pudiendo por ello dejar fuera alguna de sus variadas manifestaciones, vuelve a optar por abstenerse de cualquier intento definitivo.

La doctrina ha venido delimitando la mutualidad a través del análisis de sus principales elementos o aspectos, como son: el sistema de reparto de los resultados obtenidos bajo el mecanismo de retorno cooperativo; la autogestión; la autoayuda; la doble condición de socio-usuario y el fin no lucrativo. Y es a la doctrina, especialmente a la italiana a la que se le debe el reconocimiento casi desde un inicio, de la existencia de una doble vertiente de la mutualidad. La mutualidad no sólo es reconocida en un plano puramente interno, es decir, S.Coop.-cooperadores, sino que también se reconoce la mutualidad en su vertiente externa. En este sentido se ha señalado que la mutualidad se caracteriza porque en su objetivo está de un lado la idea de proporcionar bienes, servicios y trabajo directamente a sus socios en condiciones más favorables que las de mercado (mutualidad interna) y de otro el procurar una «utilidad pública» u ofrecer ventajas a los no socios (mutualidad externa). De hecho el fin mutualista no es generalmente entendido como causa de la S.Coop. por la que se deba exigir que «toda» la actividad sea desarrollada con y para los socios, sino que dicha actividad sea ejercitada con éstos «de manera principal». En suma, es lo que la doctrina italiana denomina S. Coop. *spuria*. Lo que es coincidente con el termino más extendido en Europa de *demutualitation*, para nosotros, desmutualización.

La verdadera esencia de la mutualidad no es la mera prohibición de un fin lucrativo o especulativo de sus miembros o que tenga como única finalidad la de proporcionar un beneficio mutualista a sus socios, sino que aquella ha de ponerse al servicio de la cooperación en toda su dimensión, lo que implica la importancia del movimiento cooperativo, su desarrollo, reforzamiento y difusión, por lo que paradójicamente, la S.Coop. *spuria*, esa que no desarrolla prevalentemente su actividad con los cooperadores sino que por el contrario valiéndose de instrumentos como la cesión de bienes y servicios a terceros para reforzar la misma S.Coop., logra con mayor facilidad no sólo repercutir favorablemente en la S.Coop. en cuestión sino también en el movimiento cooperativo en general.

Debe precisarse que no se puede afirmar que el fin mutualista sea exactamente una alternativa a la finalidad lucrativa, puesto que el fin mutualista puede encerrar lucro. Lo realmente relevante es que el fin mutualista se concrete en la obtención de una

ventaja mutualista para los socios o ulteriormente para el público en general. Es pues principal que haya una estrecha relación entre el cooperativista y la S.Coop. en tanto que los socios están interesados en particular en el desarrollo de cierta actividad por la entidad. Entendemos por tanto que la finalidad lucrativa, o cualquier otra, pasa a un segundo plano de importancia y es precisamente ese interés de los socios por el desarrollo de una particular actividad lo que verdaderamente asienta los pilares de la mutualidad, o del fin mutualista del que todas las S.Coop. en alguna medida han de participar.

La inexistencia del ánimo de lucro como el sistema de retornos cooperativos pertenecen a un plano objetivo y económico de la idea de mutualidad, a diferencia de otras características de la mutualidad como: la de gestión de servicio, autogestión, autoayuda, y doble condición de socio y usuario, que pertenecen a un ámbito puramente subjetivo del contenido de la mutualidad.

Entendemos que la técnica legislativa por la que en muchas ocasiones, en particular en España, se ha optado por prohibir expresamente la persecución del lucro, obedece a un mecanismo radical para asegurarse la realización de un sistema mutualista. Entendemos que es la estructura la que debe ser mutualista y el fin ha de ser el que elijan sus socios. Ningún fin social concreto tiene especial relevancia en el sentido de que sea caracterizador o se deba prohibir en las S.Coop. La mención del lucro se hace en atención a que el ánimo de lucro resulta verdaderamente frecuente en el tráfico en el que concurren las S.Coop. Así pues lo que realmente ha de ser caracterizador de una S.Coop. no es el fin concreto que se persiga, que reiteramos que puede ser cualquiera, sino que el fin sea mutualista o comporte una ventaja al socio, la cual, como es lógico, variará en función de la clase de S.Coop. ante la que estemos, tema al que nos referiremos más adelante.

Quinta. *El retorno como ventaja mutualista.* A efectos de integrar el retorno cooperativo en las características de la mutualidad, se pueden hacer las siguientes afirmaciones: 1) El retorno constituye un modo de acreditar a los socios la ventaja mutualista de tipo indirecto o mediato, toda vez que su cálculo y ejecución pertenecen a un momento posterior al del intercambio mutualista entre sociedad y socio. Entendemos que el retorno cooperativo puede convivir con otras modalidades de acreditación de la ventaja mutualista incluso en ocasiones más sencillas, como el ahorro o la obtención de mejores condiciones laborales, ventajas mutualistas que son también posibles pero pertenecen a la clase «directa o inmediata» de ventaja mutualista. 2) El retorno es un mecanismo de distribución de los excedentes, ubicado por la doctrina dentro de la ventaja mutualista indirecta, lo que implica que sólo entenderemos que estamos ante él si las cantidades que se reparten están originadas única y exclusivamente por el desarrollo de una actividad social dentro del binomio Sociedad Cooperativa-Socio Cooperador, esto es, si se produce la realización de una actividad mutualista pura. 3) Se podría afirmar que el contenido básico del retorno está presidido por la idea de la ejecución, proporcional a la participación, del reparto de unos resultados entre los cooperadores debido a un saldo positivo, que resulta del desarrollo por éstos de una actividad considerada cooperativa, esto es, de la colaboración del socio con la sociedad en el desarrollo del objeto social de la misma. 4) El retorno es, así, concreción de la ventaja mutualista y ésta a su vez predica la existencia de un sistema mutualista. 5) Para considerar que una S.Coop. participa del sistema mutualista, como entendemos que siempre en mayor o menor medida ha de suceder, puesto que es la esencia del

cooperativismo frente al capitalismo, la ventaja mutualista ha de existir siempre *en abstracto* e intentar alcanzarse. El hecho de que finalmente no se alcancen retornos por los socios, no ha de ser indicador de la inexistencia de un sistema mutualista, sino más bien de un eventual fracaso empresarial o de la existencia de otra elección, por parte de los socios, en cuanto a la materialización de las ventajas que persiguen. 6) Es la mutualidad entonces presupuesto del retorno, pero éste no siempre es la única posibilidad u opción para la realización de un sistema mutualista, ya que éste no es más que uno de los indicadores de la mutualidad en la cooperación y no el único ni esencial. En todo caso, bien es cierto, que el retorno, para muchos, singulariza como ningún otro instituto la materialización de una S.Coop. con base mutualista.

La ventaja mutualista podrá consistir perfectamente p.e.: en la calidad de un producto, en la modalidad de desarrollo de una prestación de trabajo coordinándose con objetivos más generales tales como la tutela de los consumidores o la defensa o el incremento de los puestos de trabajo. El retorno, singular mecanismo por el que se prorratea el resultado en proporción a la actividad cooperativizadora del socio, se encuentra comprendido en el concepto de ventaja mutualista. Podría equipararse a un dividendo en cuanto que ambos son mecanismos de reparto de cantidades resultantes, e incluso porque ambos institutos se vienen considerando más una posibilidad que un verdadero derecho inderogable del socio. La figura del retorno es una ventaja (mutualista-económica) proporcional al esfuerzo de los cooperadores, dejando en todo caso en un segundo plano el hecho de que lo que así se reparta entre ellos sea mucho, poco o fuese la misma causa que motivó al socio su integración en la sociedad.

La ventaja mutualista es la ventaja que resulta de las operaciones de la S.Coop. con sus socios evitando en el desarrollo de las mismas la intervención de intermediarios financieros a través de la asunción de la gestión de la empresa por parte de los consumidores, usuarios o en su caso trabajadores. En conclusión, la ventaja mutualista se alcanza a través de la aplicación de un sistema puro de mutualidad, lo que no significa que dentro de una S.Coop. no se pueda dar la otra vertiente de la mutualidad, o sea, la impura. Ambas facetas de la mutualidad han de perseguir el mismo fin genérico y abstracto mutualista. Lo que la diferencia es el uso de diversos instrumentos para alcanzar dicho fin, si bien debe advertirse que sólo la mutualidad pura es capaz de generar ventaja mutualista en sentido estricto. Una actividad social en la que intervengan en exceso los terceros, extremo éste posible, no podrá producir ventaja mutualista. Otra cosa es que la finalidad de lo que en todo caso se obtenga deberá siempre favorecer a los socios y al movimiento cooperativo, extremos éstos que conforman de manera genérica también el fin mutualista de una S.Coop. en un sentido general o como la doctrina italiana se refiere, con una finalidad de *publica utilità*.

Sexta. La mutualidad y la desmutualización en Europa. En los ordenamientos europeos es una constante la vinculación que se establece entre el tipo cooperativo y su necesario carácter mutualista, aunque también lo es la ausencia de todo intento jurídico-positivo por establecer un concepto de mutualidad, de lo que el ordenamiento español no es una excepción. Por su parte, el estudio de la mutualidad en el derecho alemán ofrece características propias. Contrariamente a lo que sucede en otros ordenamientos europeos que señalan, aunque sin una clara definición, la importancia de la mutualidad en las S.Coop., el legislador alemán ha optado por independizarlo de ésta y configurar a la S.Coop. como un tipo societario abierto orientado a la cobertura de las necesidades de sus miembros.

Son dos los aspectos que principalmente ponen de manifiesto la desmutualización cooperativa. Uno de ellos se gesta en «los procesos de concentración empresarial», y otro se encuentra en el «estímulo de los fondos propios» de las S.Coop. a través de los recursos aportados por socios inversores o capitalistas y, en todo caso, en recursos aportados por socios no-cooperadores o no-usuarios. Ambas formas de expansión buscan facilitar el crecimiento cooperativo y su acceso a los mercados de capitales, pero resulta difícil realizar dichos objetivos manteniendo sus características tipológicas tradicionales.

La moderna doctrina italiana concibe la mutualidad atendiendo a sus dos vertientes, esto es, la mutualidad no sólo es reconocida en un plano puramente interno, es decir, en la relación S.Coop.-cooperadores, sino también se reconoce la mutualidad en su vertiente externa. Así, se ha señalado que la mutualidad se caracteriza porque en su objetivo está de un lado la idea de proporcionar bienes, servicios y trabajo directamente a sus socios en condiciones más favorables que las de mercado (mutualidad interna) y de otro procurar un beneficio al mercado en general (*publica utilità*) u ofrecer ventajas a los no socios (mutualidad externa).

Podemos afirmar que la verdadera esencia de la mutualidad no es la mera prohibición de un fin lucrativo, sino lo importante es que el resultado obtenido por la S.Coop. se ponga al servicio de la cooperación. Es decir, lo relevante es el movimiento cooperativo, su desarrollo, reforzamiento y difusión, por lo que, paradójicamente, la cooperativa *spuria*, ésta que se vale de instrumentos ajenos a la S.Coop. como es el beneficiar también a los terceros con el eventual resultado, podría, incluso de forma más eficaz, cumplir con esa finalidad superior de fomento de cooperativismo.

En el ámbito del derecho comunitario, la desmutualización se hace presente en la SCE porque a pesar de que la Unión Europea pretenda con el nuevo tipo societario (SCE) la concentración de capitales de distintos países miembros para el desarrollo de actividades-cooperativas-transfronterizas mediante la regulación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea y se favorezca así la cooperación-transnacional entre personas físicas o jurídicas de distintos Estados miembros de la UE (art. 2, RSCE), se ha mantenido la línea de la mayoría de las legislaciones nacionales europeas en cuanto a que ofrece la posibilidad de que existan inversores externos (socios capitalistas) que aportan recursos sin participar en la actividad-cooperativa (art. 14.1, RSCE), aunque bien es cierto que limitando su poder de decisión como máximo al 25 por ciento de los votos totales (art. 59.3, RSCE). El retorno en el derecho comunitario pues, convive con otras formas de acreditación de la ventaja mutualística e incluso con otro sistema, esto es, el reparto a los socios inversores de auténticos dividendos (art. 14 RSCE).

Séptima. *El modelo de Sociedad Cooperativa abierta que se elabora en la L. 27/1999, de 16 de julio, de Sociedades Cooperativas.* La fiel persecución de los principios de la ACI, en los que se incluye el principio del retorno cooperativo, y la dificultad o imposibilidad de alejarse de los cauces que estos describen, indican la existencia de un modelo mutualista cerrado. Nuestra norma vigente estatal (LCoop.) aproxima el tipo cooperativo a las sociedades mercantiles tradicionales o, lo que es lo mismo, las aleja del sistema mutualista al menos entendido éste desde su concepción más estrecha o tradicional. Ante este modelo cooperativo tendente a la apertura al mercado, la principal crítica que puede hacerse radica en la mala técnica legislativa utilizada, toda vez que el

legislador se ha despreocupado de la correcta regulación de algunos institutos, como el retorno, para el cual no se ha logrado en absoluto una aplicación eficiente.

En este sentido, no criticamos en modo alguno la apertura que la LCoop. trajo al modelo en su día, es más, siguiendo a la doctrina mayoritaria italiana, entendemos que estamos, más que en un proceso de alejamiento de la mutualidad, en un reconocimiento de la vertiente externa de ésta. Creemos por ello, igualmente, que el desarrollo de una mutualidad externa o lo que es lo mismo, la realización de una S.Coop. como instrumento al servicio del interés general y fomento del cooperativismo, es necesaria y se ajusta plenamente al mandato constitucional español, como en su caso sucede, como ya apuntamos, en el ordenamiento italiano. Sin embargo, el fomento de una mutualidad externa no justifica la vulneración del sistema del retorno ni de ningún otro instituto que tradicionalmente se haya ubicado en el modelo cerrado. Entendemos que en España queda vulnerado el concepto del retorno ya que se alude al sistema de retorno-cooperativo cuando a lo que verdaderamente está refiriéndose el legislador es a la realización de dividendos. Hacemos hincapié que la crítica en modo alguno versa sobre la sola posibilidad de que existan dividendos en el seno de la S.Coop., sino que en la Ley vigente, en el ámbito estatal español, se confunden ambos institutos, esto es, el retorno y el dividendo. Dicho de otro modo, que los socios cooperadores reciban cantidades derivadas de actividades en las que no participaron activamente no es el objeto de lo que censuramos, sino que se diga que de tales resultados se puedan repartir retornos, que como sabemos requiere para su cálculo, única y exclusivamente, el análisis o cálculo del grado de participación de los cooperadores con la S.Coop., y claro está que si éstos no intervinieron no hay modo de obtener el resultado o cifra que se ha de distribuir en retornos.

Si entendemos que el retorno es aquel concreto exceso que el socio pagó de más, o la ventaja económica por la no intervención de intermediarios financieros, en definitiva, cantidades que se deben a los socios y que se devuelven atendiendo al grado de su intervención en la actividad, qué duda cabe que en las actividades extracooperativas o extraordinarias no hay nada que retornar al socio, sencillamente porque no intervino

En la anterior redacción de la L. 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas no existía este problema, porque no existía la posibilidad de repartir cantidad alguna entre los socios cuando los resultados no eran cooperativos. Ahora el problema no radica en el dato de que con la L. 27/1999 de 16 de julio, de S.Coop. coexistan dos sistemas de distribución, -retorno y dividendo-, sino que éstos se encuentran desdibujados y confundidos entre si. En este sentido, el vigente art. 58.3 L.Coop. señala que: «Los excedentes y beneficios extracooperativos y extraordinarios disponibles, una vez satisfechos los impuestos exigibles, se aplicarán, conforme establezcan los Estatutos o acuerde la Asamblea General en cada ejercicio a retorno cooperativo a los socios, a dotación a fondos de reserva voluntarios con carácter irrepartible o repartible, o a incrementar los fondos obligatorios que se contemplan en los artículos 55 y 56 de esta Ley», por lo que la idea de que «a través del retorno la cooperativa mantiene intacta su condición de sociedad no lucrativa» ya no se puede predicar para la legislación actual, por la progresiva desnaturalización de la figura y por la expresa prohibición de que en las S.Coop. calificadas como no-lucrativas se distribuyan retornos, prohibición que no

nos ha de sorprender, ya que no distingue el legislador los mecanismos de reparto si son a través de retornos o dividendos, lo que entendemos que ratifica nuestra postura

El retorno desde un origen ha sido una clara muestra de la base mutualista de los modelos cooperativos. El retorno, expresión de la ventaja mutualista, ayuda a sintetizar ex–lege el espíritu de los principios de la ACI, de los que nos valemos para entender que estamos ante un modelo normativo mutualista, su coexistencia con el dividendo es posible, incluso en lo que entendemos que se trata de un modelo normativo de base mutualista. Esa convivencia es fiel indicador de la apertura de su base mutualista, o de la aparición del modelo normativo cooperativo mutualista abierto. El modelo mutualista abierto implica sucintamente, la posibilidad de atenuar la estrecha observancia de las reglas del cooperativismo a través de la distribución de dividendos, la actuación con terceros, la participación de los socios no cooperadores de manera elevada o constante y en todo caso, por encima de los límites dispositivos que fija la Ley, sin alzarse por ello, en una finalidad en sí misma, sino en un instrumento para lograr la pretensión de permanencia de la que participa la S.Coop como empresa, pero observando siempre su finalidad de servicio al público en general.

Para que el retorno no quede desvirtuado, es importante que, o bien se separen los resultados cooperativos (los obtenidos por el desarrollo del objeto social entre la S.Coop y los socios cooperadores, que son los únicos susceptibles de repartirse por retorno) del resto de resultados (ajenos al desarrollo del objeto social, o con participación de socios capitalistas o terceros), o bien, las operaciones realizadas con meros socios inversores y terceros no sean nunca objeto de reparto y vayan a parar a alguno de los fondos de los que disponga la S.Coop.. La necesidad de la separación de resultados se justifica precisamente porque si el retorno es proyección de un modelo mutualista, principio o regla del cooperativismo de la ACI, el cual obedece a un sistema de retribución del trabajo y no del capital, si concurren cooperadores con otros sujetos, ya sean terceros o socios capitalistas, es importante atender al tratamiento que reciben dichas cantidades tras el ejercicio anual para conocer si se respeta el retorno o no, lo que de manera general respetan la totalidad de los ordenamientos que acogen la figura.

Es lógicamente incompatible la realización de retornos en un modelo no mutualista, como sucede en el caso alemán, dónde no se distinguen los resultados cooperativos de los extra-cooperativos, dónde no hay un límite en la realización de operaciones de la S.Coop. con terceros, y dónde los dividendos son el mecanismo de distribución que propone el legislador, y es así como lo recoge el legislador alemán.

Octava. Los modelos normativos en el derecho comparado y comunitario. El panorama jurídico positivo comparado y comunitario queda dividido en dos grandes bloques, por un lado, los ordenamientos con base mutualista, esto es, Italia, Francia, Portugal, Inglaterra y la Comunidad Europea y por otro lado, el ordenamiento sin base mutualista: Alemania. A su vez, en la lista de ordenamientos que conforman el bloque mutualista, encontramos, por un lado, los que permiten la creación de dos sub-modelos, el modelo mutualista cerrado y el modelo mutualista abierto, donde se encuentran los ordenamientos italiano, francés y comunitario y por otro lado los ordenamientos que únicamente admiten una mutualidad pura o el modelo normativo cooperativo cerrado, que son Portugal e Inglaterra.

En razón al sistema de distribución de resultados entre los socios, encontramos también diferencias en función del ordenamiento ante el que estemos. En primer lugar, Alemania, como sabemos, no alude en su GenG. al retorno, y el legislador apunta sólo el reparto a través de dividendos. En segundo lugar, Inglaterra y Portugal no dan cabida en sus respectivas normas (IPSA y C.Coop.) al reparto a través de dividendos, por lo que es el retorno la única forma posible descrita por el legislador. Y, en tercer lugar, Italia en su CCI y la Comunidad Europea, a través del RSCE, permiten que ambas figuras se den simultáneamente.

En relación a las diversas modalidades de organizar el régimen económico de la S.Coop. en atención al sistema escogido para ejecutarlo, debemos precisar que todas ellas son consecuencias lógicas del modelo adoptado. Así en un modelo no mutualista se da únicamente la distribución de dividendos. En los ordenamientos que no permiten la subdivisión en atención a una mutualidad más o menos pura, sino que por lo contrario, sólo reconocen la cooperación desde un plano tradicional o interno, donde sólo tiene cabida un modelo, y este es, el mutualista cerrado, tampoco ha de extrañarnos que consideren que los dividendos y los retornos son mecanismos que se excluyen, y a su vez, opten por éste último. En relación a los ordenamientos que admiten los dos sistemas de reparto, entendemos que tal opción se adecua y se encuentra en consonancia con el acogimiento, que igualmente tienen en sus normas, de los dos sub-modelos mutualistas, el abierto y el cerrado.

Los ordenamientos italiano y comunitario, que permiten tanto la mutualidad abierta como cerrada de sus modelos, admiten, igualmente, con lógica, la coexistencia de los retornos y de los dividendos. Sin embargo, ambos ordenamientos, adolecen, en todo caso, de una efectiva correlación entre los institutos cuando efectivamente concurren en la distribución. Carecen ambas leyes de normas que se preocupen de que cuando dicha situación se dé, quede salvaguardada la primacía del retorno sobre el dividendo.

Novena. *Los modelos normativos en la trayectoria legislativa estatal española.* Es cierto que desde nuestra más temprana legislación en materia de S.Coop. se han observado elementos que hoy conforman el conjunto de figuras que propugnan un modelo abierto. Pero el motivo de la apertura del modelo hasta la actualidad antes de la legislación vigente no era otro que la mala técnica legislativa y no la verdadera intención del legislador de crear un elenco de normas relativas a una S.Coop. abierta. Por ello todas aquellas normas «aperturistas» por separado, presentes en cada una de las leyes de S.Coop., no tuvieron, bajo nuestro punto de vista, fuerza suficiente para lograr por sí solas un verdadero modelo abierto. Sin embargo, todas ellas de forma conjunta y atemporal constituyen el precedente de lo que en la actualidad se ha llegado con toda certeza a establecer: el modelo normativo cooperativo mutualista abierto.

Décima. *Los modelos normativos en el derecho de las CCAA.* Tanto en la Comunidad Autónoma vasca como en la catalana se produce, como sucede en la legislación estatal, un «falso retorno» lo cual sin embargo no sucede ni en la Comunidad Autónoma andaluza ni en la valenciana, como igualmente tampoco sucedió en la derogada L.87. De este modo podemos comprobar que la desvirtuación del retorno cooperativo no es pues un error aislado de la legislación de S.Coop. estatal, sino que, desafortunadamente, se contempla y difunde en términos similares en nuestro derecho autonómico vigente que regula el tipo.

Undécima. La contabilidad separada como presupuesto ineludible para la ejecución de los retornos. Hasta la redacción del art. 83.2 de la derogada Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, el legislador español no había recogido en los textos precedentes la posibilidad de contabilizar por separado los resultados. En todo caso, las leyes anteriores a 1987 eran leyes que proponían una S.Coop. mutualista muy cerrada por lo que la exigencia de una contabilidad separada se hacía innecesaria. La opción del legislador por establecer un régimen de contabilización separada surge en la vigente LCoop. pero es un régimen en todo caso facultativo, lo que finalmente se torna en instrumento que colabora en la progresiva desvirtuación del instituto del retorno.

El paso adelante que en suma implicaría que nuestro derecho positivo al respecto abogue por la exigencia de una contabilización separada creemos que se reduce a la correcta configuración de la figura del retorno. Así, la obligación de distinguir contablemente los resultados que la sociedad obtenga únicamente con los socios cooperadores como consecuencia del desarrollo del objeto social de los que no, es importante si tras ella se procede al reparto de retornos, puesto que si éstos sólo pueden ser repartidos en atención a la actividad mutualista, esto es, a la desarrollada dentro del binomio S.Coop.-socio cooperador en el desarrollo del objeto social, lo que con ello se va a conseguir es la aplicación exacta en términos de la ACI y del derecho positivo europeo, del sistema del retorno. Así, con la contabilidad separada no sólo se produce un verdadero retorno por la imposibilidad de incluir en el reparto de éstas cantidades que resulten de las operaciones desarrolladas fuera de la relación «cooperativa-cooperador» sino que, igualmente, se distinguen con mayor nitidez los dos posibles sistemas de reparto: el dividendo y el retorno. La práctica de la contabilidad separada en las S.Coop. que tienen resultados de diversa naturaleza, no es por tanto un presupuesto legal más sino el mecanismo a través del cual se construye una forma de reparto de resultados que respeta el concepto del principio del retorno cooperativo.

Duodécima. El derecho al retorno cooperativo. La distribución del retorno presupone la necesaria presencia de un avance activo de la gestión, esto es, se requiere la existencia de un resultado positivo, considerándose por la doctrina mayoritaria que es contrario a toda lógica jurídica y económica cualquier distribución entre los socios no sólo del retorno sino de cualquier ventaja mutualista ante un resultado contable negativo

Lo que está claro hasta el momento es que el retorno, en el ordenamiento español vigente, sigue la línea de las anteriores leyes de S.Coop., en tanto que no está configurado como un derecho inderogable del socio. Así pues, concluimos que el retorno cooperativo no es considerado por regla general ni en el derecho comparado ni en nuestro derecho autonómico y estatal, un derecho inderogable del socio. Aunque en la AG descansa la última decisión, sea la que fuere, siempre se deberá ésta someter a la soberanía de la Ley, los Estatutos y el Interés general. La excepción la conforman por un lado el ordenamiento francés y de otro la Ley 2/1998, de 26 de marzo de Sociedades Cooperativas de Extremadura (LCE). El legislador francés no hace descansar en la AG la decisión de repartir ni de cómo repartir en el caso de que existan cantidades de la cuenta de los resultados cooperativos. Se puede entender que el ordenamiento francés concibe el retorno como un derecho de los socios, claramente delimitado en la Ley y que no es discutible en AG. Igualmente entendemos que sí se puede hablar de un derecho inderogable en nuestro derecho autonómico, más concretamente a la Ley extremeña, ya que su art.62.2 LCE dice que el setenta por ciento de los excedentes por

operaciones con socios se destina a retorno cooperativo y el treinta por ciento restante a los fondos irrepartibles de reserva obligatorio y de educación y promoción, a no ser que el fondo de reserva obligatorio no haya alcanzado el 50% de la cifra del capital social, en cuyo caso los excedentes así percibidos irán a parar a él íntegramente. El legislador autonómico a través de este precepto entendemos que no deja descansar en el órgano de la AG la última decisión sobre su reparto. Se trata así el retorno de un derecho inderogable del socio, configurado como un derecho independiente a los acuerdos asamblearios.

Decimotercera. *Diferencias entre el retorno y el dividendo.* El hecho es que las características de no distribuir bajo los criterios del capital y someterse a los principios de equidad y de proporcionalidad han sido entendidos por una gran parte de la doctrina como rasgo esencial de la figura del retorno, y, por tanto, ulteriormente, como aspecto que singulariza la naturaleza del retorno frente al dividendo. En todo caso, son múltiples las diferencias que encontramos entre el retorno y el dividendo. Efectivamente, se trata de dos figuras que se alzan en institutos típicos de sociedades originariamente opuestas y que ponen de manifiesto las dos distintas estructuras en las que descansan, esto es, la mutualista y la capitalista. Sin embargo, la posible polivalencia funcional de los tipos societarios hace que ni ambos institutos ni sus regímenes traigan detrás siempre sistemas enfrentados entre sí. No hay duda que el dividendo ayuda a la especulación y por su parte, el retorno es idóneo para retomar la importancia de la valoración del trabajo, por lo que la política de aplicación del retorno no debe descansar en una idea de atracción de sus futuros miembros con independencia del trabajo, ya que quedaría desvirtuada su función de gratificar el rendimiento y el esfuerzo de quien lo realice y en definitiva, su justificación como instituto diferente o singular frente al dividendo.

En todo caso, entendemos que es insuficiente indicar sin más que la verdadera diferencia entre el retorno y el dividendo radica en el mero mecanismo que se usa en cada caso, porque se pueden dar, con base en la autonomía estatutaria, otras modalidades de reparto en las que su sistema de ejecución sea coincidente incluso con un retorno sin ser verdaderamente un retorno, al menos en un sentido estricto, precisamente, por no participar de un origen o naturaleza mutual.

Decimocuarta. *La actividad cooperativa como base del cálculo del retorno.* El instrumento que sirve de base para la construcción dogmática y la efectiva acreditación del retorno cooperativo, esto es, la participación en la actividad cooperativizada, es un derecho y una obligación inderogables para los socios cooperadores según nuestro derecho positivo vigente estatal y autonómico en materia de S.Coop. Ahora bien, es cierto que existen socios cuyo régimen jurídico les permite no participar en la actividad cooperativa, pero se trata de socios que en todo caso tienen una presencia limitada en las S.Coop. Para la consideración del retorno cooperativo no ha de servir sin más el análisis de las actividades cooperativas del socio cooperador con la S.Coop., (entendido éste como socio no meramente capitalista o inversor) sino que entendemos que debemos comprobar que dentro de los que pueden ser socios, no se incluyan a aquellos que a lo largo de la vida de la S.Coop. vean reducida su vinculación con la S.Coop., por la razón que sea, a una aportación económica, como es el caso de los ya reiteradamente mencionados socios colaboradores (art. 14 LCoop.)

Decimoquinta. *Las deficiencias de nuestro derecho por la falta de un régimen diferenciado entre los socios cooperadores de los no cooperadores y de los sistemas de retorno cooperativo y dividendo.* La inexistencia de un régimen claro para las dos clases de socios que pueden existir en las S.Coop., socios cooperadores y socios capitalistas, genera en ocasiones inseguridad jurídica. Sólo los socios que tengan la consideración de socios cooperadores, -con independencia de las distintas clasificaciones y diversa terminología que estos pueden recibir en la a su vez larga lista de clases de S.Coop -, y por tanto desarrollen activamente la actividad de la S.Coop., pueden recibir retornos.

Del mismo modo que entendemos que deben excluirse de cualquier reparto de retornos a los socios que no tengan la consideración de socios cooperadores, entendemos que tampoco éstos deberán percibir retorno alguno, aunque sí dividendo, si las cantidades que se reparten no son fruto de esa «participación activa» del socio antes mencionada, o en suma no son consideradas parte del resultado cooperativo obtenido con los socios cooperadores.

La doctrina italiana critica el hecho de que no se establezca por parte del legislador la exigencia de que siempre se proceda a repartir un mayor porcentaje de retornos que de dividendos en sede de una S.Coop. siempre mutualista aunque abierta. Ese debate no es el nuestro todavía, puesto que aquí antes se debe exigir que se reconozca y regule con precisión la misma figura del dividendo desde el régimen de las S.Coop. a la que tan siquiera se alude directamente

Conocemos el sistema de distribución denominado dividendo que tiene gran arraigo en nuestro derecho de sociedades y que sin embargo no se menciona en nuestro derecho positivo en materia de S.Coop.. Aun así, los dividendos son posibles y se ajustan no sólo a derecho sino a la nueva vertiente de mutualidad que se describe desde el derecho comparado y se defiende y fomenta por la doctrina española y comparada, esto es, la S.Coop sin mutualidad prevalente o lo que es lo mismo, la S.Coop. desmutualizada que coincide con el modelo normativo mutualista abierto.

ANEXO I.: CUADRO COMPARATIVO DEL REGIMEN JURIDICO REGULADOR DEL RETORNO COOPERATIVO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS¹

**LEY DE SOCIEDADES COOPE -
RATIVAS DE LA COMUNIDAD
AUTÓNOMA**

**PRECEPTO REGULADOR DEL
RETORNO COOPERATIVO**

<p>§ Ley 2/ 1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativa Andaluzas (BOE núm. 107, de 5 de mayo).</p>	<p>Artículo 91. 1º y 4º Aplicación de los excedentes. 1º. El destino de los excedentes o resultados cooperativos se acordará por la Asamblea General al cierre de cada ejercicio, con arreglo a las previsiones de este artículo. 4º. Los excedentes que resulten tras la dotación de los fondos anteriores, una vez satisfechos los impuestos exigibles, se aplicarán a retornos cooperativos, que se acreditarán a los socios en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas para la cooperativa.</p>
<p>§ Ley 9/1998, de 22 de diciembre de Sociedades Cooperativas de Aragón (BOA núm. 151, de 31 de diciembre).</p>	<p>Art. 58. 2º Distribución de excedentes e imputación de pérdidas. 2º. El resto se aplicará al Fondo de Reserva Voluntario a que se refiere el artículo 60 de esta Ley o bien a retornos cooperativos, los cuales se distribuirán entre los socios en proporción a su participación en las operaciones, servicios o actividades cooperativizados, sin que en ningún caso</p>

¹ En función del estilo en la redacción se puede ya conocer, a través del artículo que recoge el retorno cooperativo, si se trata de una S.Coop. que reparte con los retornos resultados que nos son cooperativos, como es el caso de nuestra norma estatal o de la Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León

En cualquier caso las normas se suceden con redacciones a veces exactas y otras parecidas, lo que no siempre implica un mismo significa.. Es frecuente encontramos recogido el retorno bajo genérica rúbrica de: **Distribución de excedentes**. Esta opción legislativa puede inducir a error, puesto que sin duda puede parecer que alude sólo a la distribución de los resultados cuando éstos son cooperativos, por utilizar el término excedente y no el de beneficios, como es el caso de La Rioja, ya que en esta Comunidad el reparto que se hace a través de los retornos se está refiriendo también al caso en que lo resultados no sean cooperativos (*vid.* art. 72. b.c L4/2001 de Sociedades Cooperativas de la Rioja). Bajo la misma rubrica - de excedentes- engloba también la Comunidad Balear por su parte el reparto de los resultados tanto sean resultados cooperativos o auténticos beneficios en sentido estricto, pero, sin embargo, en este caso su trato simultaneo no va a significar que se permita el reparto de los retornos cuando se refiera a los resultados no cooperativos (*vid.* art., 80.2 Ley 1/2003, de 20 de marzo, de Cooperativas de las Islas Baleares)

	se puedan repartir en función de las aportaciones de los socios al capital.
§ Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León (BOE núm. 116, de 15 de mayo).	Art. 74. 3º y 4º. Aplicación de los excedentes. 3º. Los excedentes y beneficios extracooperativos y extraordinarios disponibles, una vez satisfechos los impuestos exigibles, se aplicarán, conforme establezcan los Estatutos o acuerde la Asamblea general en cada ejercicio, a retorno cooperativo a los socios, a dotación a Fondos de Reserva Voluntarios con carácter irrepartible o repartible, o a incrementar los fondos obligatorios que se contemplan en los artículos 71 y 72 de esta Ley. 4º El retorno cooperativo se acreditará a los socios en proporción a las actividades cooperativizadas realizadas por cada socio con la cooperativa. Los Estatutos o, en su defecto, la Asamblea general, por más de la mitad de los votos válidamente expresados, fijarán la forma de hacer efectivo el retorno cooperativo acreditado a cada socio.
§ Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha (BOE núm. 301, de 17 de diciembre).	Art. 68. 4º y 5º Aplicación de los excedentes. El retorno cooperativo. 4º. Los excedentes y los resultados de las operaciones realizadas con terceros no socios, una vez satisfechos los impuestos exigibles, y dotados los fondos obligatorios, se aplicarán, conforme establezcan los Estatutos o acuerde la Asamblea General en cada ejercicio, a retorno cooperativo a los socios, a dotación a fondos de reserva voluntarios, al Fondo de Reembolso, o a incrementar los fondos obligatorios que se contemplan en los artículos 70 y 71 de esta Ley. No obstante, los beneficios extraordinarios disponibles se destinarán necesariamente a la dotación de un fondo de reserva voluntario o, en su caso, al Fondo de Reembolso. 5º. El retorno cooperativo es la parte del excedente disponible que la Asamblea General acuerde repartir entre los socios, que se acreditará a los mismos en proporción a las operaciones, servicios o actividades

	realizadas por cada socio con la cooperativa, sin que en ningún caso pueda acreditarse en función de las aportaciones al capital social.
<p>§ Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de Cataluña (BOE núm. 179, de 27 de julio).</p>	<p>Art. 66. apdos. 3a y 4: Aplicación de los excedentes</p> <p>3. Los excedentes cooperativos y los beneficios extracooperativos disponibles, una vez satisfechos los impuestos exigibles, han de aplicarse, de conformidad con lo que establezcan los estatutos o acuerde la asamblea general ordinaria, de la siguiente forma: a) Al retorno cooperativo de los socios, que puede incorporarse al capital social con el incremento correspondiente a la parte de cada uno o puede satisfacerse directamente a esta persona después de la aprobación del balance del ejercicio. Sin embargo, la asamblea general puede autorizar el pago de retornos cooperativos a cuenta, a propuesta del consejo rector y previo informe favorable de la intervención de cuentas o, si procede, de la auditoría. 4. El retorno cooperativo debe acreditarse a cada socio o socia en proporción a las operaciones, los servicios o las actividades que cada uno haya realizado con la cooperativa, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 27.c).octavo.</p>
<p>§ Ley 4/1999, de 30 de marzo de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 87, de 14 de abril).</p>	<p>Art. 60. 2º Distribución de beneficios y excedentes. El retorno cooperativo. Los excedentes procedentes de las operaciones con los socios serán disponibles y se destinaran (...) e) A su distribución entre los socios en concepto de retorno de forma igualitaria., mixta o en proporción a alas operaciones realizadas por cada uno con la Cooperativa en el citado ejercicio; y en su caso, a la participación de los trabajadores asalariados.</p>
<p>§ Ley 2/1998 de 26 de marzo de Sociedades Cooperativas de Extremadura (DOE núm. 49, de 2 de mayo).</p>	<p>Art. 62.2º. Aplicación de excedentes. Los excedentes disponibles se aplicarán al retorno cooperativo, que será acreditativo en proporción a las operaciones, servicios o actividades que cada socio haya realizado en la sociedad</p>

	cooperativa (...).
§ Ley 5/1998, de 18 de diciembre de Cooperativas de Galicia (DOG núm. 251, de 30 de diciembre).	Art. 67.2º Distribución de los excedentes netos. El retorno cooperativo. El retorno cooperativo es la parte del excedente disponible que la asamblea general acuerde repartir entre los socios, que se acreditará a los mismos en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada socio con la cooperativa, sin que en ningún caso pueda acreditarse en función de las aportaciones al capital social.
§ Ley 1/2003, de 20 de marzo, de Cooperativas de las Islas Baleares (BOE núm. 91, de 16 de abril).	Art. 80.1. Aplicación de los excedentes El resultado económico procedente de las operaciones con los socios después de haber deducido las pérdidas de cualquier naturaleza de ejercicios anteriores y antes de considerar el impuesto de sociedades, constituye el excedente cooperativo y se destinará, al menos, el 20 % al fondo de reserva obligatorio, el 5 % al fondo de educación y promoción y el 10 %, si existe, al fondo de reserva para retorno de aportaciones.
§ Decreto 785/1984, de 7 de diciembre, sobre organización del Registro Regional de Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC núm. 131, de 14 de diciembre).	
§ Ley 4/2001 de 2 de julio, de Cooperativas de la Rioja (BOR núm. 82, de 10 de julio).	Artículo 72.1º a) y 2º Distribución de los excedentes. El retorno cooperativo. 1º a) El resto, salvo disposición estatutaria en contrario, estará a disposición de la Asamblea General, que podrá destinarlo a retorno cooperativo a los socios, a la dotación de fondos de reserva voluntarios de carácter repartible o irrepartible en todo o en parte, al incremento de los fondos obligatorios o a la participación de los trabajadores asalariados en los resultados de la cooperativa. 2º. El retorno cooperativo es la parte del excedente disponible que la Asamblea General acuerde repartir entre los socios, que se imputará a los mismos en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada socio a la cooperativa, sin que en ningún caso pueda acreditarse en función de las

	<p>aportaciones al capital social. El retorno se hará efectivo en la forma que estatutariamente se determine, o en su defecto, según acuerdo adoptado por la Asamblea General.</p>
<p>§ Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra (BOE núm. 4, de 4 de enero de 2007).</p>	<p>Artículo 52. 1º y 3º Aplicación de los excedentes netos disponibles. 1º. Los excedentes disponibles, una vez dotados los fondos obligatorios, podrán ser aplicados a retornos cooperativos y, en su caso, a la participación en los resultados por los trabajadores asalariados de la cooperativa, así como a la constitución del Fondo de Reserva Voluntario de conformidad con lo acordado en cada ejercicio por la Asamblea General, quien determinará su carácter de repartible o no, si tal circunstancia no consta en las normas estatutarias de la entidad. 3º. El retorno cooperativo, que se distribuirá una vez aprobado el ejercicio, se acreditará a los socios en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizados por cada socio en la cooperativa. El retorno cooperativo en ningún caso se devengará en proporción a la participación en la cifra de capital social. 4º. La distribución del fondo de reserva por subvenciones previsto en el artículo 45.12 de esta Ley Foral y la distribución de reservas de libre disposición, se acreditará a los socios en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizados por cada socio en la cooperativa. El periodo de actividad considerado a estos efectos coincidirá con el periodo en el que se hayan generado estas reservas, sin que el plazo sea superior a diez años. La distribución de estas reservas tendrá la consideración a todos los efectos de retorno cooperativo.</p>
<p>§ Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia (BORM núm. 282, de 7 de diciembre).</p>	<p>Artículo 80. 3º y 4º. Aplicación de los excedentes. 3º. Los excedentes y beneficios extracooperativos disponibles, una vez satisfechos los impuestos exigibles, se aplicarán, conforme establezcan los Estatutos sociales o acuerde la Asamblea General en cada ejercicio, a retorno cooperativo a los</p>

	socios, a dotación a fondos de reserva voluntarios con carácter irrepartible o repartible, o a incrementar los fondos obligatorios que se contemplan en los artículos 75 y 76 de esta Ley. 4º. El retorno cooperativo se acreditará a los socios en proporción a las actividades cooperativizadas realizadas por cada socio con la sociedad cooperativa.
§ Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi (BOPV núm. 135, de 19 de julio).	Art. 67. Distribución de los excedentes. 2. Anualmente de los excedentes disponibles se destinará: (...) el resto estará a disposición de la Asamblea General que podrá distribuirlo de la forma siguiente: (...). c. Retorno cooperativo. 4. Los retornos se adjudicaran a los socios en proporción a las operaciones, servicios y actividades realizadas por cada socio con la cooperativa
§ Ley 4/2010, de 29 de junio del Principado de Asturias de Cooperativas (BOE núm. 160, de 24 de septiembre de 2010).	Art 98. 2º. y 3º Distribución de excedentes. 2º. Realizadas las asignaciones anteriores (...) estará a disposición de la asamblea general, que podrá distribuirla de la manera siguiente: retornos a los socios (...). 3º. Los retornos se adjudicaran a los socios en proporción a las operaciones servicios, o actividades realizadas por cada socio con la cooperativa
§ Ley 8/2003, de 24 de marzo de Cooperativas de la Comunidad Valenciana (BOE núm. 87, de 11 de abril).	Artículo 68. 2º y 3º Distribución de excedentes y beneficios. 2º. Los excedentes netos resultantes de las operaciones con los socios se destinarán, al menos en un 5 %, al fondo de formación y promoción cooperativa y, como mínimo en un 20 %, a la reserva obligatoria, hasta que ésta alcance la cifra del capital social suscrito en la fecha de cierre del ejercicio. 3º. Hechas las asignaciones anteriores, el resto de los excedentes podrá aplicarse a las reservas voluntarias, a la participación de los trabajadores asalariados o distribuirse entre los socios en concepto de retornos, en proporción a su participación en la actividad cooperativizada desarrollada en el correspondiente ejercicio económico. La distribución de retornos podrá hacerse mediante su pago en efectivo, mediante

	<p>su incorporación a capital, o mediante la creación de un fondo de retornos en los términos establecidos en el artículo 62.2. Sólo podrán distribuirse retornos cuando la Reserva Obligatoria alcance el mínimo establecido en el artículo 70.1 de esta Ley.</p>
--	--

Bibliografía

AAVV., «Società Cooperative (artt. 2511-1548 c.c.)», Dir. PRESTI, G, en *Commentario alla riforma delle società*, Dir. MARCHETTI, P., BIANCHI, L.A., GHEZZI F., NOTARI, M, 1ª edición, Milán, 2007.

AAVV., *La riforma delle società cooperative*, dir. GENCO, R., Milán, 2003

AA.VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*, Est. Hom. al Prof. J. GIRON TENA, Madrid, 1991

ALONSO UREBA A., y GUERRA MARTIN, G., «La constitución de la sociedad europea como operación de concentración de empresas, en *la Sociedad Anónima Europea*» (Dir. Esteban Velasco, G. y Fernández del Pozo, L.), Madrid, 1994, pág. 859 y ss.

ALONSO UREBA, A.; *Elementos para una teoría general sobre la fundación de las personas jurídicas mercantiles corporativas (sociedades de capital) e instituciones (fundación y empresa)*, trabajo inédito, 1989.

AMORÓS RICA, N., «Concepto jurídico-legal de las cooperativas» *RDM*, núm. 34, Madrid, 1951. pgs 7-80.

ARCO ALVAREZ, J.L., «Régimen económico de las cooperativas españolas», *REVESCO*, núm. 20, 1970, pgs 5 a 48.

ARCO ALVAREZ, J.L., «Financiación de la empresa cooperativa», en *Estudios Cooperativos*, vol. 33, 1974, pg. 31-57.

ARCO ALVAREZ, J.L., «Doctrina y principios cooperativos», *Anales de Estudios Cooperativos*, 1986.

ASCARELLI, T., *Introducción al estudio del Derecho Mercantil*, trad. E. VERDERA TUELLS, Barcelona, 1964.

BALLESTERO, E., *Economía social y empresas cooperativas*, Madrid 1990.

BASSI, A., «La filosofia della riforma delle società cooperative» en *XII Congresso: Diritto societario: dai progetti alla riforma*, Forum di Courmayeur, Dolonne, 27 y 28 septiembre, 2002.

BASSI, A., «L'impresa societaria con scopo mutualistico» en BUONOCORE, *vid.*, *Manuale di Diritto Commerciale*, 4ª ed., Torino, 2003.

BASSI, A., «Le cooperative a mutualità prevalente e le cooperative diverse», en *Congreso de Confcooperative: Il nuovo diritto societario: Una sfida alle cooperative per crescere in autenticità e competitività*, Riva del Garda, 7 y 8 de mayo, 2003.

BAUVERT, P., y SIRET, N., *Droit des sociétés et autres groupements*, 3ª edición, Paris, 2001.

BENAVIDES VELASCO, P. y GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Mª B., «La sociedad cooperativa europea: análisis del reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico», *RdS*, núm. 27, 2006-2, pgs.265-289.

BEUTHIEN, V., *Genossenschaftsgesetz*, Munich, 2004.

BIGUELLI, M., y GENCO, R., «I nuovi strumenti finanziari delle società cooperative: verso il mercato dei capitali?», *Le società*, núm, 5, 2005, pgs. 852-859.

BLANCO CONSTANS, B., *Estudios elementales del Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1902.

BONFANTE, G., «Il diritto al ristorno nelle cooperative», *Le società*, núm. 6, 1997, pg 670-673.

BONFANTE, G., «Il diritto al ristorno nelle cooperative», *Le società*, núm. 6, 1997, pg 671, párr. 2º.

BONFANTE, G., *Delle imprese cooperative*, en AAVV., *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, dirgido por GALGANO, F., Bologna, Roma, 1999.

BONFANTE, G., «La nuova disciplina delle cooperative», *Rivista della Cooperazione*, núm 3, 2002.

BONFANTE, G., «Attività mutualistica e ristorni: aspetti sostanziali e clausole statutarie», en Seminario sobre *Adeguamenti statutarie regolamenti nelle cooperative dopo la riforma*, Facultad de Economía de Bologna, sede de Forli, 12 de septiembre, 2003.

BONFANTE, G., «Attività mutualistica e ristorni: aspetti sostanziali e clausole statutarie», en Seminario sobre *Adeguamenti statutarie regolamenti nelle cooperative dopo la riforma*, Facultad de Economía de Bologna, sede de Forli, 12 de septiembre, 2003.

BONFANTE, G., CAGNASSO, O., MONTALENTI, P., *Il nuovo diritto societario nella doctrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Dir. G. COTTINO, 1ª edición, Bolgona, 2009.

BONFANTE, G., *La nuova società cooperativa*, Bolonia.

BORJABAD GONZALO, P., « El nuevo marco jurídico cooperativo en España», *Revista de desarrollo rural y cooperativismo agrario*, núm. 3, 1999, pg. 109-138.

BRAMINI, E., «Provando a ristornare», *Credito Cooperativo*, 1999.

BROT, M., *Point de vue*, Paris, 1953.

- BUCCI, G., «Utili e ristorni», en *Giurisprudenza commerciale*, 1976 pg. 404 y ss.
- CAPO, G., «Strumenti finanziari e società cooperative», en *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*, Dir. MONTAGNANI, Milán, 2004.
- CICCARELLI, A., y LACONE L., «L'instituto del ristorno», *Revista della Cooperazione*, núm. 1, 2009, pgs. 9-16.
- CECCO, G., «Le diverse modalità di attribuzione dei vantaggi mutualistici ai soci delle organizzazioni cooperative», *Riv. della Cooperazione*, núm. 22, 1995.
- CECCHERINI, A., «L'albo delle società cooperative in un recente intervento legislativo», *Le società*, núm. 11, 2009, pgs. 1432-1437.
- CONCLUSIONES DE SALAMANCA, *Conferencia Europea de Economía Social*, 28 de mayo de 2002, disponible en <http://www.aces-andalucia.org/visualizarfichero.asp?archivo=74>, pgs. 3 y 4. Fecha de consulta [10 de julio de 2009].
- COOK, J., DEAKIN, S., JONATHAN M., y NASH, D.; *Trust Rewards: realising the mutual advantage*, Londres, 2003.
- COSTI, R., «Gli strumenti finanziari nelle nuove cooperative: problemi di disciplina», *Banca e Borsa*, parte I-2005, pgs. 117-133.
- CUSA, E., *I ristorni nella società cooperative*, Milán, 2000.
- CUSA, E., *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milán, 2006.
- CUSA, E., *La cooperativa-s.r.l. tra legge ed autonomia statutaria*, Padua, 2008.
- D'AGOSTINO, S., «Concetto di mutualità prevalente e recesso statutario da cooperativa alla luce della riforma societaria», *Società*, núm. 5, 2005.
- DE LA ROSA, R., «I ristorni nella riforma del diritto societario», *Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze*, en [http:// rivista.ssef.it/site.php?page=home](http://rivista.ssef.it/site.php?page=home) [Fecha consulta: 21 de julio de 2011].
- DUQUE DOMÍNGUEZ, F., «Principios cooperativos y experiencia cooperativa», en *Congreso de Cooperativismo*, Universidad de Deusto, Bilbao 1988.
- EGUIA VILLASEÑOR, F., «Los principios del cooperativismo. De Rochdale a nuestros días. (compilación y notas)», México, 1984.
- ESTARLICH, V., «Los valores de la cultura económica cooperativa», en *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, Bilbao, 2002.
- ESTEBAN VELASCO, G., «La sociedad cerrada europea: ¿figura complementaria o alternativa a la sociedad europea?», en *Revista de Derecho de Sociedades*, vol. II, num. 13, 1999.

ESTEBAN VELASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español*. Madrid, 1982.

FAJARDO GARCÍA, G., «La armonización de la legislación cooperativa en los países de la Comunidad Económica Europea», Homenaje al Prof. BROSETA PONT, Valencia, 1995.

FERNÁNDEZ GUADAÑO, J., «The desmutualization process of European Cooperative Societies», en *Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional*, Valencia, 6 a 9 de Mayo, 2004.

FERNANDEZ GUADAÑO, J., «Análisis de la participación de los socios inversores externos en el capital de las sociedades cooperativas en Europa», XIX CONGRESO NACIONAL y XV CONGRESO HISPANO-FRANCÉS de la Asociación Europea de la Dirección y Economía de la Empresa, Vitoria, 8-10 junio, 2005, publicado en ARAUJO DE LA MATA, A., FORCADA SANZ, J., *El comportamiento de la empresa ante entornos competitivos*, Best Papers Proceeding, pgs. 741-745.

FERNÁNDEZ GUADAÑO J., «Structural changes in the development of european cooperative societies», en *Annals of Public and cooperative Economics*, núm. 77-1, 2006, pgs., 107-127.

FERNÁNDEZ GUADAÑO, J., «La desmutualización de la sociedad cooperativa en Europa: el caso de los socios inversores externos», *Revista Venezolana de Economía Social*, núm. 15, enero-junio 2008, pgs. 118-133.

FERRI, A., «Ristornare? Si potrebbe se ...», *Credito Cooperativo*, 1998.

GADEA, E., SACRISTAN F., VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico de la sociedad Cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma*, Madrid, 2009

GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, III, *L'impresa e le società*, 2, Padova, 1994.

GALGANO, F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2003.

GALLO, F. e ROSSI A., «Aspetti civilistici e fiscali dei ristorni delle Banche di Credito Cooperativo», *Cooperazione di Credito*, núm. 166, 1999.

GARCIA-GUTIÉRREZ FERNANDEZ, C., «Análisis de la rentabilidad financiera y económica de los socios de las cooperativas: la influencia de una rentabilidad en la otra y la aplicación del criterio (principio) de justicia –que no de solidaridad- en la distribución de la ganancia real», *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. I, núm. 2, 1992 pgs. 115-124.

GARCIA-GUTIERREZ FERNÁNDEZ, C., «La necesidad de la consideración de la sociedad cooperativa como entidad mercantil para su adecuada regulación», *REVESCO*, núm. 66, 1998, pgs. 208-234.

GARCIA-GUITERREZ, FERNÁNDEZ, C., «Análisis de la solvencia y del riesgo económico-financiero de la sociedad cooperativa. El riesgo sobre la rentabilidad de los socios». *REVESCO*, núm. 72, 3er. Cuatrimestre, 2000, pg. 51-86.

GENCO R., «La destinazione dell' utile», en *Trattato Schiano di pepe*, vol. III, Cooperative, Consorzi, Raggruppamenti, Milano, 1999.

GENCO R., «Devoluzione mutualistica: clausole estatutarie e rilevanza della perizia di stima», *Le società*, núm. 2, 2010, pgs. 201-206.

GIDE CH., «Les prophéties de Charles Fourier», *conferencia dada en la Sociedad de economía popular*, Nîmes, el 8 de abril de 1886, 2ª edición, Nîmes, 1894.

GIDE, CH., *Fourier, précurseur de la coopération. Cours donné au College de France, 1822-1923*, Paris, 1924.

GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952.

GIRON TENA, J., *Derecho de Sociedades*, Tomo I, Madrid, 1976.

GONDRA, J.M., *Derecho Mercantil I*, Madrid, 1992.

GONDRA, J.M., «La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)», *RDM*, núm. 228, 1998, pg. 493-592.

HOLYOAKE, J.J., *Historia de los Pioneros de Rochadale*, trd. Bernardo Delom, Aecop. Zaragoza, 1973.

ILLESCAS ORTIZ, R., *El derecho del socio al dividendo en la sociedad anónima*, Sevilla, 1973.

ILLESCAS ORTÍZ, R., «El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte», *Revista de Derecho de los Negocios*, núm., 21, 1992, pgs 29 a 31.

INTERNATIONAL CO-OPERATIVE ALLIANCE 1995, *Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la Identidad Cooperativa. Los Principios Cooperativos*, 2ª edición (especial para COCETA e INFES) 1996.

ITURRIOZ DEL CAMPO, J., «La distribución de resultados en las sociedades cooperativas alemanas: un análisis comparado con el caso español», *REVESCO*, núm. 74, 2001, pgs. 107-121.

ITURRIOZ DEL CAMPO J., «El resultado de las sociedades cooperativas y su distribución en la nueva Ley de cooperativas 27/199» en *REVESCO*, vol. 69, 1999, pgs 127-150.

KAPLAN DE DRIMER, A. y DRIMER B., *Las Cooperativas. Fundamentos. Historia. Doctrina*, 2ª edición, ed. Intercoop., Buenos Aires, 1975.

KRAMPER, P., «The German cooperative movement in the interwar period», *Rivista della Cooperazione*, núm. 2, 2009, pgs 89-120.

LAMBERT, P., *La doctrina cooperativa*, 2ª edición, Buenos Aires, 1961.

LAVIA, L., «Per una riforma della società cooperativa», *Credito Cooperativo*, octubre, 1998.

LOLLI, R., *Le riserve divisibili e indivisibili nelle società cooperative*, Milán, 2010.

LUCARINI, D., Il finanziamento della società cooperativa, Banca impresa società, núm. 1, 2006, pgs. 61-79.

LLOBREGAT HURTADO, Mª. L., «El retorno cooperativo. Reflexiones preliminares», *Rev. del Cooperativisme valencià*, 1985, pg. 25-28.

LLOBREGAT, HURTADO, Mª. L., *La mutualidad y empresas cooperativas*, Barcelona, 1990.

MARTINEZ SEGOVIA, F.F., «La sociedad cooperativa europea: Más cerca», Homenaje al Prof. GARCIA-GUTIERREZ FERNÁNDEZ, *Las empresas de participación en Europa: el reto del siglo XXI*, Escuela de Estudios Cooperativos, Madrid, 2002.

MARTINEZ SEGOVIA, F., «Directiva y Reglamento sobre Sociedad Cooperativa Europea. Introducción», *RdS*, núm. 21, 2003, pg 347-376.

MATACENA, A., «La cooperativa mutualistica: un'impresa diversa», *Rivista della Cooperazione*, julio-septiembre, 2010, pgs. 97-109.

MATEO BLANCO J., *El retorno cooperativo*, Zaragoza, 1990.

MORILLAS JARILLO, Mª.J. y FELIÚ REY, M.I., *Curso de Cooperativas*, 2ª ed., Madrid, 2002.

MONTOLIO, J. Mª; «Leyes de cooperativas de las comunidades autónomas: determinación de un modelo», *REVESCO*, núm. 66, 1998, pgs. 235-248.

MONTOLIO, J.Mª., *Legislación cooperativa en la unión europea*, Madrid 2000.

MOYA JIMÉNEZ, A., *El Código de Comercio*, Madrid, 1898.

MUÑOZ MARTÍN, N., «El derecho al dividendo», en *Derecho de sociedades anónimas II (capital y acciones)*, vol. I, coord. AA VV, Madrid, 1994

MUÑOZ GARCIA, A., «El régimen jurídico contable en las sociedades cooperativas y en las sociedades agrarias de transformación», en AAVV, *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación*, (Dir. Pulgar Ezquerro, J), Madrid, 2006, pgs. 261-308.

OLIVERI, G., «Conservatori sconfitti, ecco il ristorno», en *Crédito Cooperativo*, núm. 7, pgs. 30 a 32.

OLIVERI, G., «Giovanni, ristorno, patrimonio. BCC, tre leve per accrescere l'attrattiva», *Credito Cooperativo*, núm. 8/9, 2001.

PANIAGUA ZURERA, M., *La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas y las entidades mutuales. Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca*, vol. I, Madrid, Barcelona, 2005.

PANIAGUA ZURERA, M., «La determinación y la distribución de los resultados del ejercicio económico en la sociedad cooperativa: propuestas de armonización legislativa», *RdS*, núm. 24, 2005, pgs. 199-229

PANTALEONI, M., «Erotemi di economia», II, Padua, 1964.

PAOLUCCI, L.F., *La mutualità nelle cooperative*, Milán, 1974.

PAOLUCCI, L.F., *Lezioni in tema di cooperative*, Bolonia, 1997.

PAOLUCCI, L.F., «I ristorni nelle cooperative», *Le società*, núm. 1, 2000.

PAOLUCCI, L. F.; «Novità in tema di ristorni nella Finanziaria 2001», *Le società*, núm. 4, 2001.

PAOLUCCI, L.F., *Lezioni di diritto commerciale*, 2ª edición, Bolonia, 2003.

PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative dopo la riforma*, Padua, 2004.

PAOLUCCI, L.F., «Gli adeguamenti statutari delle cooperative», *Le Società*, 12, 2004.

PAOLUCCI, L.F., *Le società cooperative*, Milán, 2012.

PARRA DE MÁZ, S., *La integración de la empresa Cooperativa (Evolución de los Principios Cooperativos)*, Madrid, 1974.

PASTOR SEMPERE, C., «Reflexiones en torno a las principales novedades del régimen económico de las sociedades cooperativas», *REVESCO*, núm. 66, 1998 pgs 259-275.

PASTOR SEMPERE, C., «Notas en torno a las principales novedades de la nueva Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas», *REVESCO*, vol. 69, 1999, pg. 151-182.

PASTOR SEMPERE, C., «Principales novedades de la nueva Ley 27/1999, de 16 de julio, General de Cooperativas», *RdS*, 1999, pgs. 229- 247.

PASTOR SEMPERE, C., «Empresa cooperativa y modelo constitucional: una aproximación», *RdS*, 2001-1, nº 16, pg. 191-214.

PASTOR SEMPERE, C., «La sociedad cooperativa europea», *REVESCO*, núm. 74, 2001, pg. 181-200.

PAULICK, «Genossenschaften steuerlich privilegiert?», *Die Zeit*, 3 de mayo de 1951.

PAULIK, *Das Recht der eingetragenen Genossenschaft. Ein Leer-und Handbuch*, Karlsruhe, 1956.

PAZ ARES, C., «Ánimo de lucro y concepto de sociedad», en AAVV, *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*, Est. Hom. al Prof. J. GIRON TENA, Madrid, 1991, pgs. 730-753.

PAZ ARES, C. y AAVV., «Art. 1665», en *Comentario al Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1993, pgs. 1299-1331.

PAZ CANALEJO, N., *El nuevo derecho cooperativo español*, Madrid, 1979.

PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIA, F., «Ley General de Cooperativas», en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, dirigidos por SÁNCHEZ CALERO, F. Y ALABALDEJO, M., Tomo XX, vol. 1º, Madrid, 1989.

PAZ CANALEJO, N., «Perspectivas y problemas jurídicos de la nueva Ley Estatal de cooperativas», *REVESCO*, núm. 69, 1999, pgs. 183-198.

PAZ CANALEJO, N., *La sociedad cooperativa ante el reto de los mercados actuales. Un análisis no sólo jurídico*, Madrid, 2002.

POLO DIEZ, A., «Misión y sentido de la nueva Ley de Cooperación» en *RDP*, nº 303, Madrid, 1942, pg. 273-300.

RIZZI A.; «Le cooperative a mutualità prevalente», en *Congreso de Confcooperative: La cooperazione e la riforma del diritto societario*, Palacio de Congresos, Florencia, 12 de mayo, 2003.

ROMANO, M.; «Il bilancio delle società cooperative: il ritorno», en *Riv. della Cooperazione*, núm. 2, 1998, pgs. 72 a 80.

RONCERO SÁNCHEZ, A., «Importancia económica, régimen legal y características propias de las cooperativas agrarias y de las sociedades agrarias de transformación», en *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación*, (Dir. Pulgar Ezquerria, J), Madrid, 2006, pgs. 21-46.

ROSEMBUJ, T., *La empresa Cooperativa*, Barcelona, 1982, pgs. 13 y ss.

SACRISTAN BERGIA, F., «La asamblea general en el marco de las cooperativas agrarias y las sociedades agrarias de transformación», en AAVV, *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación*, (Dir. Pulgar Ezquerro, J), Madrid, 2006, en *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación*, (Dir. Pulgar Ezquerro, J), Madrid, 2006, pgs. 463-492.

SANCHEZ CALERO, F.; *Instituciones de Derecho Mercantil*, 24ª edición, vol. I, Madrid, 2002.

SANCHEZ CALERO, F., y SANCHEZ-CALERO GUILIARTE, J., *Instituciones de Derecho mercantil*, 35ª edición, Navarra, 2012.

SANZ JARQUE, J.J., «Derechos y obligaciones de los socios de las Cooperativas. Conforme a la Ley 3/1987, de 2 de abril General de Cooperativas», *Revesco*, núm. 55 pg. 37-76.

SEQUEIRA MARTÍN, A., y SACRISTAN BERGIA F., «Una reflexión sobre la responsabilidad de los miembros del consejo rector de las cooperativas», *RdS*, núm. 21, tomo, 2º, 2003, pgs. 219-232.

STREIBER, «Rückvergütung ist keine Dividende», *Die Zeit*, 12 de diciembre de 1950.

TATARANO, G.; «Mutualità e gestione di servizio nelle cooperative: principi nella riforma del diritto societario», *Notariato*, núm. 2, 2002.

TOSONI, G.P., «Vigilanza più rigorosa sulla mutualità delle cooperative», *Il sole 24 ore*, 6 de noviembre de 2009, pg. 30.

TOTOMIANZ, V., «La cooperazione», *Rivista della Cooperazione*, Roma 1960, pg.

TOUCAS-TRUYEN, P., «La cooperation française entre guerres et paix (1914-1939)», *Rivista della Cooperazione*, núm. 2, 2009, pgs. 72-88.

TREMONTI, G., «L'introduzione del ristorno ai soci delle Banche di Credito Cooperativo», *Cooperazione di Credito*.

TRUJILLO DIEZ, I.J., «Determinación y aplicación de resultados en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas», *Revista de Derecho de los Negocios*, 1999, núm. 127, pgs. 1-15.

URIA, R.; *Derecho Mercantil*, 22ª ed., Madrid, 1995

VARGAS VASSEROT, C.; *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros*, Navarra, 2006.

VERGEZ SANCHEZ, M.: *El derecho de las cooperativas y su reforma*, Madrid, 1973.

VERRUCOLI, P.; *La società cooperativa*, Milán, 1958.

VERRUCOLI P.; «I «principi» dell'Alleanza Cooperativa Internazionale e la loro applicazione nella legislazione italiana», *Rivista di cooperazione*, núm. 5, 1980.

VICENT CHULIÁ, F., «El Régimen económico de las cooperativas en la nueva Ley de 19 de diciembre de 1974», *Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 36-38, abril, 1976.

VICENT CHULIÁ, F., «Las empresas mutualistas y el derecho mercantil en el Ordenamiento español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 512, 1976, pgs. 69-132

VICENT CHULIA, F., «La Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas Estatal», *RGD*, nº 663, diciembre, 1999, pgs. 14561-14583.

VICENT CHULIA, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 20ª ed., Valencia, 2007.

VIERA GONZALEZ, A.J., «La sociedad privada europea: una alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada», *RDM*, 2008, pgs. 1333 y ss.

VIERA GONZALEZ, A.J.; *Las sociedades de capital cerradas. Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL*, Navarra, 2002.

VILLA BENAYAS, R., «Ley y Reglamento de cooperativas de 1931: Pedagogía de ciudadanía», *XI Jornadas de Investigadores en Economía social y Cooperativa. Los planes estratégicos de la Economía Social*, <http://www.75aniversarioleydecooperativas.org/>, 10 de diciembre de 2007.

WATKINS, W.P., *L'Alliance Cooperativa Internazionale 1895-1970*. ACI Londres, 1971.