



IV CUMBRE COOPERATIVA DE LAS AMÉRICAS

**Cooperativas: asociatividad
para el desarrollo sostenible**

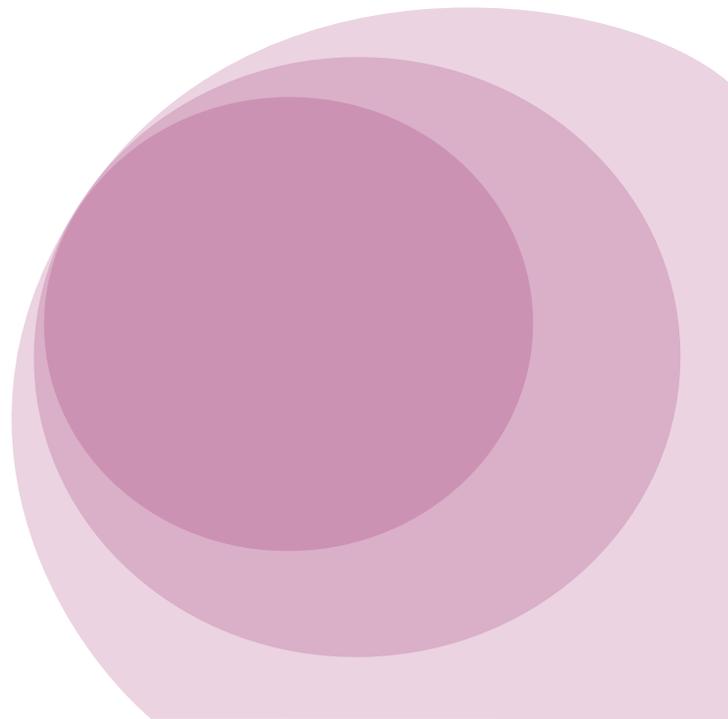
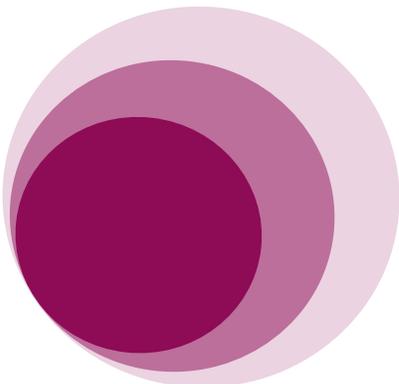
14 -18 Noviembre 2016 , Montevideo - Uruguay



Cooperativas
de las Américas
Región de la Alianza
Cooperativa Internacional

II Congreso Continental y I Foro Internacional de Derecho Cooperativo

**Montevideo, 16-18 de Noviembre
2016**



INDICE

Presentación.....	4
Comision Organizadora	5
Reglamento	6
Programa	10
Exposiciones Introdutorias	12
Tema 1: El acto cooperativo. Noción, contenido y alcances. Su incorporación en el derecho positivo nacional. Alfredo Lamenza. El acto cooperativo.	17
Antonio José Sarmiento Reyes. El acto cooperativo y la teoría del negocio jurídico	28
Carlos Torres Morales. El acto cooperativo en la legislación peruana a cinco años de su reconocimiento.....	37
Enrique Malel. La incidencia de la cesion de partes sociales en el tríptico patrimonio – socio – vivienda	53
Patricia A. Fernández de Andreani. ¿Los derechos y garantías de los usuarios de servicios públicos son aplicables al asociado de una cooperativa de servicios públicos? ¿la relación cooperativizada sustituye a la relación de consumo?.....	60
Rafael Carvalho Cunha. A jurisprudência do direito cooperativo brasileiro.....	69
Jorge Machado Giachero. El acto cooperativo en la legislación uruguaya	77
Tema 2: La regulación de las cooperativas en general y para determinadas actividades. Las cooperativas de crédito o financieras. Marcelo Amorín - Paula Algorta. La Estructura de órganos en las Corporaciones Cooperativas	86
Paula Algorta - Marcelo Amorín. El retorno de excedentes en las cooperativas de segundo grado en la ley uruguaya	96
Patricia A. Fernández de Andreani. ¿Existen regulaciones especiales en Argentina para el caso de que la prestadora del servicio público sea una empresa cooperativa? algunas propuestas que debería contener el marco regulatorio.	111
Francisco Pascual Volta Díaz. Cooperativismo y patrimonio cultural. El caso del Centro Histórico de la Habana, Cuba.	121
Antonio José Sarmiento Reyes. Particularidades de la regulación legal de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada.....	131

Leonardo Rafael de Souza.O novo marco regulatório das cooperativas de crédito no Brasil: análise crítica a partir dos valores cooperativos.....	139
Fernando Delgado Soares Netto-Alberto Raffo Ballesteros. Notas sobre un interesante ejemplo de propiedad colectiva : las cooperativas de viviendas de usuarios en Uruguay	149
Tema 3: Supervisión estatal y autonomía de las cooperativas. El autocontrol. Alonso Morales Acosta .La supervisión cooperativa: una propuesta para el caso peruano	160
Antonio Rammauro. Control y autocontrol Uruguay: 10 años de cooperativas sociales.....	169
Arrillaga Álvaro-Bemposta Macarena-Colman Mónica-Márquez Ana Karina-Pinato Ana-Sosa Flavia. Supervisión estatal y autonomía de las cooperativas a través del autocontrol.....	182
Edgardo René Ramos Carmona. El control gubernamental de las cooperativas un cambio que debe propiciarse	192
Tema 1: (Congreso y Foro Internacional).Las cooperativas en las constituciones nacionales. Diversas modalidades. Dante Cracogna. Las cooperativas en las constituciones nacionales.	198
Tema 2: (Congreso y Foro Internacional) Tributación cooperativa. Incidencia de los impuestos a los capitales, a las transacciones y a las rentas. Jorge Armando Vallati. El acto cooperativo. La no sujeción tributaria.....	206
Guilherme Krueger. Cooperativas e madalenas	215
Mario de Conto -Ana Paula Andrade Rodrigues Ramos . A identidade cooperativa e o tratamento tributário adequado. Cooperative identity and an adequate tax treatment	227
Tema 3 (Congreso y Foro Internacional) Capital y financiamiento cooperativos. Tratamiento contable del capital. Distintas fuentes de financiamiento. Sergio Reyes Lavega. Los nuevos instrumentos de capitalización en la legislación cooperativa uruguaya	241
Tebisey Padrón. Financiamiento cooperativo: impacto de la ley nº 18407	255
Tema 4 (Congreso y Foro Internacional).Las cooperativas de trabajo asociado. Situación frente a la legislación laboral y de la seguridad social. Régimen de las quiebras y recuperación de empresas. Annaly Grande Gabito-Graciela Fernández Quintas. Cooperativas de trabajo asociado una mirada diferente a una pregunta clásica ¿en una cooperativa de trabajo asociado la relación que se configura entre los socios y la cooperativa, tiene carácter societario o laboral?	267
Juan Enrique Santana Félix, JD. Las figuras jurídicas en las cooperativas de trabajo asociado en especial la del contratista independiente	278
Yaika Weber y Luis Delgado Bello. El trabajo asociado en la legislación venezolana	289

PRESENTACIÓN

Antecedentes

El Derecho Cooperativo constituye una materia de creciente interés en el Continente y en el mundo en general. La Alianza Cooperativa Internacional (ACI) le brinda una preferente atención manifestada en la inclusión de los marcos legales como uno de los cinco ejes del Plan para la Década Cooperativa aprobado en 2012 y la creación del Comité de Derecho Cooperativo a escala mundial.

Por otra parte, en el ámbito continental americano se han realizado varios Congresos Continentales en distintos países, los que hicieron importantes aportes al progreso de la legislación y al desarrollo de los estudios del Derecho Cooperativo en el Continente. El último de ellos se realizó en Guarujá (Brasil) en Octubre de 2013.

II Congreso Continental de Derecho Cooperativo

El Congreso Continental de Derecho Cooperativo se realizará del 16 al 18 de noviembre de 2016 en Montevideo en el marco de la Cumbre Cooperativa de las Américas convocada por Cooperativas de las Américas.

En esta oportunidad, coincidentemente con el Congreso tendrá lugar el **I Foro Internacional de Derecho Cooperativo** que, organizado por el Comité de Derecho Cooperativo de la ACI, reunirá a expertos y académicos de distintas partes del mundo, principalmente europeos, que analizarán los problemas y tendencias del Derecho Cooperativo a escala global.

La convocatoria está dirigida a los abogados vinculados al quehacer cooperativo en sus distintas manifestaciones, profesores y estudiosos de la materia, magistrados y funcionarios de organismos públicos relacionados con las cooperativas. También podrán participar dirigentes del movimiento cooperativo especialmente invitados.

Objetivos y desarrollo

El Congreso se propone analizar los asuntos de mayor relevancia teórica y práctica del Derecho Cooperativo en los países del Continente en la hora actual sobre la base de un amplio intercambio entre los participantes.

El desarrollo prevé la exposición de calificados especialistas sobre los distintos temas y el análisis y discusión de las ponencias que los participantes podrán presentar sobre los temas incluidos en el temario.

El Congreso tendrá lugar en el Hotel Holiday Inn de Montevideo y se desarrollará en forma conjunta con el I Foro Internacional de Derecho Cooperativo. Las sesiones de ambos encuentros se realizarán en forma sucesiva de manera que los participantes puedan asistir a todas ellas. Todas las sesiones contarán con traducción simultánea inglés/español y viceversa.

El Congreso y el Foro Internacional están estructurados en sesiones sucesivas, de manera que todos los participantes puedan asistir a ellas. Habrá sesiones del Congreso, sesiones del Foro Internacional y sesiones conjuntas de ambos. Por razones de organización algunos temas se han agrupado dentro de una misma sesión.

Cada sesión se compondrá de tres módulos: primero las exposiciones introductorias de los especialistas invitados; a continuación la presentación de las ponencias de los participantes y, finalmente, un debate general.

Damos la bienvenida a los participantes y les ofrecemos la información y los materiales que serán considerados en el Congreso con la seguridad de que su análisis y debate contribuirán al progreso del Derecho Cooperativo regional.

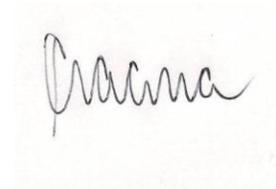


Manuel Mariño

Dante Cracogna

Director Regional

Cooperativas de las Américas



Presidente

Comisión Organizadora

COMISION ORGANIZADORA

Dante Cracogna (Argentina), Presidente

Graciela Fernández (Uruguay)

Mario de Conto (Brasil)

María Eugenia Pérez Zea (Colombia)

Rosa Nelis Parada (El Salvador)

Rogelio Fernández (Costa Rica)

Carlos Acero Sánchez, enlace con Cooperativas de las Américas

Alberto Mora, apoyo técnico

Manuel Mariño, Director Regional Cooperativas de las Américas

REGLAMENTO

Capítulo I. Disposiciones generales

Artículo 1º El Congreso Continental de Derecho Cooperativo, convocado por Cooperativas de las Américas con el auspicio de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Cooperativo, se realizará en el Hotel Holiday Inn de la ciudad de Montevideo (Uruguay), durante los días 16, 17 y 18 de noviembre de 2016.

Artículo 2º El Congreso tiene por objeto contribuir al progreso del Derecho Cooperativo en el ámbito americano mediante el estudio y discusión de las ponencias que se presenten a su consideración.

Capítulo II. Temario

Artículo 3º El Congreso recibirá y discutirá únicamente las ponencias que se presenten sobre los siguientes temas:

- 1.El acto cooperativo. Noción, contenido y alcances. Su incorporación en el derecho positivo nacional
- 2.La regulación de las cooperativas en general y para determinadas actividades. Las cooperativas de crédito o financieras.
- 3.Supervisión estatal y autonomía de las cooperativas. El autocontrol.
- 4.Exclusión legal de las cooperativas en determinadas actividades: seguros, banca, medicina prepaga, pensiones, etc. Razones que la fundan. 2

Temas de las sesiones conjuntas del Congreso Continental de Derecho Cooperativo y del I Foro Internacional de Derecho Cooperativo

1. Las cooperativas en las constituciones nacionales. Diversas modalidades.
2. Tributación cooperativa. Incidencia de los impuestos a los capitales, a las transacciones y a las rentas.
3. Capital y financiamiento cooperativos. Tratamiento contable del capital. Distintas fuentes de financiamiento.
4. Las cooperativas de trabajo asociado. Situación frente a la legislación laboral y de la seguridad social. Régimen de las quiebras y recuperación de empresas.

Capítulo III. Participantes

Artículo 4º Los participantes en el Congreso tendrán carácter de delegados, observadores, invitados especiales y miembros honorarios.

Artículo 5º Se considerará delegados a quienes reúnan los siguientes requisitos:

1. Ser abogados, escribanos o licenciados en derecho domiciliados en un país de América;
2. Haberse inscripto oportunamente y abonado el arancel correspondiente.

Artículo 6º Serán considerados observadores quienes desempeñen cargos directivos y ejecutivos en organizaciones cooperativas o en organismos oficiales relacionados con ellas y se inscriban en tal carácter y abonen el arancel correspondiente.

Artículo 7º Se consideran invitados especiales aquellas personas que por la posición que ocupan en el ámbito cooperativo o académico de sus respectivos países sean invitados a participar por la comisión organizadora o la mesa directiva del Congreso.

Artículo 8º Se consideran miembros honorarios aquellas personas que sean designadas en tal carácter por la comisión organizadora o la mesa directiva del Congreso.

Artículo 9º Los participantes en el Congreso tendrán los siguientes derechos:

- a) Los delegados podrán participar en todas las sesiones en las condiciones establecidas en este reglamento;
- b) Los observadores podrán participar en todas las sesiones, en las cuales tendrán derecho a voz;

c) Los invitados especiales podrán ser designados por la comisión organizadora para realizar exposiciones o participar en paneles, como así también ser consultados por las distintas sesiones, conforme lo soliciten sus respectivas autoridades;

d) Los miembros honorarios no intervendrán en las sesiones, salvo que a la vez revistan en otra categoría.

Artículo 10. La inscripción de los participantes se efectuará ante la comisión organizadora aci@aciamericas.coop la cual examinará si el aspirante reúne los requisitos respectivos y, en su caso, expedirá la credencial correspondiente. El arancel de U\$ 270 deberá ser satisfecho al inscribirse (Cuenta en dólares No.605647-7 a Nombre de Alianza Cooperativa Internacional, Banco Nacional de Costa Rica) y dará derecho a recibir el material del Congreso y participar en los almuerzos, coffe breaks y en la cena de clausura.

Capítulo IV. Ponencias

Artículo 11. Los delegados inscriptos podrán presentar ponencias sobre los temas incluidos en el temario mencionado en el art. 3º, indicando en cada una de ellas a cuál tema corresponde. Deben ser enviadas por correo electrónico a dcracogna@estudiocracogna.com.ar y aci@aciamericas.coop tener una extensión entre 5 y 10 páginas tamaño A4 a un espacio en letra Times New Roman cuerpo 12. Cada ponencia debe contar con un resumen no mayor de media página e indicar nombre y apellido del autor.

Artículo 12. La fecha límite para la presentación de ponencias será el 7 de octubre de 2016.

Artículo 13. Corresponde a la comisión organizadora la aceptación de las ponencias que cumplan los requisitos indicados y su asignación a las distintas comisiones para su consideración.

Capítulo V. Organos del Congreso

Artículo 14. El Congreso tendrá los siguientes órganos: la comisión organizadora; la mesa directiva y las comisiones.

Artículo 15. La comisión organizadora estará compuesta por los miembros de Comisión Jurídica de Cooperativas de las Américas y tendrá a su cargo todas las tareas conducentes a la realización del Congreso. Cesará en sus funciones una vez designada la mesa directiva.

Artículo 16. La mesa directiva será integrada por los miembros de la Comisión Jurídica y estará compuesta por un presidente, un vicepresidente primero, un vicepresidente segundo, un vicepresidente tercero y tres secretarios. La mesa directiva será la autoridad máxima del Congreso y resolverá todas las cuestiones que pudieran plantearse durante su desarrollo.

Artículo 17. Son atribuciones del presidente:

- 1) hacer que se cumpla el reglamento;
- 2) presidir las sesiones plenarias;
- 3) tomar las medidas que estime oportunas para el mejor desarrollo del Congreso;
- 4) todas las demás atribuciones que el reglamento no otorgue a otro órgano.

Artículo 18. Los vicepresidentes reemplazan al presidente en caso de ausencia en el orden de su nombramiento.

Artículo 19. Corresponde a los secretarios:

- a) organizar y dirigir el trabajo del personal de su dependencia;
- b) preparar las actas de las sesiones plenarias;
- c) distribuir a las comisiones la documentación correspondiente;
- d) coordinar el trabajo de las comisiones;
- e) ejecutar las tareas que les asigne el presidente.

Artículo 20. Se realizarán las sesiones previstas en el programa para considerar los temas del Congreso. Las autoridades de cada sesión serán: un presidente, un secretario y un relator designados por la comisión organizadora.

Artículo 21. En las sesiones se presentarán y discutirán las ponencias y se elaborará un relato para ser presentado en la sesión plenaria. No habrá votación sobre las ponencias.

Capítulo VII. Deliberaciones

Artículo 22. El presidente de cada sesión organizará el trabajo asignando al autor de cada ponencia un tiempo determinado para su exposición teniendo en cuenta la cantidad de ponencias presentadas.

Artículo 23. El presidente asignará asimismo un tiempo para el debate de cada ponencia que permita su adecuada consideración con la participación de todos los integrantes de la sesión y la posibilidad de réplica por el ponente.

Artículo 24. El secretario colaborará con el presidente y con el relator en el desarrollo del trabajo de la comisión y en la elaboración del informe que el relator deberá rendir en la sesión plenaria.

Capítulo VIII. Disposiciones finales

Artículo 25. Cooperativas de las Américas quedará como depositaria de los materiales del Congreso y proveerá a la publicación de los anales respectivos.

PROGRAMA

16 al 18 de noviembre de 2016

Miércoles 16

10:00-18:00	Inscripciones y retiro de documentación
15:00-15.30	Acto inaugural Presidente de CUDECOOP, Graciela Fernández Presidente de la Comisión Organizadora, Dante Cracogna Presidente del Comité Jurídico de la ACI, Hagen Henry Presidente de la ACI Américas, Ramón Imperial Zúñiga Director Regional de Cooperativas de las Américas, Manuel Mariño
15:30-16.30	Conferencia Inaugural: "El Derecho Cooperativo en el Siglo XXI". Hagen Henry, presidente del Comité Jurídico de la ACI
16:30-17:00	Café
17:00-19:30	Sesión del Congreso El acto cooperativo

Jueves 17

10:00-10:10	Sesión del Foro Internacional
--------------------	-------------------------------

	La legislación y los principios cooperativos Base mundial de datos de Derecho Cooperativo
10:00-10:30	Café
10:30-13:00	Sesión del Congreso Regulación de las cooperativas Cooperativas de crédito o financieras
13:00-14:30	Almuerzo
15:30-16:30	Sesión del Congreso Supervisión estatal
16:30-17:00	Café
17:00-19:30	Sesión del Foro Internacional Derecho Cooperativo y Ciencia Económica Integración horizontal y vertical

Viernes 18

09:00- 10:00	Sesión conjunta Congreso y Foro Internacional Las cooperativas en las constituciones Tributación cooperativa
10:00-10:30	Café
10:30-13:00	Cumbre Cooperativa de las Américas Presentación del documento final de la Cumbre

13:00-14:30	Almuerzo
14:30-16:30	Sesión conjunta Congreso y Foro Internacional Capital y financiamiento cooperativos Cooperativas de trabajo
16:30-17:00	Café
17:00-18:00	Sesión plenaria conjunta Conclusiones del Congreso y del Foro Internacional. Presidente del Comité Jurídico de la ACI, Hagen Henry Presidente del Congreso, Dante Cracogna "Perspectivas del Derecho Cooperativo".
20:00-23:00	Cena de despedida

EXPOSICIONES INTRODUCTORIAS

Los siguientes invitados especiales tendrán a su cargo la presentación introductoria de los temas en cada una de las sesiones del Congreso:

El acto cooperativo. Noción, contenido y alcances. Su incorporación en el derecho positivo nacional.

Alberto Edmundo Rezzónico (Argentina): Abogado; Licenciado en Integración Latinoamericana (ambos títulos otorgados por la Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, donde también cursó la Licenciatura en Ciencias Políticas y la Maestría en Integración Latinoamericana). Ex Juez en lo Civil y Comercial, Poder Judicial Provincia de Buenos Aires. Actualmente Profesor de Derecho Cooperativo en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de La Plata.

Carlos Torres Morales (Perú): Socio del Estudio Torres y Torres Lara. Abogado por la Universidad de Lima. Máster en Derecho Empresarial y Estudios de Doctorado en la Universidad de Sevilla. Profesor de Derecho Comercial y Cooperativo de la Universidad de Lima. Asesor Externo de la Comisión de Producción, Micro y Pequeña Empresa y Cooperativas del Congreso del Perú y de la Dirección de Mypes y Cooperativas del Ministerio de la Producción.

Guilherme Krueger (Brasil): advogado e economista com especialização em gestão de cooperativas. Mestre em Filosofia. Assessor jurídico da Federação Brasileira das Cooperativas de Anestesiologistas. Atualmente integra o grupo técnico constituído na Organização das Cooperativas Brasileiras para o ato cooperativo.

La regulación de las cooperativas en general y para determinadas actividades. Las cooperativas de crédito o financieras.

Ronaldo Chaves Gaudio (Brasil): MBA em “Business Law” pela FGV. Mestrando na linha de pesquisa Desenvolvimento, Regulação, Concorrência e Inovação do Mestrado em Direito da Universidade Cândido Mendes. Professor convidado da FGV. Presidente do IBECOOP – Instituto Brasileiro de Estudos em Cooperativismo.

Sergio Reyes Lavega (Uruguay): Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Escribano Público. Maestrando en Políticas Públicas y Desarrollo. Estudios de posgrado en Dirección y Administración de Empresas. Profesor de Economía Solidaria y Cooperativismo. Asesor de cooperativas. Autor de obras de Derecho Cooperativo.

Supervisión estatal y autonomía de las cooperativas. El autocontrol.

Danilo Gutiérrez Fiori (Uruguay): Escribano Público (UDELAR - Uruguay) - Posgrado en Gestión de Organizaciones para el Desarrollo (UCUDAL - Uruguay). Coautor de: “Cooperativas de Trabajo”(Faedo, Reyes, Lamenza, Gutiérrez) y Derecho Cooperativo Uruguayo(Machado, Reyes, Lamenza, Gutiérrez). Artículo “2008: Odisea en el tiempo, o “La larga marcha hacia la sanción de la Ley General de Cooperativas del Uruguay”, Informe y Recomendaciones para la segunda discusión de la Recomendación 193 de OIT (Roelants, Morales, Gutiérrez). Director Ejecutivo de INACOOOP, Ex presidente de CUDECOOP y ex integrante del Consejo Consultivo de ACI-AMÉRICAS.

Jaime Alcalde Silva (Chile): Abogado. Doctor en derecho por la Universidad de Valencia. Profesor de Derecho Privado en la Universidad Católica de Chile.

Antonio Sarmiento Reyes (Colombia): Abogado por la Universidad de Los Andes (Colombia). Master en Derecho por la Universidad de Marburgo. Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Miembro de la Comisión Jurídica de CONFECOOP.

Las cooperativas en las constituciones nacionales. Diversas modalidades. Tributación cooperativa. Incidencia de los impuestos a los capitales, a las y a las rentas.

Ifigenia Doutsisa (Grecia): Doctora en Derecho, Departamento de Derecho, Universidad Democritus de Tracia (Grecia).

Marina Aguilar Rubio (España): Doctora en derecho, profesora de Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Almería.

Mario de Conto (Brasil): Advogado. Gerente Jurídico da Organização das Cooperativas do Estado do Rio Grande do Sul – OCERGS. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Coordenador de Ensino e Pesquisa e Extensão e Professor de Direito Cooperativo na Faculdade de Tecnologia do Cooperativismo – ESCOOP.

Capital y financiamiento cooperativos. tratamiento contable del capital. Distintas fuentes de financiamiento. Las cooperativas de trabajo asociado. Situación frente a la legislación laboral y de seguridad social .Régimen de las quiebras y recuperación de empresas.

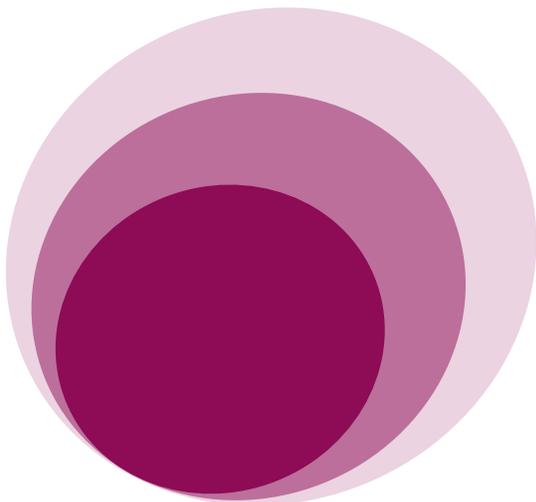
Cliff Mills (Gran Bretaña): Se especializa en la legislación y gestión de las organizaciones cooperativas, mutualistas y basadas en los miembros. Ha redactado la constitución de unas cuantas de las principales asociaciones cooperativas del comercio minorista en el Reino Unido, y ha trabajado extensamente en el desarrollo de nuevos modelos cooperativos y mutualistas para los servicios públicos. Ha desempeñado un papel significativo en el desarrollo de la legislación del Reino Unido sobre las cooperativas. Además de su trabajo como Asociado Principal de Investigación del Centre for Mutual and Employeeowned Business, Oxford, Cliff es Asociado Principal de Mutuo y asesor de Capsticks Solicitors LLP y Cobbetts LLP .

Mario Schujman (Argentina): Abogado, Director de la Maestría en Economía Social de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina), Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Cooperativo y de la Economía Social y Solidaria.

Tema 1

(Ponencias del Congreso de Derecho Cooperativo)

**El acto cooperativo. Noción,
contenido y alcances. Su
incorporación en el derecho positivo
nacional.**



El acto cooperativo.

Alfredo Lamenza.

El acto cooperativo y la teoría del negocio jurídico

Antonio José Sarmiento Reyes.

El acto cooperativo en la legislación peruana a cinco años de su reconocimiento

Carlos Torres Morales.

La incidencia de la cesión de partes sociales en el tríptico patrimonio – socio – vivienda

Enrique Malel.

¿Los derechos y garantías de los usuarios de servicios públicos son aplicables al asociado de una cooperativa de servicios públicos? ¿la relación cooperativizada sustituye a la relación de consumo?

Patricia A. Fernández de Andreani.

A jurisprudência do direito cooperativo brasileiro.

Rafael Carvalho Cunha.

El acto cooperativo en la legislación uruguayana.

Jorge Machado Giachero.

Tema 1: El acto cooperativo. Noción, contenido y alcances. Su incorporación en el derecho positivo nacional. Alfredo Lamenza. El acto cooperativo.

Resumen:

Partiendo de la clásica distinción entre hechos y actos jurídicos en sentido amplio en el ámbito del derecho y de la evolución de los segundos en las distintas ramas jurídicas, se analiza el concepto, contenido, alcance y efectos del acto cooperativo en general.

Asimismo, se analizan tales aspectos y su recepción por la normativa cooperativa vigente en el Uruguay, Ley 18.407.

Clarificado el concepto general y sus efectos, se analiza el concepto de acto cooperativo en cooperativas de consumo y de ahorro y crédito, para luego evaluar si corresponde realizar una discriminación entre las mismas como lo ha hecho la Ley 19.210 de Inclusión Financiera, concluyendo que tal discriminación es injustificada, podría violentar el principio de igualdad consagrado constitucionalmente y constituye una involución del concepto consagrado por la normativa cooperativa específica.

Abstract

Based on the classic distinction between facts and legal acts broadly in the field of law and the evolution of the latter in the different legal branches, the general cooperative act is analyzed in its concept, content, scope and effects.

Furthermore, are analyzed such aspects and their reception by the existing cooperative legislation in Uruguay, Law 18.407.

Clarified the general concept and its effects, the concept of cooperative act in consumer cooperative and in savings and loans cooperative – credit – is analyzed to then evaluate if it is appropriate to make a discrimination between them as it has done the Law 19.210 of Financial Inclusion, concluding that such discrimination is unjustified, it could violate the principle of equality enshrined in the Constitution and is an involution of the concept embodied in the specific cooperative legislation.

I.- Hechos y Actos Jurídicos

En el ámbito del derecho se distinguen los hechos jurídicos en sentido amplio, los hechos jurídicos en sentido estricto y los actos jurídicos.

En general se entiende que el **hecho jurídico** es un suceso causado por la naturaleza o por el hombre que tiene la potencialidad de producir efectos jurídicos los cuales implican, básicamente, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Al decir de Orgaz el hecho jurídico es "*todo acontecimiento al cual la ley liga una consecuencia cualquiera*"¹.

A su vez, los hechos jurídicos pueden distinguirse entre **hechos jurídicos en sentido estricto y actos jurídicos**.

Conforme enseña Franceso Carnelutti, citado por García Maynez, los hechos jurídicos pueden clasificarse, de acuerdo con su naturaleza en "*naturales o causales*" y "*humanos o voluntarios*"; y expresa que "*Los primeros son fenómenos de la naturaleza y los segundos acontecimientos voluntarios, a los que la ley enlaza consecuencias de derecho*" y también son denominados "*actos jurídicos*"².

El **hecho jurídico** en sentido estricto es así el fenómeno de la naturaleza que produce efectos jurídicos, con independencia de la voluntad de la persona o aun contra su voluntad, mientras en el **acto jurídico** interviene la voluntad de la persona dirigida expresamente a producir determinados efectos previstos en la norma, creando, modificando, o extinguiendo obligaciones.

Dentro de los actos jurídicos, al evolucionar las distintas ramas del derecho fueron especificándose **actos jurídicos específicos de cada rama**, así: los actos administrativos, los procesales, los actos de comercio y más recientemente los actos cooperativos.

De lo anterior, se deriva sin hesitación que el acto cooperativo es una especie dentro del género actos jurídicos.

II.- Concepto, contenido, alcance y efectos del acto cooperativo según la doctrina

El instituto jurídico del acto cooperativo, fue propuesto por primera vez, en 1954 por el jurista mexicano Antonio Salinas Puente que lo definió como el "*supuesto jurídico, ausente de lucro y de intermediación, que realiza la organización cooperativa en cumplimiento de un fin preponderantemente económico y de utilidad social*"³.

A su turno, enseña Armando Arturo Moirano que "*para llenar sus fines, la cooperativa se vale del llamado «acto cooperativo» que es toda operación realizada entre las cooperativas y sus asociados, en cumplimiento del objeto social, sin fines de lucro, y cuyo excedente por exceso de*

¹ Orgaz, Alfredo, Hechos y actos o negocios jurídicos, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1963, p. 14.

² García Maynez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 53ª edición, Editorial Porrúa, México 2002, pp. 180 y 181.

³ Antonio Salinas Puente, Derecho cooperativo, Doctrina, jurisprudencia, codificación, Editorial Cooperativismo, México, 1954, p.127.

percepción o exceso de retención, si lo hubiere, deducido..., se devuelve a los asociados en concepto de retorno...".

A su vez, según *Pastorino* "el acto cooperativo es un negocio jurídico unilateral, colegiado y complejo"⁴ y agrega que "es la expresión jurídica de la solidaridad, del esfuerzo propio y de la ayuda mutua, diferenciándose del negocio jurídico ordinario en el que prima el enfrentamiento entre las partes. La solidaridad permite que el acto se desarrolle en el tiempo, cada asociado puede recoger su propia labor societaria desempeñada en la asamblea o la de otro asociado que lo precedió y ejecutar, así el acto. Esto es imposible en los negocios de enfrentamiento –el contrato de cambio- en los que las partes deben actuar simultáneamente..."⁵.

Como viene de exponerse, luego de la definición de Salinas Puentes distintos autores latinoamericanos se han dedicado a conceptualizar al acto cooperativo de manera más o menos similar, con el foco en las especialidades del derecho y la organización cooperativa, y destacando determinados caracteres esenciales a la cooperación.

En función de lo expuesto, podríamos **definir** al acto cooperativo como el acto jurídico por el cual la cooperativa cumple con su objeto social respecto de sus asociados o de otros sujetos específicamente determinados por la legislación. El acto cooperativo se enmarca, lógicamente, dentro de la normativa – incluyendo aquí también los estatutos de las entidades - principios y valores cooperativos. Así, por ejemplo, cada vez que la cooperativa cumple con su objeto respecto de un asociado, estaremos ante un acto cooperativo.

Ahora bien, cada legislación, puede establecer un concepto de acto cooperativo, con lógicas variantes respecto de las definiciones doctrinarias – Infra III analizamos la definición que establece la ley uruguaya -.

En cuanto al **contenido** del acto cooperativo, ya en 1976 los especialistas en la materia establecían en la denominada Carta Jurídica de San Juan que "*El acto cooperativo – analizado mediante la abstracción de notas circunstanciales – contiene ciertos elementos objetivos básicos que lo caracterizan por su propia naturaleza, independientemente de las definiciones legales que se pudieran formular al respecto. Se advierte, en principio, la presencia de los siguientes elementos que integran la noción del acto cooperativo:*

a. necesidades individuales comunes;

b. propósito de obrar conjuntamente;

⁴ Pastorino, Roberto Jorge, Teoría General del Acto Cooperativo, INTERCOOP Editora Cooperativa Ltda., Buenos Aires, 1993, p. 27.

⁵ Pastorino, Roberto Jorge, Teoría General del Acto Cooperativo, INTERCOOP Editora Cooperativa Ltda., Buenos Aires, 1993, p. 34.

c. *solidaridad*;

d. *servicio sin finalidad de lucro*;

e. *bienestar general*;"⁶.

Por su parte, Elsa Cuesta⁷ enumera las siguientes características del acto cooperativo:

"a) actuación en conjunto:... se opera con otro. Lo adquirido o producido en conjunto a través de la cooperativa será distribuido entre los asociados...

b) distribución: la cooperativa no efectúa una venta a sus asociados: la mercadería es de los asociados que operan por medio de la cooperativa...

c) distribución al costo:... el precio final o definitivo será igual al costo del producto más los gastos inherentes a su propia organización...

d) actos de administración:... la organización administra los bienes de los asociados... No hay venta, los bienes se distribuyen al costo, no hay intermediación u operación de mercado...

e) solidaridad, satisfacción de necesidades individuales comunes: es el objeto del acto cooperativo...

f) bienestar general".

En función de lo anterior, la citada autora⁸ distingue "los siguientes elementos integrantes del concepto de acto cooperativo de carácter tipificante: 1) *necesidades individuales comunes (presupuesto y objeto básico del acto cooperativo)*; 2) *ausencia de finalidad de lucro (como sistema económico y socialmente más justo para concretar el bien particular del grupo por medio de la satisfacción de las primeras)*; 3) *solidaridad (como valor esencial permanente e indispensable para el logro de la integración social, el bienestar particular de los miembros del grupo y el general de la comunidad)*; 4) *integración social (del grupo a través del espíritu de colaboración activo y como técnica de transformación de la sociedad política en comunidad)*; y 5) *bienestar general (como fin del sistema)*".

Respecto, de los **efectos** que se busca lograr con la consagración expresa del acto cooperativo podemos contar los siguientes:

⁶ Carta Jurídica de San Juan, II Congreso Continental de Derecho Cooperativo, San Juan de Puerto Rico 1976, Revista de Idelcoop, Año 1976, Vol. 3, Nº 11.

⁷ Cuesta, Elsa. Manual de Derecho Cooperativo, Ed. Abaco, Bs. As., 2000, pp. 42 a 44.

⁸ Cuesta, Elsa. Manual de Derecho Cooperativo, Ed. Abaco, Bs. As., 2000, p. 44.

- 1) Establecer un concepto o instituto jurídico específico del derecho cooperativo que tenga en cuenta sus particularismos.
- 2) A través del mismo difundir y facilitar el desarrollo y enseñanza del derecho cooperativo.
- 3) Fundamentar la autonomía del derecho cooperativo.
- 4) Determinar la jurisdicción competente en materia cooperativa.
- 5) Normar de manera específica la vinculación entre las cooperativas y sus asociados o con otras cooperativas.
- 6) Establecer un marco conceptual que permita demostrar el particularismo jurídico del vínculo cooperativo entre la cooperativa y sus socios para la interpretación y correcta aplicación de la normativa tributaria⁹.
- 7) Establecer un marco conceptual que permita demostrar el particularismo jurídico del vínculo cooperativo entre la cooperativa y sus socios para la interpretación y correcta aplicación de la normativa de otras ramas del derecho como, por ejemplo, la defensa del consumidor¹⁰.
- 8) Establecer un marco jurídico y conceptual que permita justificar la obtención de determinados beneficios estatales para las entidades cooperativas.

En relación con el **alcance** del acto cooperativo en lo que dice relación con las distintas clases y tipos de cooperativas, como ya se señalaba en la Carta Jurídica de San Juan "*La noción esencial del acto cooperativo es aplicable a las diversas actividades que realizan las cooperativas y que, como ha sido reconocido universalmente, abarcan con la mayor amplitud los requerimientos económicos, sociales y culturales de las personas y de la comunidad*"¹¹.

Tal aserto, se encuentra consagrado en la sistemática de la Ley 18.407 General de Cooperativas, que tiene un título común a todas las modalidades y luego capítulos específicos con ligeras especificidades para cada tipo cooperativo, y especialmente en el art. 9 que establece un único concepto de acto cooperativo aplicable a todas las modalidades y en el art. 4 inc. 2 el cual dispone

⁹ Al respecto véase: Amaral, Gustavo, ICMS e Cooperativas: Há um adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas?, Las Cooperativas y los Impuestos en el MERCOSUR, Intercoop Editora, Buenos Aires, 2004, pp. 235 a 248.

¹⁰ Al respecto véase: Cracogna, Dante, El acto cooperativo y la Defensa del Consumidor, Publicación No 24, 2a Serie, Gidecoop, Diciembre de 2013, pp. 5 a 13.

¹¹ Carta Jurídica de San Juan, II Congreso Continental de Derecho Cooperativo, San Juan de Puerto Rico 1976, Revista de Idelcoop, Año 1976, Vol. 3, N° 11.

que: “Cualquier actividad económica lícita podrá ser organizada y desarrollada mediante una entidad constituida al amparo de la presente ley”.

III.- Concepto, contenido, alcance y efectos del acto cooperativo en la Ley 18.407

En nuestro país, es la Ley de Cooperativas 18.407 la que en su art. 9 define al acto cooperativo de la siguiente manera¹²: “Son actos cooperativos los realizados entre las cooperativas y sus socios, por éstas y los socios de sus cooperativas socias, o por las cooperativas entre sí cuando estuviesen asociadas bajo cualquier forma o vinculadas por pertenencia a otra de grado superior, en cumplimiento de su objeto social.

Los mismos constituyen negocios jurídicos específicos, cuya función económica es la ayuda mutua, quedan sometidos al derecho cooperativo y para su interpretación se entenderán integrados por las estipulaciones del estatuto social.

Tendrán por objeto la creación, modificación o extinción de obligaciones, negocios dispositivos en sentido amplio o en sentido estricto.

En caso de incumplimiento, la parte a la cual se le incumpla podrá optar entre la ejecución forzada y la resolución o rescisión según corresponda, más daños y perjuicios. Se deberá solicitar judicialmente y el Juez podrá otorgar un plazo de gracia.

En todo lo no previsto en las leyes cooperativas se aplicarán al acto cooperativo los principios generales en materia de negocio jurídico en general y de los contratos en particular, en lo compatible y en cuanto correspondiere o fuere pertinente.

Los vínculos de las cooperativas con sus trabajadores dependientes se rigen por la legislación laboral”.

Conforme con nuestra legislación, tendríamos entonces que el acto cooperativo es el “negocio jurídico” que crea, modifica o extingue obligaciones, realizado por la cooperativa “en cumplimiento de su objeto social” con sus socios, con los socios de sus cooperativas socias, o por las cooperativas entre sí cuando estuviesen asociadas o vinculadas por pertenencia a otra de grado superior. Tiene por función económica la ayuda mutua, y se rige por el derecho cooperativo y el estatuto social.

¹² Anteriormente, sólo el Decreto - Ley 15.645, sobre cooperativas agrarias, - actualmente derogado - había definido al acto cooperativo, en su artículo 4 de la siguiente manera: “Actos cooperativos son los realizados entre la Cooperativa y sus miembros en cumplimiento del objeto de aquélla.

Los mismos constituyen negocios jurídicos específicos cuya función económica es la ayuda mutua, no considerándose actos de comercio.

Cuando el acto cooperativo contenga una obligación de dar, la entrega transfiere el dominio, salvo que expresamente se establezca lo contrario”.

Analicemos la definición legal, para determinar el **contenido** del acto cooperativo en nuestra legislación.

En primer lugar, el acto cooperativo es un “*negocio jurídico*” que crea, modifica o extingue obligaciones. No es este el ámbito para profundizar sobre el término, pero debemos expresar que la doctrina civilista lo ha entendido como sinónimo de “*acto jurídico*” – cuya definición desarrollamos supra I – o también como especie dentro del género acto jurídico que involucra un conjunto de actos jurídicos en que se manifiesta la autonomía de la voluntad regulando intereses de las personas que se relacionan en el mismo y dando lugar al nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas que implican un haz de obligaciones.

En segundo lugar, ese acto jurídico debe realizarse en cumplimiento del objeto social de la cooperativa de que se trate, cualquiera que sea su clase. El objeto social podemos decir que son las actividades que puede y debe desarrollar la entidad para el cumplimiento de sus fines estatutarios.

En tercer lugar, el acto cooperativo va a existir en tanto el negocio jurídico en cumplimiento del objeto vincule a la cooperativa de que se trate con determinados sujetos, a saber: a) con uno o más de sus socios, b) con uno o más de los socios de sus cooperativas socias – a los cuales a estos fines los considera prácticamente como socios en una particularidad del derecho uruguayo poco común en el derecho comparado cooperativo - o c) con otra u otras cooperativas cuando estuviesen asociadas o vinculadas por pertenencia a otra de grado superior.

En cuarto lugar, se establece que “*la función económica*” –la que generalmente el derecho no toma en consideración, pero se consideró relevante por el legislador en materia cooperativa - es la “*ayuda mutua*”, es decir: la cooperación entre individuos. Personalmente, creo que más que a la función económica – a pesar de lo que establece la ley en el art. 9 – a lo que se está refiriendo es a la forma de organizar la empresa cooperativa – en concordancia con el concepto de cooperativa que se establece en el art. 4 de la Ley 18.407 en donde también se menciona el concepto de ayuda mutua -, es decir mediante el esfuerzo mancomunado, recíproco y solidario de sus asociados. Parece claro que la función económica, pasa por facilitar el acceso de los asociados a menor costo de bienes o servicios o de brindarles trabajo.

En quinto lugar, el acto cooperativo, se regirá por el derecho cooperativo – Constitución, ley, reglamentación - y por el específico estatuto de la entidad, que en sentido lato forma parte también del derecho cooperativo. Conforme con el art. 3 inc. 2 de la Ley 18.407 el “*Derecho cooperativo es el conjunto de normas especiales, jurisprudencia, doctrina y prácticas basadas en los principios que determinan y regulan la actuación de las organizaciones cooperativas y los sujetos que en ellas participan*”.

A su vez, debe tenerse presente que conforme con el artículo 10 de la Ley 18.407, atendiendo al objeto del acto cooperativo, según el mismo sea brindar trabajo o un bien o servicio, se divide a las modalidades cooperativas en tres grandes grupos: a) de trabajadores; b) de consumidores, y c) mixtas o de trabajadores y consumidores a la vez. Dispone dicho artículo: *“Las cooperativas, de acuerdo al objeto del acto cooperativo, serán de trabajadores, de consumidores (o usuarios) o de trabajadores y consumidores a la vez”*.

Respecto del **alcance** del acto cooperativo, en razón de las modalidades de cooperativas que abarca, debemos expresar por los fundamentos expuestos supra - Sistemática de la Ley 18.407 General de Cooperativas y disposiciones de los arts. 9, 10 y 4 inc. 2 de la misma ley – que están incluidos dentro del concepto todos los tipos de cooperativas sin distinción alguna, cualquiera sea la actividad que desarrollen.

En relación a los **efectos** que jurídicamente el concepto posee en nuestro país, del art. 9 de la Ley 18.407 se derivan los siguientes:

- 1) el sometimiento al derecho cooperativo, y por añadidura a la jurisdicción competente en dicha materia;
- 2) creación, modificación o extinción de obligaciones.
- 3) procedimiento de integración normativa específico: aplicación de los principios generales del negocio jurídico en general y de los contratos en particular, en lo compatible.
- 4) reconocimiento que el vínculo de las cooperativas con sus trabajadores dependientes se rige por la legislación laboral, dejando en claro a contrario que el vínculo con sus asociados no es laboral.
- 5) clasificación de las cooperativas en tres modalidades: de trabajadores, de consumidores y mixtas.

A su vez, de la Ley 19.210 de 29/04/2014, de Inclusión Financiera, se derivan determinadas consecuencias adicionales para el acto cooperativo de consumo.

En efecto, el art. 32 de la Ley 19.210 – que dio nueva redacción al art. 1° de la Ley 17.829, de 18 de setiembre de 2004, en la redacción dada por el artículo 382 de la Ley 19.149, de 24 de octubre de 2013 -, relativo al orden de *“Prioridad en las retenciones sobre retribuciones salariales y pasividades”* dispuso: *“En las retenciones sobre retribuciones salariales y pasividades tendrán prioridad las dispuestas por Juez competente destinadas a servir pensiones alimenticias y luego, por su orden, las siguientes:*

A) *Retenciones por concepto de servicio de garantía de alquileres provisto por la Contaduría General de la Nación, por las compañías de seguros autorizadas a funcionar por el Banco Central del Uruguay o por cualquier otra entidad habilitada al efecto.*

B) *Cuota sindical.*

C) *Cuotas correspondientes a créditos otorgados por la División Crédito Social del Banco de la República Oriental del Uruguay.*

D) *Cuotas correspondientes a créditos concedidos por el Banco Hipotecario del Uruguay, la Agencia Nacional de Vivienda y la Comisión Honoraria pro Erradicación de la Vivienda Rural Insalubre (MEVIR - Doctor Alberto Gallinal Heber).*

E) *Cuotas correspondientes a la contratación de seguros de vida colectivos con el Banco de Seguros del Estado u otras compañías de seguros autorizadas a funcionar por el Banco Central del Uruguay.*

F) *Cuotas de afiliación a instituciones de asistencia médica colectiva u otras instituciones de asistencia médica de régimen de prepago.*

G) *Cuotas correspondientes a Créditos de Nómina otorgados por las instituciones habilitadas a tales efectos y a **actos cooperativos realizados por sus socios en Cooperativas de Consumo** con autorización legal a retención de haberes (...)* (el resaltado es nuestro).

A su vez, la Ley 19.210, en su artículo 34, reguló el porcentaje de intangible del salario o pasividad, el cual no se puede retener para el pago a determinados acreedores calificados legalmente, particularizando también la situación del acto cooperativo de consumo al disponer: *“Ninguna persona física podrá percibir por concepto de retribución salarial o pasividad una cantidad en dinero inferior al 30% (treinta por ciento) del monto nominal, deducidos los impuestos a las rentas y sus correspondientes anticipos, y las contribuciones especiales de seguridad social. Dicho porcentaje se elevará a 35% (treinta y cinco por ciento) a partir del 1° de enero de 2015, a 40% (cuarenta por ciento) a partir del 1° de enero de 2016, a 45% (cuarenta y cinco por ciento) a partir del 1° de enero de 2017 y a 50% (cincuenta por ciento) a partir del 1° de enero de 2018. **En el caso de las retenciones previstas en el literal A) del artículo 1° de la presente ley y de las correspondientes a los actos cooperativos a los que refiere el literal G) del mismo, dicho porcentaje se mantendrá en 30% (treinta por ciento)**”* (los resaltados son nuestros).

Por manera que la Ley 19.210, en los artículos transcritos, estableció nuevos efectos diferenciales para los actos cooperativos, pero no con carácter general sino solamente para las cooperativas de consumo, restringiendo así el alcance general del concepto de acto cooperativo, consagrado tanto por la doctrina – supra II – como por la ley general de cooperativas – supra III -.

IV.- Concepto de Acto cooperativo en cooperativas de consumo

Si conforme con nuestra legislación – art 9 de la Ley 18.407 -, hemos definido - supra III - al acto cooperativo como el negocio jurídico que crea, modifica o extingue obligaciones, realizado por la cooperativa en cumplimiento de su objeto social con sus socios, con los socios de sus cooperativas socias, o por las cooperativas entre sí cuando estuviesen asociadas o vinculadas por pertenencia a otra de grado superior.

Estaremos ante un acto cooperativo en una cooperativa de consumo, cuando una de las partes que realiza el acto es una cooperativa de tal clase con el objeto de satisfacer “*necesidades de consumo de bienes y servicios de sus socios*”, conforme se define a dichas cooperativas en el art. 106 de la Ley 18.407¹³. Estas cooperativas básicamente, a través del citado acto, entregan bienes a sus asociados.

V.- Concepto de Acto cooperativo en cooperativas de ahorro y crédito

De acuerdo con la noción de acto cooperativo establecida – supra II y III -, y con el objeto específico establecido en el art. 162 de la Ley 18.407, el acto cooperativo de ahorro y crédito es aquel desarrollado por una cooperativa de ahorro y crédito con el objeto de promover el ahorro de sus socios y proporcionarles créditos y otros servicios financieros¹⁴. Estas cooperativas básicamente a través del citado acto otorgan créditos a sus asociados.

VI.- Injustificada diferenciación entre acto cooperativo realizado por una cooperativa de consumo y acto cooperativo realizado por una cooperativa de ahorro y crédito

De lo que viene de exponerse, surge que hay un solo concepto general, tanto doctrinario como legal, de acto cooperativo, variando solamente su contenido específico en función del objeto de cada clase de cooperativa.

Tal como surge de la descripción – supra IV y V - de los actos cooperativos que realizan las cooperativas de consumo y de ahorro y crédito, no existe una diferencia ontológica, de esencia o de naturaleza en el acto cooperativo cuando lo materializa uno u otro tipo de entidad.

Particularmente, además, en el caso de las cooperativas, parte de su función económica es eliminar intermediación, por ejemplo, entre el bien – cooperativa de consumo – o el servicio – cooperativa de ahorro y crédito – y su asociado.

Y en tales casos, el bien o servicio que se otorgan son requeridos por el asociado, y aunque puede tratarse de cualquier clase de bienes los potencialmente asequibles o el dinero prestado puede ser

¹³ Ley 18.407, art. 106: “(Definición y objeto).- Son cooperativas de consumo aquellas que tienen por objeto satisfacer las necesidades de consumo de bienes y servicios de sus socios, pudiendo realizar para ello todo tipo de actos y contratos”.

¹⁴ Ley 18.407, art. 162: “(Objeto).- Son cooperativas de ahorro y crédito aquellas que tienen por objeto promover el ahorro de sus socios y proporcionarles créditos y otros servicios financieros”.

utilizado para el fin que el asociado libremente disponga, claramente por el sustrato social de tales entidades, en ambos casos es común que con los bienes o servicios adquiridos se cubran necesidades básicas de alimentación, educación y salud.

La idéntica naturaleza entre el acto cooperativo realizado por una cooperativa de consumo y el realizado por una cooperativa de ahorro y crédito, se encuentra consagrada además en la Ley 18.407, en su art. 10 – visto supra III – al englobar dentro de la misma modalidad de consumidores a ambos tipos cooperativos en función del objeto del acto cooperativo que materializan, parificándolo incluso.

Por tanto, cualquier discriminación realizada entre un acto cooperativo de consumo y otro de ahorro y crédito, en perjuicio de uno u otro tipo cooperativo, carece de toda justificación ontológica, contraviene la sistemática, la letra – visto supra III - y el espíritu de la Ley General de Cooperativas 18.407, e incluso podría considerarse que violentaría el principio de igualdad establecido en nuestra Constitución de la República en los arts. 8, 72 y 332 dado que se estaría realizando una discriminación indebida entre iguales^{15 16}.

A su vez, tal injustificada diferenciación, constituye una involución del concepto general de acto cooperativo trabajosamente establecido en la Ley General de Cooperativas 18.407, cuyo alcance es abarcativo de todo las clases de cooperativas, no existiendo desde el punto de vista jurídico un acto cooperativo particular de cada clase de entidad, sino distintas manifestaciones del mismo en función del objeto que tales entidades posean.

Por tanto, debemos **concluir** que jurídicamente, el acto cooperativo es uno sólo y no existe fundamento alguno para tratarlo de forma diferente en función de la clase de cooperativa de que se trate, menos aún en el caso de cooperativas que propenden a eliminar la intermediación en materia de acceso a bienes o servicios para las personas de menores recursos económicos.

¹⁵ Constitución Nacional, artículo 8º: “*Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes*”.

Artículo 72: “*La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno*”.

Artículo 332: “*Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas. Artículo 8º.- Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes*”.

¹⁶ Un análisis más profundo sobre el punto excede los márgenes del presente trabajo.

1. Introducción

El acto cooperativo, como una institución propia del derecho cooperativo que fundamenta la autonomía científica de esta rama del derecho, constituye uno de los aportes más importantes del cooperativismo latinoamericano a la doctrina cooperativa, si bien, aún no ha tenido suficiente difusión y aceptación en Norteamérica, así como en los demás continentes.

Su utilidad, no solo teórica, sino práctica, la han experimentado los diferentes países de la región, a tal punto, que la mayoría de las legislaciones cooperativas latinoamericanas lo contemplan en sus textos. Sin embargo, el desarrollo legal que ha tenido esta institución no ha sido uniforme en todos los países latinoamericanos y aunque hay elementos comunes en la definición del acto cooperativo, existen notables diferencias en cuanto al alcance del mismo. En el trasfondo, se encuentra que el desarrollo de la teoría del acto cooperativo ha seguido de cerca la teoría del acto o negocio jurídico.

En esta ponencia, una vez traídos a colación algunos aspectos generales de la teoría del acto o negocio jurídico, se parte de la definición genuina del acto cooperativo en las primeras legislaciones cooperativas latinoamericanas que lo contemplaron, así como en la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina, para describir a renglón seguido el desarrollo que ha venido teniendo en legislaciones posteriores y su coincidencia, en el aspecto formal, con el desarrollo de la teoría general del acto o negocio jurídico en el derecho privado; lo anterior, sin desconocer que en los aspectos sustanciales se han establecido las particularidades esenciales para diferenciarlo de otro tipo de actos o negocios jurídicos.

Nos proponemos analizar los parámetros generales que podrían orientar el desarrollo futuro de la teoría del acto cooperativo, para lo cual, la teoría general del acto o negocio jurídico (dependiendo de cómo se le denomine en cada legislación) ofrece elementos que merecen ser estudiados en perspectiva con miras a determinar su posible contribución a dicho desarrollo.

2. Aspectos generales de la teoría del acto jurídico o negocio jurídico

Aunque existen muchas posiciones diversas entre los civilistas respecto de la teoría del negocio jurídico según Ospina & Ospina (2005), al punto que en algunos países se habla de *acto jurídico* y no de *negocio jurídico*, si se acogen los parámetros más generalizados, se podría partir desde la noción misma del negocio jurídico y avanzar hacia la clasificación de los diferentes negocios jurídicos que existen, para poder observar cómo la teoría del acto cooperativo va coincidiendo con dichas clasificaciones en gran medida y de esta forma, tener una visión de lo que puede ser el desarrollo hacia el futuro de la teoría del acto cooperativo.

En los códigos civiles más antiguos de Latinoamérica, que en gran parte se apoyaron en el Código de Napoleón de 1804, se distingue entre hechos jurídicos y actos jurídicos. Los hechos jurídicos son situaciones de facto que generan consecuencias para el derecho, pero en las cuales no existe la voluntad de un ser humano o de una persona jurídica para ocasionarlos, como una catástrofe u otros hechos de la naturaleza. Es más, aunque existiera la voluntad de generar esas situaciones de hecho, como en el caso de un delito, las consecuencias jurídicas se producirían independientemente de la voluntad de los agentes. Por el contrario, los actos jurídicos implican una voluntad consciente y reflexiva de producir las consecuencias jurídicas, como en el caso de la celebración de un contrato de compraventa.

En los códigos más modernos, que siguen de cerca el BGB alemán o el ZGB suizo, entre otros, así como en doctrinas más recientes sobre el tema, se hace la diferencia entre hechos jurídicos, actos jurídicos y negocios jurídicos. En los hechos jurídicos no interviene la voluntad humana, como los que son ocasionados por la naturaleza; en los actos jurídicos sí interviene la voluntad pero los efectos jurídicos no son deseados o no se producen a causa de dicha voluntad, como en los delitos; y en los negocios jurídicos, existe una voluntad consciente y reflexiva de producir efectos para el derecho, como en los contratos.

En esta ponencia utilizamos las dos expresiones (acto jurídico y negocio jurídico)¹⁷, como si fueran prácticamente sinónimos, para comprender las diferentes legislaciones latinoamericanas. Además, es claro que los actos cooperativos implican la voluntad de producir efectos jurídicos para el derecho cooperativo.

Ahora bien, aceptando que el acto cooperativo es una especie dentro de los diferentes actos o negocios jurídicos que pueden existir en el derecho, como son especies, también, el acto de comercio u otros, resulta evidente que acudiendo a las definiciones de corte aristotélico en las que se parte del género próximo y se señala la diferencia específica, una definición de acto cooperativo nos llevaría a que el género próximo sería el acto o negocio jurídico, y la diferencia específica implicaría distinguirlo de otros tipos de actos como el acto de comercio, los negocios civiles, las relaciones laborales y todas las demás clases de actos o negocios jurídicos de derecho privado de los cuales se sustraen los actos cooperativos por su especialidad.

Teniendo en cuenta los parámetros anteriores, es posible diferenciar, por ejemplo, entre un contrato de mutuo civil entre particulares; un mutuo comercial entre un banco y una persona natural cliente del mismo; y un mutuo cooperativo, como sería un crédito otorgado por una cooperativa a un asociado. De la misma manera, se puede diferenciar entre un contrato de trabajo

¹⁷ Es importante aclarar que según Ospina & Ospina (2005), en el Código Civil Colombiano el término acto jurídico se utiliza exclusivamente para hacer referencia a “*toda manifestación de voluntad directamente encaminada a la producción de efectos jurídicos*”.

regido por la legislación laboral y un acto cooperativo de trabajo, en una cooperativa de trabajo asociado.

3. Aplicación de los requisitos para la existencia y validez de los actos o negocios jurídicos a los actos cooperativos

El hecho de que existan diferencias específicas entre los actos o negocios jurídicos de otras ramas de derecho privado y los actos cooperativos, no significa que no haya muchos elementos en común que deban tenerse en cuenta para avanzar en el desarrollo de la teoría del acto cooperativo.

Así, por ejemplo, los vicios del consentimiento¹⁸ (o de la voluntad para algunos civilistas), como el error, la fuerza y el dolo, que vician de nulidad un contrato civil, mercantil o laboral, también les son aplicables a los actos cooperativos. En efecto, en una seudocooperativa de trabajo asociado, que se constituya para desconocer los derechos de los trabajadores como sus salarios y prestaciones legales, y no para brindarles puesto de trabajo en las mejores condiciones posibles, existe objeto ilícito; y quien se asocia y acepta contraer obligaciones como trabajador asociado está siendo víctima de un dolo que vicia el consentimiento y hace nulo el acto cooperativo de trabajo asociado.

Sobre esto hay numerosa jurisprudencia en algunos países, en los que los jueces laborales han hecho prevalecer el contrato realidad (que era un contrato de trabajo) sobre el contrato aparente (contrato de trabajo asociado) para sentenciar que se paguen a los supuestos trabajadores asociados todas aquellos salarios y prestaciones a los que por ley tenían derecho como verdaderos trabajadores dependientes que eran, en lugar de recibir las compensaciones que como supuestos dueños de la empresa cooperativa les correspondían, toda vez que dicha empresa era manipulada por un empleador disfrazado de cooperativa¹⁹.

¹⁸ El Artículo 1508 del Código Civil Colombiano habla de vicios del consentimiento en los siguientes términos: “**ARTÍCULO 1508.** Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo.”, sin embargo reconocidos tratadistas como es el caso de Ospina & Ospina (2005), consideran que se debe hablar de vicios de la voluntad toda vez que “...el consentimiento, en su acepción – técnico jurídica, denota el encuentro y la unificación de las voluntades de dos o más personas en un mismo querer (in idem placitumconsensus) el que solamente deja de realizarse cuando las declaraciones de esas voluntades son divergentes, lo que constituye disentimiento o disenso. El tema que aquí se avoca es otro: se trata de la discordancia entre la voluntad real y su declaración, cuando esta obedece al error, al dolo o la fuerza.”

¹⁹ Sobre el particular la Corte Constitucional Colombiana, en la Sentencia C 614 del año 2009, se pronunció en los siguientes términos: “De hecho, esta Corporación reitera de manera enfática la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas asociativas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo. Por ejemplo, en muchas ocasiones, las cooperativas de trabajo asociadas, que fueron creadas por la Ley 79 de 1988, modificadas por la Ley 1233 de 2008 y reglamentadas por el Decreto 3553 de 2008, para facilitar el desarrollo asociativo y el cooperativismo, se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, prohíbe su intermediación laboral.

(...)

Así las cosas, en el análisis probatorio del caso concreto, deberá tenerse en cuenta factores como: **i) la voluntariedad con la que las partes acuden a la forma contractual escogida.** Dicho en otros términos, por ejemplo, si un asociado debe afiliarse a una cooperativa para obtener un contrato de trabajo, es claro que dicha decisión no es libre y, por ese hecho, ese acto constituye una desviación de la forma asociativa legal y constitucionalmente autorizada. **ii) la finalidad con la que se acude a la forma contractual,** pues si se celebran contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones

Siguiendo estos mismos parámetros, se llega a la conclusión que los requisitos para la existencia y validez aplicables a los actos o negocios jurídicos en el derecho privado, son válidos para los actos cooperativos; sin embargo, en esta materia se abre todo un campo de investigación para determinar cuáles son los requisitos especiales que pueden tener los actos cooperativos, que los diferencien de los demás actos o negocios jurídicos.

A manera de ejemplo, el acto fundacional o acuerdo cooperativo (como se le denomina en algunos países latinoamericanos), mediante el cual se constituye una cooperativa, sería un acto solemne, no simplemente consensual²⁰, pues requiere de unas formalidades tales como la asamblea de constitución, la aprobación del estatuto, la elección de los miembros de los órganos de administración y vigilancia, y el acta de constitución, entre otros, para su existencia. Además, a este acto o negocio jurídico cooperativo se le aplicarían los requisitos de validez comunes a los actos o negocios jurídicos, tales como la capacidad legal de los contratantes, la ausencia de vicios del consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita (en los países que acogen las teorías causalistas).

Nuevamente, en el caso de una seudocooperativa de trabajo asociado, la causa, es decir, el fin determinante que induce a la celebración del acto o contrato, como lo definía el jurista francés Josserand y como lo señalaba el profesor colombiano Carlos Uribe Garzón en varias de sus conferencias, sería ilícita, pues se trataría de la burla de los derechos de los trabajadores asociados. Igualmente, en una seudocooperativa de ahorro y crédito, en la que usureros, como ha pasado en Latinoamérica, crean una cooperativa para beneficiarse de las prerrogativas tributarias y otros beneficios de los que gozan las cooperativas, con el fin de prestar su dinero a los asociados

*permanentes de la entidad, o si se acuerda la prestación de servicios personales subordinados a cambio de una remuneración económica con una cooperativa de trabajo, de tal forma que puedan retirarse trabajadores de sus nóminas, o recortarse plantas de personal, o se celebran contratos con empresas de servicios temporales para el desempeño de funciones propias del giro ordinario de los negocios empresariales, es evidente que se ha utilizado una forma contractual legal para desnaturalizar la relación laboral. **iii) la prestación directa del servicio y el ánimo con el que el beneficiario del trabajo lo recibe.** En efecto, quien contrata un servicio personal de trabajo debe ser plenamente consciente de la naturaleza del vínculo acordado, pues si celebra un contrato de prestación de servicios profesionales no puede exigir subordinación del trabajador, o si celebra un contrato de prestación de servicios con una cooperativa de trabajo no puede ser ajeno a la relación laboral que se genera entre el trabajador y la cooperativa" (Negrillas y subrayas por la Sala).*

En el mismo sentido podemos observar la Sentencia T 449 de 2010 de la Corte Constitucional Colombiana en la cual se dijo lo siguiente: *El principio de primacía de lo sustancial sobre la forma obliga a la garantía de los derechos de los trabajadores por encima de las condiciones que formalmente hayan sido pactadas, si éstas resultan desfavorables a los mismos, bajo el entendido de que los trabajadores están situados en desigual condición respecto de sus empleadores. En sentencia C-665 de 1998 se dijo que éste envolvía un "reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades". En este orden de ideas, podría declararse la existencia de una relación jerárquica de trabajo cuando la realidad del contexto demuestre que "una persona natural aparece prestando servicios personales bajo continuada subordinación o dependencia a otra persona natural o jurídica"^[39]. Surgen así obligaciones y derechos entre las partes que se ubican en el plano de la regulación laboral ordinaria.*

²⁰ Para realizar esa clasificación partimos de la conceptualización de Leal (2014), el cual siguiendo a Guillermo Cabanellas, precisa que: "corresponde a una clasificación, según baste el consentimiento para su perfección deba dársele o hacerse algo para ella. Así, el contrato es real cuando, para que sea perfecto es necesaria la tradición de la cosa a la que se refiere, es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento".

usuarios de dichos servicios, habría causa ilícita y el acto fundacional o acuerdo cooperativo podría ser declarado nulo absolutamente por un juez del respectivo país.

Desde luego que, sin perjuicio de los elementos comunes que se pueden encontrar entre todos los actos o negocios jurídicos y los actos cooperativos en cuanto a los requisitos para su existencia y validez, al adelantar investigaciones más a fondo sobre este tema se podrían encontrar elementos especiales de los actos cooperativos que los diferenciarían o particularizarían respecto de los requisitos generales aplicables a todos los demás actos o negocios jurídicos.

Así, por ejemplo, volviendo al elemento causa, para los países cuyas legislaciones acogen las teorías causalistas, las finalidades del acto cooperativo que son las de ser sin ánimo de lucro, con ánimo de servicio, de satisfacción de las necesidades y aspiraciones económicas sociales, culturales o ambientales de sus asociados, serían una diferencia de fondo con los demás actos o negocios jurídicos, como los mercantiles, cuya causa o finalidad es precisamente el lucro y no el servicio.

4. La clasificación de los actos o negocios jurídicos y la clasificación de los actos cooperativos

Existen numerosas clasificaciones de los actos o negocios jurídicos. Entre las más conocidas, están las que los diferencian según los requisitos para su perfeccionamiento: hay actos o negocios consensuales, solemnes y reales (estos últimos todavía en algunos países). Según la ejecución de las obligaciones que surgen de los mismos, se clasifican en actos de ejecución instantánea y de ejecución tracto-sucesiva (como el caso del contrato de arrendamiento cuyas obligaciones no se ejecutan en un solo momento sino en forma sucesiva). Según las cargas económicas que generan para las partes, se habla de actos gratuitos y actos onerosos. Según la posibilidad de discutir las obligaciones de las partes, se clasifican en contratos de libre discusión o de adhesión; en estos últimos, como sucede con los contratos de transporte aéreo, por ejemplo, solo cabe la adhesión, pues en la práctica no se da la oportunidad de negociar las cláusulas del contrato a los usuarios de los servicios aéreos.

A los actos cooperativos les son aplicables estas clasificaciones, las cuales nos permiten decantarlos aún más. Por ejemplo, el acto fundacional o acuerdo cooperativo, que como lo sustentamos más adelante, consideramos que forma parte de los actos cooperativos, sería un acto solemne, oneroso (por los aportes que deben hacer los asociados en desarrollo del principio de participación económica de los mismo), de ejecución tracto-sucesiva. Para quienes constituyen la cooperativa sería de libre discusión, para quienes ingresen posteriormente sería de adhesión; y una vez se asocian, en cada asamblea se vuelve para ellos, nuevamente, de libre discusión (concretamente cuando se discute una reforma estatutaria que modifica el acuerdo cooperativo).

Ahora, dentro de las numerosas formas de clasificar los actos o negocios jurídicos, para efectos de esta ponencia, tiene especial importancia la planteada por Ospina & Ospina (2005) que los divide en actos unipersonales y convenciones, dependiendo del número de partes que intervienen en el mismo: si es una sola: unipersonales; si son dos o más: convenciones.

Los actos jurídicos o negocios jurídicos unipersonales consisten en manifestaciones de voluntad de una sola persona, mientras que las convenciones son acuerdos de voluntades de dos o más personas. Los actos o negocios jurídicos unipersonales, a su turno, se clasifican en simples y complejos o colectivos. Ejemplo de actos jurídicos o negocios jurídicos simples son el otorgamiento de un testamento o el reconocimiento de un hijo, al igual que la aceptación de una herencia o su repudio. Ejemplos de actos o negocios jurídicos unipersonales colectivos son las decisiones que toman los órganos de una persona jurídica, como sería el caso de una reforma del estatuto o la elección de directivos.

En consecuencia, cuando una asamblea aprueba los estados financieros de la cooperativa, no se está ante un acuerdo de voluntades de los asociados que asisten a dicha reunión; sino ante una manifestación de la voluntad de la persona jurídica (cooperativa) a través de su órgano máximo que es la asamblea. De manera similar, cuando un consejo de administración expide un reglamento de crédito, se trata de un acto cooperativo unipersonal colectivo.

Por su parte, las convenciones implican el acuerdo de voluntades de dos o más partes, como en la compraventa, el arrendamiento, o en la constitución de una sociedad o una cooperativa, que serían actos jurídicos o negocios jurídicos plurilaterales de organización.

Siguiendo los lineamientos anteriores, cuando se constituye una cooperativa los fundadores están ejerciendo su derecho fundamental de asociación consagrado en todas las constituciones políticas de los países latinoamericanos, pero todavía no existe la persona jurídica cooperativa. Se trata de una asociación de hecho. Esta asamblea de constitución no se va a regir por el derecho civil ni el mercantil sino por el derecho cooperativo y en nuestra opinión, configura un verdadero acto cooperativo entre los fundadores. En este sentido debería quedar incluido en la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina, aun cuando no se trata de una relación jurídica entre la cooperativa (que todavía no existe formalmente) y sus asociados, ni entre cooperativas entre sí en desarrollo del objeto social; sino un acto entre los asociados fundadores, exclusivamente.

Cuando después de constituida la cooperativa y obtenida la personalidad jurídica respectiva, una persona natural o jurídica solicita su vinculación y es admitida, estamos ante un acuerdo de voluntades para crear obligaciones (contrato); se trata del primer acto cooperativo entre el solicitante (nuevo asociado) y su cooperativa.

Por su parte, cuando un asociado manifiesta su voluntad de retirarse, por tratarse del derecho fundamental de libre asociación (libertad negativa), no se requiere de aceptación por parte de ningún órgano de la cooperativa, pues nadie podría obligar al asociado a permanecer si quiere ejercer su libertad negativa de asociación. Por lo tanto, aquí, a diferencia de la admisión, no hay un acuerdo de voluntades, no existe un acto jurídico bilateral sino una manifestación unilateral de voluntad, es decir, un acto cooperativo unipersonal simple. Este también es un acto cooperativo aunque paradójicamente no lo parezca, pues es una relación jurídica entre el asociado y su cooperativa en desarrollo del objeto social. En efecto, se trata de la puesta en práctica del primer principio universal cooperativo: adhesión voluntaria y abierta, que implica no solo la voluntad de ingresar a una cooperativa y permanecer en esta (libertad positiva de asociación), sino también el derecho inalienable de no ingresar o de retirarse en todo momento (libertad negativa de asociación).

Tradicionalmente se ha distinguido entre actos cooperativos de servicios y actos cooperativos de trabajo, según la clase de cooperativas; pero como queda expuesto en los párrafos anteriores, la clasificación de los actos cooperativos es tan variada como la de los actos o negocios jurídicos, en general.

5. La definición de acto cooperativo en la Ley Marco Para las Cooperativas de América Latina y algunas legislaciones latinoamericanas

Al hacer un análisis sistemático de las diferentes definiciones de acto cooperativo que se han consagrado en las leyes latinoamericanas, se encuentra que de manera general estas no se contradicen, sino que se complementan. Lo anterior hace que el concepto original se haya enriquecido y extendido a nuevos actos jurídicos para los cuales no se concibió inicialmente.

La intuición que se tiene al hacer este análisis de derecho comparado, es la de que el acto cooperativo se va extendiendo hacia la teoría general del negocio jurídico y que va alimentándose de esa teoría, y a la vez, desarrollándola.

En este orden de ideas, se encuentra que el artículo 7 de la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina define el acto cooperativo de la siguiente manera: *“Son actos cooperativos los realizados entre las cooperativas y sus socios o por las cooperativas entre sí en cumplimiento de su objetivo social y quedan sometidos al Derecho Cooperativo.”*

Si observamos la anterior definición de acto cooperativo, encontramos que hace referencia a una sola clase de actos o negocios jurídicos: las convenciones. Deja de lado los actos unipersonales complejos de las cooperativas. Ejemplos de este tipo de definición son las leyes de Brasil, Argentina, Venezuela y Colombia, entre otras.

Sin embargo, la Ley de Sociedades Cooperativas de México de 1994, es un ejemplo de definición del acto cooperativo que contempla, también, los actos jurídicos unipersonales, al preceptuar en su Artículo 5 que: *“Se consideran actos cooperativos los relativos a la organización y funcionamiento interno de las sociedades cooperativas.”*

La Ley de cooperativas de Paraguay (438 de 1994), en su artículo 8, dispone que: *.. El primer acto cooperativo es la Asamblea Fundacional y la aprobación del Estatuto...*”Lo cual amplía el espectro de la definición tradicional del acto cooperativo, que parte de la cooperativa ya existente como persona jurídica, pues al momento del acto fundacional solo habría una asociación o sociedad de hecho.

Por su parte, el inciso 5 del Artículo 9 de la ley 18.407 de Uruguay, demuestra la relación existente entre la teoría general del negocio jurídico y el acto cooperativo, al disponer lo siguiente:

“En todo lo no previsto en las leyes cooperativas se aplicarán al acto cooperativo los principios generales en materia de negocio jurídico en general y de los contratos en particular, en lo compatible y en cuanto correspondiere o fuere pertinente.”

Como se desprende de las definiciones de acto cooperativo que se acaban de transcribir, la noción original de acto cooperativo que acogieron las primeras legislaciones cooperativas latinoamericanas que lo contemplaron, al igual que la que actualmente está consagrada en la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina, han sido objeto de ulteriores desarrollos que implican al menos una discusión académica y doctrinaria para reevaluar la definición de acto cooperativo y delinear su desarrollo futuro.

6. Conclusiones

Todo lo expuesto nos lleva a concluir que la teoría del acto cooperativo y el concepto que se ha tenido del mismo en las diferentes legislaciones latinoamericanas, ha seguido de cerca la teoría del negocio jurídico. Esto implica que para el desarrollo futuro de la teoría del acto cooperativa, el analizarlo a la luz de la teoría el negocio jurídico contribuiría a extender sus alcances y a completar dicha teoría.

Hasta ahora en la teoría general del acto cooperativo se han tenido en cuenta aspectos fundamentales de la teoría del negocio jurídico, pero existen otros aspectos que bien valdría la pena analizar y explorar más a fondo, como la clasificación de los negocios jurídicos en actos unipersonales y convenciones, o en actos consensuales y solemnes, o de ejecución instantánea y de tracto sucesivo, entre otras clasificaciones. Así mismo, asuntos como los requisitos para la existencia y validez de los actos cooperativos podrían arrojar particularidades que ayuden a

conceptualizar en forma más precisa las especificidades de esa institución jurídica propia del derecho cooperativo.

Referencias:

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C 614 de 2009.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T 449 de 2010.

Leal P. H. (2014). Manual de Contratos, Leyer.

Ospina F.G & Ospina A.E. (2005). Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Temis 7ª. Ed. Pág. 5 Bogotá - Colombia: Temis.

Carlos Torres Morales. El acto cooperativo en la legislación peruana a cinco años de su reconocimiento

Tuvieron que transcurrir 47 años para que el Acto Cooperativo fuera reconocido legislativamente y luego de ser definido como aquél acto interno practicado entre la Cooperativa y sus socios en cumplimiento de su objeto social, se desarrollara el régimen tributario que en materia de Impuesto a la Renta e Impuesto General a las Ventas corresponde a las cooperativas. Nuestra legislación optó por restringir la calidad de Acto Cooperativo a aquél desarrollado entre la cooperativa y sus socios en cumplimiento de su objeto social, alejándose de la opción de considerar como tal a los practicados por cooperativas aunque no sean socias e incluso a calificarlo como acto mixto. Ahora bien, al haber establecido que los actos cooperativos son actos propios de un mandato con representación, debe precisarse que esta “representación” solo se presenta cuando la cooperativa realiza alguna operación en el mercado con el objeto de obtener los bienes o servicios que sus socios requieran o para colocar los bienes o servicios de sus socios en el mercado, pues en estos casos, la cooperativa ejerce una auténtica representación de los socios en el mercado. Asimismo, debe evaluarse la conveniencia de mantener la calificación de mandato con representación, complementándolo con una responsabilidad solidaria de la cooperativa o, en todo caso, modificarlo por un mandato sin representación, para que la obligada –ante el mercado- sea la cooperativa. Finalmente, luego de 5 años de vigencia, ha habido dos intentos de derogación; se creó un régimen tributario paralelo (únicamente aplicable a las cooperativas agrarias); no ha sido reglamentada y ha tenido una tímida aplicación por parte de la autoridad fiscal

I. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, el Perú ha tenido hasta la fecha dos leyes de Cooperativas, la Ley N° 15260 dictada en el año 1964 y la actual Ley General de Cooperativas, Decreto Legislativo N° 85, dictada en el año 1981. Ninguna de las dos hizo referencia al “Acto Cooperativo”²¹. Tuvieron que pasar 47 años, para que en el 2011 se promulgara la Ley N° 29683 que reconoció que las cooperativas por su naturaleza realizan actos cooperativos, definió al “Acto Cooperativo” y al amparo de esta

²¹Existieron normas que de manera indirecta o incompleta hicieron referencia al “Acto Cooperativo”. Así por ejemplo, el Código de Comercio de 1902 en su artículo 132 al señalar que si las cooperativas realizaban actos de comercio serían consideradas como “mercantiles”, reconocía de manera implícita que los actos practicados por las cooperativas con sus socios no son “actos de comercio”; o el Decreto Supremo N° 013-91-TR que sustentó la inaplicación del Impuesto Selectivo al Consumo a las operaciones de las cooperativas de ahorro y crédito al señalar que **“las operaciones que realiza la organización cooperativa con sus socios en cumplimiento de su objeto social, son actos internos de carácter cooperativo, reconocidos como Actos Cooperativos, de naturaleza distinta a la de los actos de comercio...”**

definición, precisó cuál es el régimen que en materia de Impuesto a la Renta e Impuesto General a las Ventas, corresponde a las cooperativas.

Han transcurrido 5 años desde que se promulgó la Ley N° 29683 y en este tiempo hemos presenciado: dos intentos de derogar la norma; la creación de un régimen tributario aplicable a un tipo de cooperativas (agrarias) que se distancia del establecido por la Ley N° 29683; la ausencia de una reglamentación y la tímida aplicación por parte de la autoridad fiscal.

II. LA SITUACIÓN TRIBUTARIA DE LAS COOPERATIVAS ANTES DE LA LEY N° 29683

La Ley General de Cooperativas del año 1981 (LGC), estableció que en materia de Impuesto a la Renta, las cooperativas sólo debían pagar este impuesto por los ingresos netos provenientes de operaciones con terceros. En efecto, el numeral 1 del art. 66 de la LGC, estableció:

“Art. 66: Rigen para las organizaciones cooperativas y los actos señalados a continuación que ellas celebren, las siguientes normas tributarias básicas:

- 1. Las cooperativas están afectas por el impuesto a la renta, sólo por los ingresos netos, provenientes de las operaciones que realicen con terceros no socios”***

Fue en base a esta disposición que la LGC sin hacer referencia al Acto Cooperativo, reconoció que en estas organizaciones pueden presentarse dos clases de actos que deben a su vez generar dos consecuencias jurídicas (a nivel tributario), distintas. En efecto, los ingresos netos obtenidos por una cooperativa por operaciones con sus socios no podían tener el mismo tratamiento tributario que los ingresos netos provenientes de operaciones con terceros. Por ello, es que la LGC sin dar más explicación, determinó que sólo los ingresos netos que obtuviese la cooperativa por operaciones con terceros (actos de comercio), debían servir de base de cálculo para efectos del Impuesto a la Renta, mientras que los ingresos netos obtenidos por operaciones con socios (actos cooperativos), no.

La aceptación y aplicación de esta disposición de la LGC por parte de la administración tributaria no tuvo mayor discusión, salvo por el hecho que ésta la consideró como una ***exoneración(y no como una inafectación)***, es decir, como un ***beneficio tributario temporal*** que el legislador había

querido brindar por un plazo de 10 años, con lo cual al 31 de diciembre de 1990 debía concluir este régimen proteccionista²².

A partir del año 1991 se inicia una gran discusión con la administración tributaria quien sostenía, aunque no de manera uniforme²³, que al haber vencido el plazo de 10 años, todos los ingresos de las cooperativas, sin importar si provenían de operaciones con socios o con terceros, estaban afectos al impuesto a la renta.

Durante 8 años el Movimiento Cooperativo Peruano y la administración tributaria mantuvieron una abierta controversia sobre la vigencia de la inafectación dispuesta por el numeral 1 del art. 66 de la LGC, lo cual generó una gran contingencia tributaria para las cooperativas pues en muchos casos se discutía sobre la procedencia de impuestos dejados de pagar –según la administración tributaria- con las multas y recargos que ello significaba.

Bajo este contexto, se buscó una solución legislativa la cual terminó materializándose a través de la Ley N° 27034, publicada el 31 de diciembre de 2008. Esta Ley, en su Cuarta Disposición Transitoria y Final, estableció:

²²La administración tributaria amparó esta “interpretación” en el hecho de que el numeral 1 del art. 66 de la LGC se encontraba dentro del Título V denominado “Régimen de Protección” y que el artículo 121 de la misma ley estableció que ***“Las exenciones, exoneraciones y beneficios tributarios y cualesquiera otros incentivos de que actualmente gozan las organizaciones cooperativas en virtud de normas legales anteriores a la presente Ley y que ella no las incluye expresamente, continuarán en vigencia durante diez años a partir de la fecha de promulgación de ésta, salvo que por efecto de las mismas disposiciones tuvieren una mayor duración o que, por ser inherentes a las entidades cooperativas favorecidas, deban tener vigencia permanente. Las exenciones, exoneraciones y demás beneficios e incentivos tributarios establecidos por la presente Ley regirán durante el mismo plazo de diez años fijados en este Artículo. (...)”***.

²³Hasta el año 1997 se pueden encontrar resoluciones de primera instancia contadictorias, en las que en algunos casos la administración tributaria considera procedente la devolución del impuesto a la renta pagado indebidamente por la cooperativa y en otras considera procedente el cobro del impuesto a la renta por haber vencido la exoneración. Incluso, a nivel de la segunda instancia administrativa (Tribunal Fiscal), se observó inicialmente una posición favorable con relación a la inafectación para luego variarla hacia una exoneración. En efecto, En efecto, la Resolución del Tribunal Fiscal 2192-2 de fecha 02 de febrero de 1995, señaló ***“Que en cuanto al impuesto a la Renta, los numerales 1 y 8 del artículo 66º del Decreto Supremo No. 074-90-TR, señalan que no se encuentran gravados con el Impuesto a la Renta, los ingresos percibidos por las Cooperativas provenientes exclusivamente de las operaciones que realice con sus socios; lo que responde a la naturaleza especial de los actos cooperativos, en los cuales la ausencia de lucro e inherente a su estructura”***; mientras que dos años después dicta, con carácter de precedente de observancia obligatoria, la Resolución N° 381-2-97 que dispuso ***“Que en razón de lo expuesto, las cooperativas a partir del ejercicio 1991 se encuentran afectas al Impuesto a la Renta, por los ingresos provenientes de operaciones con sus socios; Que mediante la Resolución que se emita en el caso de autos se varía el criterio que el Tribunal Fiscal estableciera en su Resolución No 2192-2 del 2 de febrero de 1995”***.

“CUARTA: Precísase que de conformidad con el numeral 1 del artículo 66 del Decreto Legislativo N° 85, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el D.S. 074-90-TR, las Cooperativas de Ahorro y Crédito están inafectas al Impuesto a la Renta por los ingresos netos provenientes de las operaciones que realicen con sus socios hasta el 31.12.98”.

Si bien esta norma tuvo por objeto solucionar la controversia existente en materia de tributación cooperativa, terminó generando un panorama más complejo pues en la discusión producida en el Congreso de la República, la norma que debía ser de aplicación para todos los tipos de cooperativas, fue modificada y el texto final –como se observa- terminó haciendo referencia a un solo tipo de cooperativa: las de ahorro y crédito. En consecuencia, la dación de esta Ley, lejos de solucionar la controversia existente, terminó generando dos régimen tributarios: uno para las cooperativas de ahorro y crédito y otro para los demás tipos de cooperativas.

En efecto, para las cooperativas de ahorro y crédito se precisó que: i) Lo establecido por el numeral 1 del art, 66 de la LGC, era –efectivamente- una inafectación (y no una exoneración), pero que “venció” el 31 de diciembre de 1998²⁴; ii) que a partir del 1 de enero de 1999, las cooperativas de ahorro y crédito quedaban afectas al impuesto a la renta tanto por operaciones con socios como con terceros²⁵.

Por otro lado, los demás tipos de cooperativas (consumo, vivienda, servicios educacionales, transporte, agrarias, pesqueras, mineras, entre otras), la norma en comentario generó una gran incertidumbre jurídica pues se presentaron tres interpretaciones: Según la **primera interpretación**, sólo las CACs se encontraban inafectas al IR, hasta el 31 de diciembre de 1998, mientras que las demás cooperativas se encontraron inafectas hasta el ejercicio 1990, tal como lo sostuvo la Administración Tributaria y el Tribunal Fiscal; según la **segunda interpretación**, lo dispuesto en la Ley 27034 –si bien se refería a las CACs- debía aplicarse a todas las cooperativas, pues donde hay igual razón, hay igual derecho; y según la **tercera interpretación**, los demás tipos de cooperativas (distintos a las CACs), seguían inafectos al Impuesto a la Renta ya que sólo para el caso de CACs se precisó que la inafectación venció el 31 de diciembre de 1998. Lamentablemente, de las tres posibles interpretaciones, la que primó a nivel de la administración tributaria e incluso del Tribunal Constitucional, fue la primera.

²⁴Lo positivo fue entonces que se reconoció que se trataba de una “inafectación” y no de un beneficio tributario (exoneración) sujeto a plazo. Es más, se invocó –en la exposición de motivos al “Acto Cooperativo” para sustentar la inafectación para estas operaciones. Sin embargo, de una manera totalmente antitécnica se puso fin a una “inafectación” que por naturaleza es de carácter permanente. Se le puso fin, sin ampliar el campo de aplicación del Impuesto a la Renta.

²⁵Sin embargo, la misma Ley 27034 contempló una exoneración al principal ingreso que percibe una cooperativa de ahorro y crédito (los intereses que cobra por los préstamos que brinda a sus socios), con lo cual, en la práctica el 100% de sus ingresos o un porcentaje muy cercano al 100% termina exonerado del Impuesto a la Renta.

Fue recién en el año 2011, que se publica la Ley N° 29683²⁶ a través de la cual se reconoció que las cooperativas realizan “actos cooperativos”, definiéndolos como **“...los que se realizan internamente entre las cooperativas y sus socios en cumplimiento de su objeto social”**, añadiéndose que **“Los actos cooperativos son actos propios de su mandato con representación, estos no tienen fines de lucro”**. En los artículos 2 y 3 se desarrolló el régimen tributarios en materia de Impuesto General a las Ventas e Impuesto a la Renta, precisándose que las cooperativas se encuentran **inafectas** a estos Impuestos por los ingresos que obtenga la cooperativa por operaciones con sus socios (actos cooperativos)²⁷. Como puede observarse, con esta norma (Ley N° 29683), se unificó el régimen tributario de todas las cooperativas constituidas en el Perú.

La Ley N° 29683 pudo haber tenido una vigencia muy reducida, de tan solo 3 o 4 meses, pues tan pronto ingresó el gobierno del Sr. Ollanta Humala Tasso²⁸, el Poder Ejecutivo presentó un Proyecto de Ley con carácter de “URGENTE”, cuyo artículo único señalaba **“Deróguese la Ley N° 29683”**²⁹. Gracias a la defensa que efectuó el Movimiento Cooperativo Peruano, el Congreso de la República no accedió al pedido del Poder Ejecutivo, quien terminó – a su vez- retirando su Proyecto.

Ahora bien, la unificación tributaria alcanzada con la Ley N° 29683, solo duró un año y medio, pues el 22 de diciembre de 2012, fue publicada la Ley N° 29972, estableciendo un régimen tributario especial (de excepción), únicamente aplicable a las cooperativas agrarias³⁰ disponiéndose a su vez la no aplicación de la Ley N° 29683 para este tipo de Cooperativas. En consecuencia desde el 23

²⁶Ley que fue aprobada por el Congreso de la República el 14 de octubre de 2000, con 59 votos a favor, 0 en contra y 5 abstenciones. Sin embargo, fue observada por el Presidente de la República, Dr. Alan García Pérez y devuelta al Congreso. En sesión del 05 de mayo de 2011, el Pleno del Congreso insistió en el texto de la ley, logrando un total consenso: 74 votos a favor y 0 en contra. De esta manera, contra la observación presidencial, la Ley fue publicada el 13 de mayo de 2011 por orden del Presidente del Congreso de la República.

²⁷En efecto, los arts. 2 y 3 de la Ley N° 29683, señalan:

“Artículo 2. Inafectación al Impuesto General a las Ventas (IGV)

Precísase que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo 85, Ley General de Cooperativas, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 074-90-TR, las cooperativas están inafectas al Impuesto General a las Ventas (IGV) por las operaciones que realicen con sus socios”.

“Artículo 3. Inafectación al Impuesto a la Renta

Precísase que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 66 del Decreto Legislativo 85, Ley General de Cooperativas, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 074-90-TR, las cooperativas están inafectas al Impuesto a la Renta por los ingresos netos provenientes de las operaciones que realicen con sus socios”.

²⁸El 28 de julio de 2011.

²⁹Argumentó el Poder Ejecutivo que la Ley N° 29683 había creado un “beneficio tributario” sin sustento alguno; que no existía ninguna razón para precisar los alcances de la LGC y que más bien se había creado un tratamiento injustificadamente discriminatorio respecto de los demás contribuyentes del Impuesto a la Renta y del Impuesto General a las Ventas.

³⁰Cooperativas agrarias, agrarias azucareras, agrarias cafetaleras, agrarias de colonización y cooperativa comunal.

de diciembre de 2012, contamos con un doble régimen tributario, uno para todas las cooperativas (menos las agrarias) y otro para las cooperativas agrarias:

	Ley N° 29683 Todas las cooperativas menos las Agrarias	Ley 29972 Solo para las Agrarias
Impuesto a la Renta	<p>No están afectas por los ingresos netos que obtengan por operaciones con socios (Actos Cooperativos).</p> <p>Están afectas con la tasa de 30%³¹ por los ingresos netos que obtengan por operaciones con terceros (Actos de Comercio).</p>	<p>Están afectas con una tasa del 15% ya sea que se trate de operaciones con socios o con terceros. Sin embargo, se permite que adicionalmente a los costos, se deduzcan los excedentes que se reconozcan a los socios, con lo cual si el monto total a deducir resulta equivalente al ingreso neto, la base imponible para el cálculo del impuesto será 0 (cero).</p>
Impuesto General a las Ventas	<p>Los actos cooperativos no califican como venta de bienes o prestación de servicios afecto a este impuesto.</p>	<p>No están gravadas la venta de bienes o prestación de servicios con la tasa del 18% que los socios efectúen a favor de la cooperativa o viceversa.</p>
Vigencia	Permanente	10 años.

³¹ Actualmente, la tasa es del 28%.

III. ALCANCES DE LA LEY N° 29683 Y PROPUESTAS

El artículo 1º de la Ley 29683, señala:

“Precísase que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo 85, Ley General de Cooperativas, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 074-90-TR, las cooperativas, por su naturaleza, efectúan actos cooperativos, los cuales se definen como los que se realizan internamente entre las cooperativas y sus socios en cumplimiento de su objeto social. Los actos cooperativos son actos propios de su mandato con representación, éstos no tienen fines de lucro”.

Lo primero que hay que resaltar es que esta Ley, vigente desde el 14 de mayo de 2011 no crea un nuevo régimen, no crea un nuevo concepto. Se trata de una norma interpretativa, que lo que hace es precisar, reconocer que las cooperativas, por naturaleza (distinta a la de las sociedades mercantiles), realizan un tipo de acto que difiere del acto de comercio. En pocas palabras, esta norma parte por reconocer que cooperativas y sociedades mercantiles son dos categorías jurídicas distintas y que los tipos de actos que realizan cada una de ellas, tienen caracteres distintos y por lo tanto, merecen una regulación que reconozca dichas diferencias.

Ahora bien, en cuanto a la definición de “actos cooperativos”, el legislador peruano ha optado por una de carácter “restrictivo”, pues solo define como tales, a los que son realizados ***internamente entre las cooperativas y sus socios en cumplimiento de su objeto social***. En otras palabras, para estar frente a un acto cooperativo, debe existir una operación realizada por la cooperativa con el socio, pero en estricto desarrollo (cumplimiento), del objeto social para el cual fue constituida la cooperativa. Queda claro que para el legislador peruano, no basta que exista una cooperativa y un socio y que entre estos dos sujetos se lleve a cabo una operación cualquiera. Se exige que esta operación que vincule a la cooperativa con el socio (y viceversa), se encuentre enmarcada dentro del objeto social de la cooperativa.

A nivel de legislación comparada podemos advertir tres tendencias: En primer lugar, la más restrictiva, como la peruana, donde el acto cooperativo sólo se presenta si existe una relación societaria (cooperativa-socio) que desarrolla una operación comprendida en el objeto social de la cooperativa. En segundo lugar, aquella que califica como acto cooperativo, no solo a la relación societaria formal (cooperativa-socio), sino a la relación entre cooperativas (aunque formalmente no sean socias), en la medida que sea necesaria para el desarrollo de su objeto social. Y finalmente, la tercera que amplía el alcance del acto cooperativo para permitir incluso la relación con terceros (no socios, ni cooperativas).

En efecto, dentro del primer grupo podemos citar a Brasil (Ley N° 5764 del 16.12.71), que a través de su artículo 79 define a los actos cooperativos como **“...los practicados entre las cooperativas y sus asociados, entre éstos y aquellas y por las cooperativas entre sí cuando estén asociadas, para la consecución de sus objetivos sociales”**. En similar sentido, encontramos a Nicaragua (Ley 499 del 29.09.2004) que los define como **“...los que realizan entre sí los socios y las cooperativas, en cumplimiento de sus objetivos...”** precisando que **“...las relaciones de las cooperativas con terceras personas no sujetas a esta Ley, no son actos cooperativos y se regirán por la legislación correspondiente”**. Uruguay (Ley N° 18.407 del 14.11.2008), sigue la misma línea al señalar en su art. 9 que son actos cooperativos **“...los realizados entre las cooperativas y sus socios, por éstas y los socios de sus cooperativas socias, o por las cooperativas entre sí cuando estuviesen asociadas bajo cualquier forma o vinculadas por pertenencia a otra de grado superior, en cumplimiento de su objeto social”**.

En el segundo grupo podemos ubicar a Colombia (Ley N° 79 del 23.12.88) que define en su art. 7 a los actos cooperativos como **“...los realizados entre sí por las cooperativas o entre éstas y sus propios asociados, en desarrollo de su objeto social”**. Aunque no con mucha claridad, podríamos ubicar en este grupo a México (Ley del 03.08.94), pues al considerar actos cooperativos a **“...los relativos a la organización y funcionamiento interno de las sociedades cooperativas”**, estaría haciendo una referencia a la relación cooperativa-socio. Finalmente, podemos incluir en este grupo al Proyecto de Ley Marco para América Latina que en su art. 7 define a los actos cooperativos como **...los realizados entre las cooperativas y sus socios o por las Cooperativas entre sí en cumplimiento de su objetivo social...”**.

Y en el tercer grupo, ubicamos a aquellas legislaciones con la mayor apertura en cuanto a la definición de acto cooperativo, se refiere. Así, podemos hacer mención a Argentina (Ley N° 20337 del 15.05.73) que en su art. 4 precisa que **“Son actos cooperativos los realizados entre las cooperativas y sus asociados y por aquéllas entre sí, en el cumplimiento de su objeto social y la consecución de los fines institucionales. También lo son, respecto de las cooperativas, los actos jurídicos que con idéntica finalidad realicen con otras personas”**. Honduras (Decreto N° 65-87 del 20.05.87) solo exige la presencia de una cooperativa para que el acto sea cooperativo, al señalar en su art. 4 que **“Son actos cooperativos aquellos en los que intervengan por sí una o más cooperativas, toda vez que no signifiquen actos de comercio o civiles, expresamente definidos en códigos especiales...”**. En la misma línea que Argentina, Paraguay (Ley N° 438 del 21.10.94) luego de considerar como “primer acto cooperativo” a la Asamblea Fundacional y la aprobación del Estatuto, considera como actos cooperativos a los realizados por **“Las cooperativas con sus socios; Las cooperativas entre sí; y, Las cooperativas con terceros en cumplimiento de su objeto social. En este caso se reputa acto mixto, y sólo será cooperativo respecto de la cooperativa”**. Por su parte, Panamá (Ley 17 del

01.05.97) definió en su art. 3 a los actos cooperativos como “...**los realizados entre cooperativas y sus asociados o entre éstos y las entidades previstas en esta Ley, o entre los asociados y terceros, en cumplimiento de su objetivo social...**”. Igualmente, podemos ubicar a Venezuela (Decreto 1.440 del 30.08.2001) ya que en su art. 7 define a los actos cooperativos como “...**los realizados entre las cooperativas y sus asociados o por las cooperativas entre sí o con otros entes en cumplimiento de su objetivo social...**”. Y finalmente, Puerto Rico (Ley N° 239 del 01.09.2004) que en su art. 2.3 define a los actos cooperativos como “...**los realizados entre las cooperativas y sus socios o por las cooperativas entre sí, con el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, en cumplimiento de su objetivo social...**”.

Otro aspecto de la ley peruana que merece ser resaltado, es el hecho de que se trata del único texto legal que hace referencia a la existencia de un **Mandato con Representación**. Específicamente, el art. 1 de la Ley N° 29683, luego de definir al acto cooperativo, precisa que “**Los actos cooperativos son actos propios de su mandato con representación, éstos no tienen fines de lucro**”.

Según el art. 1790 del Código Civil Peruano “**Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante**”. En buena cuenta, el mandatario actúa como representante del mandante, pues los actos que realiza son efectuados por cuenta y en interés de éste y no del propio mandatario.

Ello es precisamente lo que ocurre cuando una cooperativa actúa en cumplimiento de su objeto social, pues actúa representando el interés de sus socios, sea en la adquisición de bienes o servicios para sus socios al mejor precio posible, o en la colocación de los mismos bienes o servicios o del propio trabajo de sus socios, percibiendo por cuenta e interés de los socios la mejor retribución posible por el bien, servicio o trabajo de los socios.

Sucedo sin embargo, que la legislación peruana reconoce dos clases de mandato: el mandato con representación y el mandato sin representación.

Por el **mandato con representación**, el mandatario (léase la cooperativa), **actúa en nombre del mandante** (léase, los socios de la cooperativa), por cuenta e interés de éstos, con lo cual, todos los efectos jurídicos de su accionar, recaen directamente en ellos.

Por el **mandato sin representación**, el mandatario (léase la cooperativa), **actúa en nombre propio** (como cooperativa), con lo cual, adquiere los derechos y asume las obligaciones de los actos que celebre por cuenta e interés del mandante (los socios de la cooperativa).

Como puede observarse, en el primer caso (mandato con representación), el tercero conoce perfectamente que la relación jurídica se está celebrando con el mandante, quien actúa a través de un representante quien no asume derechos ni obligaciones en el acto jurídico materia de celebración. Por su parte, bajo el mandato sin representación, el tercero únicamente conocería al mandatario (cooperativa) y no al mandante (socio) y aun conociendo de la existencia de este mandato, el único obligado ante el tercero seguiría siendo el mandatario³².

Conforme a lo señalado, haber optado por incorporar dentro de la definición de acto cooperativo al **mandato con representación...** ¿fue la mejor opción?. Consideramos que fue un muy importante avance, pero que sin embargo faltó tener en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, somos de la opinión que el mandato (con o sin representación), no puede ser considerado como consustancial a la definición de “acto cooperativo”, es decir, no puede generalizarse en el sentido que todo acto cooperativo implica la existencia de un mandato. En efecto, solo cuando la cooperativa actúa como un real representante del socio, el “mandato” adquiere plena justificación. Pero existen muchos otros casos en que la relación cooperativa-socio es directa y no requiere de la actuación de la cooperativa representando al socio. En otras palabras, no deja de ser acto cooperativo, por el hecho de no existir una efectiva representación del socio por parte de la cooperativa.

El mandato se presenta con toda claridad cuando el socio requiere actuar en el mercado y en lugar de hacerlo directamente, lo hace a través de su cooperativa. Así, es claro que cuando los socios desean adquirir bienes en el mercado y lo hacen a través de su cooperativa (caso de las cooperativas de consumo), beneficiándose al obtener mejores precios y condiciones en la compra por “volumen”, la cooperativa actúa como representante de los socios, ejecutando el mandato que éstos le han conferido y que se encuentra contemplado en su objeto social. De igual manera, cuando los socios productores de café o cacao, entregan su producción a la cooperativa para que ésta la venda en el mercado, queda meridianamente claro que la cooperativa actúa como representante de los socios, pues actúa por cuenta e interés de los mismos, buscando obtener el mejor precio en la colocación de sus productos. De esta manera, ejecuta el mandato que los socios le han conferido y que se encuentra contemplado en su objeto social.

Obsérvese pues que la cooperativa, como forma jurídica que unifica el interés de los socios, les permite –de ser el caso- actuar en el mercado, ya sea para comprar (bienes o servicios) o para vender (bienes o servicios).

³²En efecto, el art. 1809 del Código Civil Peruano señala que el mandatario que actúa en nombre propio, adquiere los derechos y asume las obligaciones derivados de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante, **aun cuando los terceros hayan tenido conocimiento del mandato.**

“Como se podrá advertir, la constante es que la cooperativa implica la organización de una empresa para facilitar a sus socios su posición frente al mercado, agrupándolos para ofrecer o recibir en común bienes o servicios del mercado”³³.

Pero, regresando al punto inicial, debemos reiterar que la existencia de este “mandato” solo surge cuando los socios requieren conectarse con el “mercado”, ya sea para adquirir o vender, pero existen otros supuestos en los que dicha vinculación no se produce con igual frecuencia. Así por ejemplo, en el caso de las cooperativas de ahorro y crédito o en el caso de las cooperativas de servicios educacionales o en el caso de las cooperativas de seguros, éstas realizan una actividad muy reducida con el mercado, pues sus operaciones las realizan directamente con sus socios. En ese sentido, mientras en una cooperativa de consumo o agraria de servicios, es constante la vinculación con el mercado y por lo tanto, se verifica la actuación de la cooperativa como representante (mandataria) de los socios; en una cooperativa de ahorro y crédito no se verifica esta representación (mandato) en el servicio de ahorro y de crédito que la cooperativa ofrece a sus socios.

En consecuencia, una primera precisión que debería efectuarse a la Ley N° 29683 sería la referida al alcance del “Mandato con Representación” al que alude en su artículo 1. Así proponemos que se precise que los actos cooperativos implican un “Mandato con Representación” cuando la cooperativa realiza alguna operación en el mercado con el objeto de obtener los bienes o servicios que sus socios requieren o para colocar los bienes o servicios de sus socios en el mercado. En estos casos, la cooperativa ejerce la representación de los socios en el mercado.

En segundo lugar, consideramos que el haber optado por un mandato **con representación** tiene un pro y un contra. El pro, lo encontramos en el hecho de que al existir un mandato con representación, no existe para la administración tributaria una doble transferencia, susceptible de ser gravada. En efecto, cuando la cooperativa compra máquinas en el mercado para sus socios, bajo un mandato con representación, en estricto se produce una sola relación (proveedor-socio). No se trata de una primera venta, proveedor cooperativa y luego de una segunda venta, cooperativa-socio. Lo mismo, con relación al caso de los socios que entregan su producción de café para que la cooperativa la venda en el mercado. No se trata de una primera venta, socio-cooperativa y luego de una segunda venta, cooperativa-mercado. En ese sentido, y en específico, en el campo tributario resulta adecuado que la ley se haya referido a un mandato con representación. Sin embargo, el aspecto desfavorable lo encontramos en el hecho de que al tratarse de un “mandato con representación”, el proveedor en estricto, debería exigir que se identifique a los “mandantes” (socios), pues finalmente con ellos se estará definiendo la relación contractual. En otras palabras, al ser la cooperativa un simple representante de los socios, los

³³TORRES Y TORRES LARA, Carlos “Derecho Cooperativo. La Teoría del Acto Cooperativo”. Ed. Inelsa. Lima, 1990; pág: 185.

derechos y obligaciones frente al proveedor lo asumen los socios, con lo cual, si existiese algún incumplimiento, el proveedor tendría que dirigirse contra cada uno de los socios (y viceversa). Esto como resulta obvio, generaría grandes costos de transacción, pues en cada operación, el proveedor tendría que calificar a cada socio involucrado (y no a la cooperativa), para definir si celebra o no el contrato.

Por estas razones, con el fin de perfeccionar la utilización del concepto del “Mandato”, podría optarse por:

- Mantenerlo como uno **con representación**, pero estableciendo por ley la solidaridad³⁴ entre la cooperativa y sus mandantes, por los actos practicados por aquella por cuenta e interés de los socios en cumplimiento de su objeto social. De esta manera, el proveedor o comprador, al contratar con la cooperativa sabría que cuenta con un doble patrimonio que respalda el cumplimiento de las obligaciones asumidas: el patrimonio de la cooperativa y el patrimonio del socio que (a través de la cooperativa), adquiere un bien o servicio del mercado o vende un bien o servicio al mercado. Claro está la cooperativa sería solidariamente responsable por el íntegro de la operación, mientras que cada socio tendría que responder por la operación que lo vincule a él directa e individualmente;
- Modificarlo a uno **sin representación**, con el fin que ante terceros, únicamente la cooperativa asuma los derechos y obligaciones, pero precisando que para efectos tributarios la transferencia de los bienes o servicios que la cooperativa efectúe a favor de sus socios en cumplimiento del mandato (desarrollo del objeto social), así como la entrega de los bienes o servicios que los socios efectúen a la cooperativa para que ésta los coloque en el mercado, no será considerado como una venta ni como una prestación de servicios tanto para el Impuesto a la Renta como para el Impuesto General a las Ventas.

De las dos propuestas antes reseñadas, preferiríamos la segunda, lo cual obviamente implicaría una modificación legislativa.

Finalmente, debemos señalar que no obstante haber transcurrido 5 años de vigencia de la Ley N° 29683, hasta la fecha el Poder Ejecutivo no la ha reglamentado. Consideramos que al ser tan escueta la Ley N° 29683, se requiere reglamentarla, con el fin de precisar, entre otros aspectos, los siguientes:

³⁴Art. 1183 del Código Civil Peruano: “La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa”.

- Cómo identificar a los actos cooperativos en las cooperativas de usuarios que tengan por objeto adquirir bienes o servicios que requieran sus socios o en las que tengan por objeto transferir los bienes o productos de sus socios o en las que tengan por objeto brindar servicios directos a sus socios o en las que tengan por objeto ser fuente de trabajo para los socios.
- La calidad de entidad fiscalmente transparente que corresponde a la cooperativa en la ejecución de actos cooperativos.
- La atribución del crédito y débito fiscal a favor de los socios.
- Los documentos que debe utilizar la cooperativa para sustentar los actos cooperativos, diferenciándolos de los documentos que sustenten actos de comercio e incluso de los documentos que utilice la cooperativa para atribuir a los socios los ingresos, gastos, costos, créditos y débitos como consecuencia del ejercicio del mandato con representación.

IV. LA APLICACIÓN DE LA LEY N° 29683 EN ESTOS 5 AÑOS

Desde mayo de 2011 hasta la fecha, hemos podido ubicar 42 Resoluciones del Tribunal Fiscal³⁵, en las que se invoca la Ley N° 29683, las cuales hemos dividido en 5 grupos:

4.1. No suspensión de la cobranza coactiva

La Ley N° 29683, luego de precisar que las cooperativas están inafectas al Impuesto General a las Ventas por las operaciones que realicen con sus socios (art.2) y que están igualmente inafectas al Impuesto a la Renta por los ingresos netos provenientes de operaciones que realicen con sus socios, dispuso a través de su Primera Disposición Complementaria Final que ***“Las resoluciones de determinación y las resoluciones de multa que se hubieran emitido como consecuencia de fiscalizaciones a las cooperativas, por Impuesto a la Renta e Impuesto General a las Ventas por los ingresos obtenidos por operaciones con sus socios serán dejadas sin efecto, cualquiera sea su estado, ya sea en sede administrativa o en sede judicial”***.

No obstante el mandato expreso de la norma, hemos observado la existencia de Resoluciones del Tribunal Fiscal que confirman la negativa del ejecutor coactivo de dar trámite a la solicitud de la cooperativa de suspender y concluir el procedimiento coactivo al amparo de la disposición antes citada, por considerar que la misma no contiene una orden directa al Ejecutor Coactivo:

³⁵Segunda instancia administrativa en materia Tributaria, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas. Lo resuelto por el Tribunal, agota la vía administrativa, pudiendo ser cuestionado en la vía judicial a través de la acción contencioso administrativa.

“...Decreto Legislativo N° 969, establece que ninguna autoridad ni órgano administrativo, político, ni judicial podrá suspender o concluir el procedimiento de cobranza coactiva en trámite con excepción del ejecutor coactivo, quien deberá hacerlo cuando una ley o norma con rango de ley lo disponga expresamente, del texto de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29683, no se desprende dicho mandato para el ejecutor coactivo; correspondiendo más bien el cumplimiento de lo señalado por la citada disposición complementaria final, al órgano competente de la Administración encargado de evaluar si el contribuyente se encuentra comprendido en la mencionada disposición complementaria final...”³⁶

Realmente incomprensible la posición del Tribunal, pues la norma al establecer que queden sin efectos todas las acotaciones “cualquiera sea su estado, ya sea en sede administrativa o judicial”, quiso cubrir todos los supuestos. Sin embargo, el ejecutor coactivo parecería encontrarse en una sede distinta, pues no sería “administrativa” ni “judicial”.

4.2. Discriminar entre operaciones con socios y no socios

En otro grupo de Resoluciones del Tribunal Fiscal se observa que esta instancia deja sin efecto lo actuado por la administración tributaria al advertir que ésta no discriminó las operaciones que la cooperativa realizaba con sus socios de las que realizaba con terceros para poder determinar la afectación del IGV o Impuesto a la Renta, sobre estos últimos actos:

“Que durante la fiscalización antes referida, la Administración no cuestionó la calidad de cooperativa de la recurrente, ni efectuó la discriminación respecto de qué operaciones realizaba con sus socios y cuáles realizaba con terceros, pese a que la documentación presentada por aquella se estableció que realizaba amos tipos de operaciones.

Que en consecuencia, corresponde en este extremo remitir los actuados a la Administración a fin de que al amparo de la Ley N° 29683, realice la discriminación de las operaciones antes anotadas y emita un nuevo pronunciamiento”.³⁷

“Que estando a lo expuesto correspondía que la Administración verifique las operaciones que la recurrente habría efectuado con terceros no socios a efectos de considerar aquellas como operaciones gravadas con el Impuesto a la Renta...”³⁸

“...la Administración determinó que la recurrente había obtenido ingresos por concepto de arrendamiento de bienes muebles, exclusivamente por parte de terceros, cuestión que no ha

³⁶RTF N° 13580-9-2011 del 12.08.2011 (Queja).

³⁷RTF N° 20481-5-2011 del 09.12.2011; RTF N° 09115-10-2012 del 11.06.2012 (Impuesto General a las Ventas y otros).

³⁸RTF N° 10750-10-2014 del 05.09.2014 (Impuesto a la Renta).

***sido desvirtuada por la recurrente, por lo que al tratarse de prestaciones de servicios brindados a favor de sujetos distintos a sus socios, tales ingresos se encuentran gravados con el Impuesto General a las Ventas, conforme con las normas legales anteriormente glosadas (léase Ley N° 29683)...” (...)* “...la administración realice la discriminación de las operaciones realizadas con sus socios de las efectuadas con terceros y emita un nuevo pronunciamiento tomando en consideración la inafectación prevista en la mencionada ley...”³⁹**

Estas resoluciones hacen bien en exigir a la Administración que efectúe esta discriminación, pues solo así es posible determinar si la operación se encuentra o no afecta al Impuesto a la Renta y al IGV.

4.3. Queja no es vía pertinente

En otro grupo de Resoluciones se observa que el Tribunal Fiscal declara improcedente los Recursos de Queja presentados contra la intención de la administración de cobrar deudas por Impuesto a la Renta e Impuesto General a las Ventas, al considerar que la queja no es la vía pertinente, sino la interposición de un recurso de reclamación:

“Que del escrito presentado por la quejosa se aprecia que por una parte cuestiona las Ordenes de Pago...y la Resolución de Multa ...en cuanto al hecho de que tales valores deben dejarse sin efecto, al amparo de lo previsto en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29683, por tratarse de una cooperativa de servicios múltiples; sin embargo, según lo indicado precedentemente, la queja no es la vía pertinente para ello, sino el recurso de reclamación”.⁴⁰

4.4. Falta de pronunciamiento sobre inafectación dispuesta por la Ley N° 29683

En otro grupo de Resoluciones se observa que el Tribunal Fiscal declara Nula e Insubsistente la resolución de la administración por no haberse pronunciado sobre la inafectación sostenida por la recurrente al amparo de la Ley N° 29683:

“Que de la revisión de la Resolución de Intendencia...se advierte que la Administración omitió pronunciarse respecto de lo indicado en el escrito de reclamación de la recurrente...toda vez que aquella señaló estar inafecta al Impuesto General a las Ventas, conforme lo precisa la Ley N° 29683..

³⁹RTF N° 08306-10-2015 del 21.08.2015 (Impuesto General a las Ventas y otros).

⁴⁰RTF N° 20819-7-2011 del 14.12.2011 (Queja). RTF N° 01699-Q-2013 (Queja). RTF N° 02414-Q-2013 (Queja). RTF N° 02634-Q-2013 (Queja). RTF N° 06887-2-2013 del 24.04.2013 (Queja). RTF N° 10786-3-2013 del 25.06.2013 (Queja). RTF N° 03204-Q-2014 (Queja).

Que en consecuencia... procede declarar nula e insubsistente la apelada, a fin que la Administración emita un nuevo pronunciamiento, incluyendo en éste el extremo indicado”.⁴¹

“Que cabe indicar que la Administración deberá tener encuenta que el artículo 3º de la Ley N° 29683, publicada el 13 de mayo de 2011, precisó que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 66 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas, aprobado por D.S. N° 074-90-TR las cooperativas están inafectas al Impuesto a la Renta por los ingresos netos provenientes de las operaciones que realicen con sus socios, debiendo señalar si este dispositivo es aplicable en el presente caso”.⁴²

Coincidimos en que la falta de pronunciamiento con relación a un argumento de vital importancia debe generar la nulidad de la resolución.

4.5. Acto Cooperativo

Especial atención merece el pronunciamiento del Tribunal Fiscal, por medio del cual invoca la Ley N° 29683 y analiza un caso concreto para determinar que la operación realizada por la cooperativa de servicios educacionales con sus socios, calificó como Acto Cooperativo:

“...se verifica que la entrega de material bibliográfico que hace la cooperativa a favor de los hijos de los socios se encuentra dentro de sus fines educativos, de manera que se trata de actos cooperativos, pues se realizaron internamente entre la cooperativa y sus socios en cumplimiento del objeto social”.⁴³

Esta es con seguridad, el pronunciamiento más importante que existe hasta la fecha pues analiza la operación realizada por la cooperativa con sus socios para calificarla como un “Acto Cooperativo”.

Como puede observarse, existe hasta la fecha una tímida aplicación de la Ley N° 29683. Sin embargo, el Movimiento Cooperativo Peruano ha avanzado con esta norma que permite sustentar su identidad y la razón de exigir un tratamiento tributario desigual para quienes son desiguales. Algunas precisiones y una pronta reglamentación ayudarían a su mejor aplicación y consolidación.

Lima, 30 de setiembre de 2016

⁴¹ RTF N° 14868-3-2012 del 07.09.2012 (Multa); RTF N° 20239-10-2012 (Multa).

⁴² RTF N° 04582-9-2014 del 08.04.2014 (Impuesto a la Renta e IGV).

⁴³ RTF N° 04582-9-2014 del 08.04.2014 (Impuesto a la Renta e IGV).

⁴³ RTF N° 18094-A-2013 del 05.12.2013

Enrique Malel. La incidencia de la cesion de partes sociales en el tríptico patrimonio – socio – vivienda

RESUMEN

Desde las páginas del Libro COOPERATIVAS DE VIVIENDA⁴⁴, en coautoría con el Profesor Escribano Héctor MEDERO PINTOS (+), el exponente sostiene la validez y eficacia de la cesión de partes sociales de una cooperativa de viviendas de usuarios, por cuanto el negocio jurídico no estaba prohibido por la ley uruguaya.-

Y sólo la Ley puede limitar los derechos naturales del individuo.-

En esta postura, defendida desde el año 1996, se condicionó el ingreso el nuevo socio a la cooperativa al necesario e imprescindible consentimiento expreso de ésta, de modo que sin su conformidad no se provoca la tradición de la cuota patrimonial objeto de cesión.-

*En esta ponencia se destaca la relación de interdependencia entre el patrimonio social, la calidad de socio y el uso y goce sobre la vivienda, de modo tal que **una categoría jurídica no puede subsistir sin la anterior, ni la siguiente recibe suficiente explicación.-***

En su tenor [obviamente] doctrinario, el autor cuestiona la Ley vigente, en cuanto esta señala que la transferencia de partes del patrimonio “no supone” la trasmisión del derecho de uso y goce sobre la unidad de vivienda cooperativa.-

PALABRAS CLAVES

Cesión de Partes Sociales, Tradición, Socio, Cooperativa, Ley 18.407, derechos de uso y goce, transferencia, Patrimonio, Cuotas, Calidad de socio, Derechos de Uso y Goce

LA INCIDENCIA DE LA CESION DE PARTES SOCIALES

EN EL TRÍPTICO PATRIMONIO – SOCIO – VIVIENDA

1.- INTRODUCCION

⁴⁴COOPERATIVAS DE VIVIENDA, FUNDACION DE CULTURA UNIVERSITARIA, Montevideo, Uruguay, año 1996. -

La legislación uruguaya distingue dos modelos de cooperativas de viviendas, según los derechos que confieren a sus socios, de usuarios, que sólo conceden el derecho de uso y goce a los integrantes de la asociación cooperaria y de propietarios, que como su nombre lo indica, adjudican el derecho de propiedad, aunque en el proceso intermedio actúan bajo las previsiones del primer sistema referido.-

En el sistema de usuarios se organiza la propiedad colectiva, mediante un único propietario, de la tierra y de las viviendas, que será la cooperativa como persona jurídica y los socios son titulares de cuotas partes de ese patrimonio y reciben el derecho de usar y gozar de las unidades de vivienda, sin limitación en el tiempo, siendo transmisible a los herederos.-

En cambio, desde antaño se sostuvo la imposibilidad de ceder esas partes sociales – por acto entre vivos – a terceros no socios⁴⁵, instrumentándose la operación a través de mecanismos que evitan la calificación exacta del fenómeno jurídico que convoca la renuncia del socio que se retira y aceptación del nuevo socio, unidos mediante un complejo instrumento por el cual se vinculaban ambos con la cooperativa, *que devolvía las partes sociales al saliente, al mismo tiempo que el ingresante cumplía con la integración.*-

En el libro de coautoría con el Esc. Héctor Medero⁴⁶, se ingresa a la caracterización del negocio relacionado, y ante la falta de prohibición de la normativa vigente a la época, se concibe la validez de la cesión, siempre con la autorización expresa de la cooperativa para el ingreso del nuevo socio.-

2.- EL CAPITAL, LA CALIDAD DE SOCIO Y EL USO Y GOCE

El ponente se encuentra entre los autores que defienden la validez y eficacia de la cesión de partes sociales – si existe el consentimiento de la cooperativa – enfocando el asunto por fuera del derecho de uso y goce sobre la vivienda, cuya cesión o arriendo es castigado con nulidad⁴⁷⁴⁸-, para ir a la causa eficiente del surgimiento del **acto cooperativo dependiente de la calidad de socio y**

⁴⁵REV. A.E.U. vol. 79, no. 7-12, p.329/330 (julio / dic 1993) con la firma y por ende adhesión de este autor.-

⁴⁶Obra citada en la Nota No. 3.-

⁴⁷ Art. 151 de la Ley 13.728 de fecha 17 de diciembre de 1968 “Artículo 151.- Los asociados deberán destinar la respectiva vivienda adjudicada para residir con su familia y no podrán arrendarla o cederla, siendo nulo todo arrendamiento o cesión, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.

Si el usuario no destinara la vivienda para residencia propia y de sus familiares, será causa bastante para la rescisión del contrato de uso y goce, y la expulsión de la cooperativa”.

⁴⁸Hoy Art. 136 de la Ley 18.407.-

a su vez subordinado a la primigenia integración de partes sociales, verdadero eje sobre el cual se inserta el negocio jurídico de cesión, que conlleva, de derecha a izquierda, a que la cuestión se sustente válidamente en el Derecho vigente y en el pretérito.-

En el esquema explicativo que se pretende, la nulidad de los negocios sobre la vivienda previsto por la Ley **no abarca** la calidad de socio, ni la disposición de partes sociales, pues el proceso se debe explicar a la inversa, de modo que – destacando que la nulidad declarada por ley refiere a la disponibilidad del uso y goce – la enajenación de cuotas partes patrimoniales, debidamente controladas y autorizadas por la Cooperativa, **provoca efectos incidentes en los restantes miembros de la ecuación, esto es, en el cambio del socio y en el usuario de la vivienda.-**

Por ende, se intentará, como debe ser la regla, comenzar por el principio, esto es en relación al patrimonio del cual el socio “tiene parte” y no por el final del acto cooperativo, del modo que seguidamente se explicará.-

3. – EL ESTADO DE LA POLÉMICA

El centro del debate radica en determinar la validez y eficacia del negocio jurídico de cesión de partes sociales que un sujeto tiene integradas en una cooperativa de viviendas a un tercero, siendo que la discrepancia proviene desde la Ley 13.728, de Plan Nacional de Viviendas, aclarándose con la vigencia de la Ley 18.407 y más aún el Decreto reglamentario, incluso con la historia fidedigna de su estudio en la Cámara de Diputados, aspectos que, a juicio de quien escribe, autorizan el referido contrato y reconocen sus efectos.-

La postura que se inclinaba por la negativa, esto es, por la invalidez del negocio y por tanto su imposibilidad de desplegar efectos en la esfera jurídica cooperaria fue perdiendo argumentos, desde que la Ley vigente no contiene la prohibición de ceder cuotas partes de patrimonio, ni elementos impeditivos de ese tal acuerdo, de modo que deberá regir la libertad en la contratación, la que debe aceptarse como principio vigente en la legislación uruguaya de derecho privado, plena de autonomía voluntaria, con base en la carta magna⁴⁹.-

Así el único argumento que resultaba vigente para aquellos autores, luego de la reforma legislativa, se asienta en la prohibición de arrendar o ceder el uso y goce sobre la vivienda, aunque agregando que la vivienda no podía cederse o arrendarse “directa o indirectamente” en expresiones que vienen a reeditar parte de la discusión en la nueva ley, aunque en los términos que se indicarán.-

⁴⁹Art. 10 de la Constitución Nacional: “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los Magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”

A partir del estudio sistemático ulterior a afirmar la nulidad de la cesión⁵⁰ los autores MEDERO – MALEL sostienen que el artículo ut supra citado no refiere a la enajenación de partes sociales, sino a la obligación de residencia del socio con su familia en esa unidad de vivienda, es decir que no se declara nula la cesión de partes sociales que no es convocado, sino el negocio pretendido (y nulo) sobre la disponibilidad – exclusivamente – sobre el uso y goce de la unidad, del que no se trata ahora.-

4.- LA NOVÍSIMA LEGISLACION URUGUAYA

La Ley 19.181 promulgada el 29 de diciembre de 2013, que sustituye varios artículos de la Ley 18.407 sobre regulación del sistema cooperativo nuevamente se detiene en la problemática de la cesión de partes sociales de una cooperativa de viviendas, en este caso para confirmar lo que ya resultaba de la normativa vigente, esto es, la validez y eficacia de ese negocio jurídico⁵¹ y de su efecto traslativo si mediaba el consentimiento de la Cooperativa⁵².-

Es útil señalar que entre la vigencia de la Ley General del Sistema Cooperativo y la presente se dicta el Decreto 198/2012 en fecha 18 de junio de 2012, el que indica los pasos que deben seguirse – en caso de proyectar la cesión de partes sociales - para obtener el consentimiento de la Cooperativa, fijando plazos al efecto, dejando así asentada, sin margen de duda interpretativa, la posibilidad de celebrar el negocio antes relacionado, en todos los casos, ya que la voluntad legislativa fue dada y luego reglamentada por el Poder Ejecutivo.-

El autor no cree que a estas alturas pueda fundarse una posición contraria a la cesión de partes sociales cooperativas conforme a Derecho, pues para prohibirla se requiere de texto legal expreso, que nunca se dictó⁵³, sino que está demostrado a lo largo de diversos artículos doctrinarios sobre este punto⁵⁴⁵⁵⁵⁶ que el legislador adoptó la postura contraria y la consignó en normativa indubitable.-

A su tiempo, la novísima ley 19.181 luego de ratificar expresamente la solución ya existente bajo la ahora modificada Ley 18.407 e inclusive bajo la derogada Ley 13.728, agrega un inciso expresamente aplicable a las cooperativas de vivienda, cuyo reflejo en la letra de la norma no contribuye a aclarar su espíritu.-

⁵⁰Ver nota No. 4.-

⁵¹Art. 19 del Decreto 198/2012 (transferencia de partes sociales).-

⁵²MALEL, ENRIQUE – LA CESION DE PARTES SOCIALES DE UNA COOPERATIVA DE VIVIENDAS SIGUE SENDO VALIDA Y EFICAZ LUEGO DE LA LEY nº 18.407- en REV. A.E.U. Vol. 95, Nº 7 – 12 (jul/dic 2009) p-181/183.-

⁵³A vía de ejemplo, el Art 9 del Decreto Ley 15.645 sobre cooperativas agrarias – hoy derogado – expresaba “La calidad de miembro es personalísima, no siendo transmisible”

⁵⁴ MACHADO, JORGE – TALLER DE DERECHO COOPERATIVO, AGOSTO / 2003 – REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY Tomo 90, No. 1 – 6, enero / junio de 2004, página 50/58.-

⁵⁵ IDEM ANTERIOR – REV. A.E.U. Tomo 84, No. 1 /12 , En/ Dic 998, p. 1 y siguientes.-

⁵⁶REYES, SERGIO; LAMENZA, ALFREDO Y OTROS – DERECHO COOPERATIVO URUGUAYO, F.C.U. año 2012, página 126, 127

5.- EL PRINCIPIO DEL FIN DEL DEBATE:

LA NORMA ADMITE LA CESIÓN DE PARTES SOCIALES COOPERARIAS

La Ley 19.181 que viene a dar nueva redacción al Art. 54 de la Ley 18.407 establece en un primer inciso el principio general de la cedibilidad de

las partes sociales, al señalar que:

“Las partes sociales serán... transferibles solamente a las personas que reúnan las condiciones requeridas por el estatuto para ser socios, previa aprobación del Consejo Directivo”

Del inciso transcripto, que se comparte, por cuanto confirma la regla general, al decir que la Cooperativa debe emitir su **consentimiento expreso ante la presentación e ingreso de un nuevo socio**, pues, desde siempre se afirmó que el nuevo socio debe reunir las condiciones previstas por el Estatuto y la admisión no puede ser sino expresada por el Consejo Directivo.- La solución legal ratifica que todos y cada uno de los socios de la cooperativa deben ser presentados ante el Consejo Directivo y necesariamente deben ser aceptados por éste, ya que se trata de una asociación [a tenor de la definición legal de cooperativa] de “tipo personal”, esto es, en la que interesan las condiciones personales de sus integrantes⁵⁷⁵⁸.-

El texto legal vigente aplica así el inciso primero del artículo 54 en cuanto señala que las partes sociales serán “transferibles” a las personas que reúnan las condiciones prevenidas para ser socio y con la previa aceptación de la Cooperativa, lo que quiere decir que será el Consejo Directivo el que **siempre decide** y si el postulante no es admitido como tal entonces fracasará el negocio de cesión de partes sociales, pues por más que se hiciera el acuerdo obligacional entre cedente y cesionario, jamás podría cumplirse con la tradición de los derechos si la cooperativa niega el ingreso del cesionario a la aludida calidad social, lo que fue así sostenido, invariablemente, desde que se inició esta cruzada por la viabilidad de la cesión de partes sociales⁵⁹.-

6.- LA NORMA EN CASO DE COOPERATIVAS DE VIVIENDA

⁵⁷En ello se basa, asimismo, la imposibilidad de rematar las partes sociales de una cooperativa desde que pesan las condiciones de índole personal en la aceptación del ingreso de una persona a su base subjetiva de componentes y es por esa falta de previa constatación y aceptación del Consejo Directivo que la decisión no puede quedar al arbitrio del rematador que únicamente fija el precio de la operación

⁵⁸Al respecto puede verse MALEL, ENRIQUE – ES CONTRARIO A DERECHO EL REMATE DE LAS PARTES SOCIALES DE UNA COOPERATIVA- en REV. AEU, Vol. 97 N° 2 (jul/dic 2011) p.337/383.

⁵⁹En compañía del Esc. HECTOR MEDERO PINTO desde el libro COOPERATIVAS DE VIVIENDA, según se recordó al inicio de esta ponencia.-

El artículo 54 de la Ley 18.407 modificado y antes citado es aplicable en forma genérica, pero en su redacción agrega un tercer inciso, a propósito de las cooperativas de vivienda, a saber:

“En las cooperativas de vivienda, la transferencia del capital social no podrá suponer cesión directa ni indirecta del derecho de uso y goce, el que es inherente a la calidad de socio, requiriéndose la previa aceptación del nuevo socio por el Consejo Directivo de la cooperativa”

La cesión, admitida como principio general, incluye la totalidad del estatuto de socio y no solo el uso y goce, ya que siendo este uno de los principales derechos integrantes de la calidad de tal, no es sin embargo el único aspecto de que se encuentra dotado.-

En efecto, no sólo se trasmite el uso y goce sino que en el caso de cesión de partes sociales se transfiere – globalmente, en bloque – los derechos y las obligaciones inherentes a la calidad de socio por cuanto el cesionario fue previamente aceptado como tal por el Consejo Directivo, pero no se negocia, ni nunca se sostuvo por este autor, que la negociación se pueda hacer por separado, es decir, que existan terceros ajenos a la cooperativa con derechos de uso y goce, pues ello sería ilegal y abiertamente contrario a la Ley y claramente nulo y de ningún valor.-

El socio tendrá derecho de uso y goce pues esa calidad es inherente a su estatuto y obviamente no puede negociarse una calidad sin incluir los derechos que le son correspondientes, el derecho de habitar una unidad de vivienda le pertenece al asociado y a ningún otro le corresponderá en ninguna circunstancia, lo que ocurre es que, al producirse la cesión de partes sociales al nuevo postulante, este debe ser previamente admitido como socio por la cooperativa y por ende al ser titular de capital adquiere la plenitud de sus derechos y obligaciones y por tanto, dentro de los derechos, el de usar y gozar de una vivienda cooperativa.-

El uso y goce de la vivienda se halla entre los elementos esenciales al objeto de la contratación entre cedente y cesionario, pero para lograr ese efectos deben transferirse cuotas de capital social, con lo que el nuevo postulante deviene en socio de la Cooperativa al aprobarse expresamente su ingreso y con ello [y por ello] obtiene el uso y goce, por lo que del derecho o a la inversa se alcanza al mismo resultado:

la cesión de partes sociales es válida y eficaz y el ingreso del nuevo socio depende de la autorización de la Cooperativa, adquiriendo por ende la calidad de socio y por tanto[entonces, sí “suponiendo”] la cesión consecuencial del derecho de uso y goce.-

7.- EN CONCLUSION

- El legislador establece que la Cooperativa debe aceptar al postulante a socio [y ello coincide con la línea doctrinaria que defiende este autor] considerando que el nuevo socio debe reunir las condiciones para ser tal y ello puede definirlo -- única y exclusivamente -- el consejo directivo de la cooperativa, que valora las consideraciones “de mérito” que estime pertinentes.-
- En tal sentido si la Cooperativa no acepta un postulante, el cedente y el cesionario deberán abstenerse de realizar la cesión de partes sociales pues no se producirá la eficacia de la tradición y por ende el cesionario jamás ingresará en la calidad de “socio” y tampoco podrá ocupar la vivienda, si lo hace será un ocupante precario y sería desalojado por la cooperativa.-
- El elemento uso y goce no puede desligarse de la calidad de socio, de modo que la transferencia de capital desemboca en la adquisición de todo el estatuto de socio y por ende también en la cesión del derecho a la vivienda, que es inherente a la calidad que adquiere el tercero, una vez aceptado expresamente por el Consejo Directivo.-
- La cesión de partes sociales provoca el desplazamiento de la titularidad de cuotas partes de patrimonio entre cedente y cesionario, con ello el postulante adquiere la calidad de socio y consecuentemente el derecho de uso y goce, por tanto el negocio en su globalidad, **supone necesariamente y contrario a lo que dice la norma, su traspaso.-**

Montevideo, Uruguay, setiembre de 2016

Patricia A. Fernández de Andreani. ¿Los derechos y garantías de los usuarios de servicios públicos son aplicables al asociado de una cooperativa de servicios públicos? ¿la relación cooperativizada sustituye a la relación de consumo?

I. Sumario:

La relación entre los socios y la cooperativa prestadora de servicios públicos se encuadra en un acto cooperativo, motivo por el cual los derechos y garantías previstas en las normas consumeristas no se aplican en forma directa a la relación, sin perjuicio de que si el derecho cooperativo no diera solución al caso se le aplicara por analogía el régimen de defensa del consumidor en la medida que su aplicación y la *ratio legis* de la norma a aplicar respete los principios y las bases del sistema cooperativo, y siempre teniendo en cuenta que su aplicación analógica resguarda la finalidad de las normas protectoras del consumidor, es decir, su fin tuitivo.

Ahora bien, nuestra posición también permite concluir que si bien el socio/usuario no está alcanzado directamente por el derecho consumerista, no obstante la cooperativa sí se encuentra legitimada para invocar el derecho de consumo y reclamar en interés de sus propios socios, como así también los socios se encuentran legitimados para demandar en virtud de dichas normas directamente contra el proveedor al que la cooperativa compró o contrató para sus miembros.

II. Introducción:

Las principales fuentes normativas de los derechos y garantías de los usuarios de servicios públicos son la Constitución Nacional⁶⁰ y la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) con sus modificaciones.

A ello debe incorporarse la normativa del consumidor que presenta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, especialmente en materia de contratos de consumo. Huelga decir que el régimen previsto en el nuevo código de fondo respeta los lineamientos que surgen de la normativa consumerista preexistente; incluso más: le sirve de marco general normativo a la Ley específica mencionada en el párrafo precedente, la cual lejos de verse derogada ha resultado potenciada⁶¹.

60 La reforma de 1994 trajo como novedad, entre otras cosas, la incorporación del artículo 42, en el cual se otorga jerarquía constitucional a los derechos del consumidor y del usuario, destacándose en especial lo vinculado al servicio público.

61 STIGLITZ, *La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación*, LL, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014, p. 137.

Los derechos del consumidor se pueden clasificar en derechos fundamentales⁶², sustanciales⁶³ e instrumentales⁶⁴.

En la Ley de Defensa del Consumidor podemos encontrar normas que contienen derecho y garantías a favor del consumidor de servicios públicos domiciliarios en los arts. 10 ter, 25, 26, 27, 28, 30, 30 bis entre otros.

Para dar respuesta a la primera consigna que intenta desentrañar si los derechos y garantías de los usuarios/consumidores que fueron señalados anteriormente alcanzan al asociado de una cooperativa de servicios públicos, primero debemos partir por analizar la vinculación mutualista o también llamada cooperativizada que une al asociado con la cooperativa.

La determinación de las características del vínculo socio-cooperativa y su alcance nos permitirán encuadrar el régimen aplicable.

También analizaremos qué determina la relación de consumo y si la vinculación existente entre el socio y la cooperativa puede verse enmarcada en una relación de consumo.

III. Las relaciones de las cooperativas con sus socios:

La relación cooperativizada es la relación mutual que nace en el desarrollo de la actividad cooperativa y que tiene en miras la consecución del objeto social. La naturaleza mutualista de la cooperativa entraña que ésta realiza su actividad económica con sus propios socios y no con terceros o, al menos, secundariamente con éstos⁶⁵.

Como bien se indica, el estudio de esta relación constituye una cuestión medular del derecho cooperativo⁶⁶.

El debate de la relación cooperativa o mutualista se focaliza en determinar la naturaleza del vínculo. Importante doctrina y legislación consideran que la relación interna entre socios y

⁶² Entre estos derechos se destaca el acceso al consumo, al trato digno y equitativo y a la educación. Estos derechos relacionan al consumidor como sujeto activo del mercado, siendo el Estado quien debe ejercer una función protectora de los mismos.

⁶³ Estos derechos se encuentran garantizados por soluciones emergentes de las normas de fondo y tienen en miras garantizar la información, la salud, la protección y seguridad y la prestación eficiente del servicio, ya sea que éstos tuvieran origen en deberes precontractuales de información, contenido e instrumentación de contrato, régimen de garantías, responsabilidad por daños, entre otros.

⁶⁴ Los derechos instrumentales se caracterizan por ser el medio a través del cual se pueden efectivizar los derechos. Entre ellos, nos encontramos con el derecho de acceso a las instancias administrativas, judiciales y arbitrales en procura de la resolución de los conflictos.

⁶⁵ FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa. Responsabilidad de los socios*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 104.

⁶⁶ VARGAS VASSEROT, "La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y terceros", *Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades*, Nº 27, 2006, p. 19.

cooperativa es única⁶⁷ y de carácter societaria, mientras otros autores comparten la tesis de que el fenómeno cooperativo se compone de una duplicación de relaciones, una societaria y otras obligaciones de cambio, según el objeto social de que se trate⁶⁸.

Así, las tesis societarias consideran que no son contractuales las operaciones que se hacen internamente en la cooperativa entre socios y entidad. Quienes defienden esta posición sostienen que estas operaciones son efectuadas por el asociado con la cooperativa en su calidad de miembro de ella y conforme las disposiciones de los estatutos. En apoyo a la posición agregan que la consecución de los bienes o servicios que la cooperativa obtiene o procura al socio es un elemento inherente de la relación social, sustanciándose con ello la mutualidad, y que precisamente es de este modo como se obtiene el fin de la cooperativa.

Si se considera que la relación cooperativa es una relación contractual distinta a la societaria, por un lado se estaría frente a la relación de sociedad y, por el otro lado, encontraríamos una multiplicidad de relaciones de cambio, relaciones que tendrán un contenido distinto según el tipo de cooperativa del que se trate, pero que, en todo caso, serán de carácter contractual. Si consideramos que en las cooperativas existe dualidad de vínculos las relaciones societarias se regirán por el estatuto, reglamento y la Ley de Cooperativas; al mismo tiempo, las relaciones contractuales se regirán, en primer lugar, por el específico régimen contractual estipulado y sólo de manera subsidiaria será de aplicación el contenido del contrato social, asambleas y Ley de Cooperativas.

En cambio, si consideráramos que la relación asociado-cooperativa es de carácter único, con prevalencia del elemento asociativo, ello implica que la relación está regida en primer lugar por el derecho cooperativo, ley, estatuto y principios generales del derecho cooperativo y, en segundo término, por el común aplicable a la figura contractual cuya forma asuma, es decir, solo se aplicaría de manera subsidiaria, mediante la aplicación analógica, el contenido del contrato que más se asemeje a la relación que en particular se haya desarrollado.

Ahora bien, compartimos que el reconocimiento, por parte del legislador, de la naturaleza jurídica de la relación entre socios y entidad es fundamental para determinar el carácter del vínculo

67 Conf. CORBELLA, "El acto cooperativo", en CRACOGNA, *Régimen Jurídico de las cooperativas*, Ed. Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, Buenos Aires, p. 59 y sig.; ALTHAUS, *Tratado de Derecho Cooperativo*, Ed. Zeus, Rosario, 1977, p. 206 y sigs.; BULGARELLI, *Elaboração do Direito Cooperativo*, Ed. Atlas SA, San Pablo, 1967, p. 94 y siguientes, entre otros. Asimismo, han adoptado la figura del acto cooperativo y de la relación mutualista única: la Ley de Regulación General del Sistema Cooperativo de la República del Uruguay (ley 18.407, art. 9), la Ley de Actualización de la Legislación Cooperativa de la República de Colombia (ley 79/88, art. 7), la Ley General de Sociedades Cooperativas de los Estados Unidos Mexicanos (art. 5) y la Ley de Asociaciones Cooperativas de la República de Costa Rica (ley 4.179, ref. por ley 6.756, art. 5), entre otras.

68 GALGANO, *Le Società per Azioni. Le Altre Società di Capitali. Le Cooperative*, Ed. Zanichelli, Bologna, p. 256.

mutualístico⁶⁹. La influencia del legislador en la toma de posición acerca del carácter del vínculo es el parámetro que la doctrina y la jurisprudencia han seguido para concluir en una o en otra posición.

En este sentido, en términos generales las legislaciones latinoamericanas dan testimonio de que han optado porque la relación entre socio y cooperativa es única y de carácter asociativo⁷⁰.

Ahora bien, focalizándonos sobre Argentina advertimos que el legislador ha sido concluyente a la hora de tomar posición sobre la relación mutualista. En efecto, el art. 4 de la ley 20.337 dispone que “Son actos cooperativos los realizados entre las cooperativas y sus asociados y por aquéllas entre sí en el cumplimiento del objeto social y la consecución de los fines institucionales...”.

En este sentido, la posición de la doctrina⁷¹ de manera casi uniforme se mantiene partidaria de que los actos jurídicos realizados en cumplimiento del objeto social entre los asociados y la cooperativa constituyen actos cooperativos y que la relación en el caso es única, sin perder de vista el contenido complejo de la relación asociado-cooperativa, sino señalando su carácter unitario y la prevalencia, dentro de ella, del elemento asociativo. De esta tesis se desprende que el acto cooperativo está regido, en primer término, por el derecho cooperativo —ley, estatuto y principios

69 VARGAS VASSEROT, *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y terceros*, “Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades”, N° 27, 2006, p. 128.

⁷⁰ Así, la República Federativa de Brasil en el art. 79 de la Ley de Cooperativas (ley 5.764) dice: “Denominanse actos cooperativos a los practicados entre las cooperativas y sus asociados, entre éstos y aquellas y por las cooperativas entre sí cuando están asociadas, para la consecución de los objetos sociales. El acto cooperativo no implica operación de mercado, ni contrato de compraventa de producto o mercadería”.

La posición adoptada por el legislador brasileño fue seguida por Uruguay, Colombia, Argentina, entre otros.

Así, vemos que la redacción del art. 9 de la Ley de Regulación General del Sistema Cooperativo (ley 18.407) de la República Oriental del Uruguay describe que son actos cooperativos “los realizados entre las cooperativas y sus socios, por éstas y los socios de sus cooperativas socias, o por las cooperativas entre sí cuando estuviesen asociadas bajo cualquier forma o vinculadas por pertenencia a otra de grado superior, en cumplimiento de su objeto social. Los mismos constituyen negocios específicos, cuya función económica es la ayuda mutua, quedan sometidos al derecho cooperativo y para su interpretación se entenderán integrados por las estipulaciones del estatuto social. Tendrán por objeto la creación, modificación o extinción de obligaciones, negocios dispositivos en sentido amplio o en sentido estricto (...) En todo lo no previsto en las leyes cooperativas se aplicarán al acto cooperativo los principios generales en materia de negocio jurídico en general y de los contratos en particular, en lo compatible y en cuanto correspondiere o fuere pertinente...”.

Del mismo modo, la Ley de Actualización de la Legislación Cooperativa de la República de Colombia(ley 79/88) que en el art. 7 dice: “Serán actos cooperativos los realizados entre sí por las cooperativas, o entre éstas y sus propios asociados, en desarrollo de su objeto social”.

71ALTHAUS, *Tratado de Derecho Cooperativo*, Ed. Zeus, Rosario, 1977, p. 206 y sigs.; CUESTA, *Manual de Derecho Cooperativo*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 40 y sigs; CRACOGNA, “El acto cooperativo y la defensa del consumidor”, ponencia presentada en la Jornada de Derecho Cooperativo de fecha 18/09/13, http://www.cooperar.coop/sites/default/files/Acto_cooperativo_y_defensa_del_consumidor.pdf, PASTORINO, *Teoría General del Acto Cooperativo*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1981, p. 25 y sig.

generales del derecho cooperativo, sin desmedro de la transferencia de la doctrina cooperativa como fuente de este último— y, en segundo lugar, por el común aplicable a la figura contractual más análoga.

Nuestra posición con respecto al tema que nos ocupa no puede soslayar la voluntad del legislador expresada manifiestamente en la Exposición de Motivos de la Ley de Cooperativas cuando al comentar el art. 4 de la mencionada norma incorpora que “el concepto, doctrinariamente correcto, configura una definición de teoría económica, que deslinda el ámbito de la economía cooperativa y la de mercado (...) El acto cooperativo ‘no implica operación de mercado’”.

Por lo tanto, consideramos que: a) debe reconocerse la esencial unidad de la relación asociado-cooperativa y sus características unilateral y colegiada; b) los asociados operan con la cooperativa en busca del cumplimiento del objeto social; c) los actos jurídicos realizados en cumplimiento del objeto constituyen actos cooperativos y, por tanto, el derecho que se le aplica a esa vinculación será consecuencia de aquella, es decir, se regirá por las normas cooperativas aunque asuman figuras diversas, sin perjuicio de que deban aplicarse por analogía las reglas del derecho común correspondiente a la figura contractual más afín.

Para explicar cómo se desarrolla ese vínculo y justificar que no existe intermediación en la relación asociado-cooperativa (en particular, en lo relativo a las cooperativas de consumo) algunos autores⁷² consideran que los asociados con la cooperativa practican un mandato, actuando la cooperativa como mandataria de sus asociados para la adquisición en el mercado y la distribución entre ellos de los servicios o bienes que necesitan. Esta teoría parte del principio de que la cooperativa representa a los consumidores y la cooperativa compra pero no hay reventa del servicio o bien, con el fin especulador.

El mandato sobre el cual actúa la cooperativa es permanente en base al contrato social. De este modo, los partidarios de esta tesis concluyen que la cooperativa no compra para revender sino para proveer al asociado⁷³, no existe intermediación porque hay operaciones internas.

⁷² BULGARELLI, *Elaboração do Direito Cooperativo*, Ed. Atlas SA, San Pablo, 1967, Cap. IV, p. 100 y sigs.

⁷³ Más recientemente en el mismo sentido SENENT VIDAL, al comentar la sentencia de la sala de lo civil del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2013, número 526/2013 (Roj STS 4926/2013) que califica como acto de competencia desleal por infracción de normas la aplicación de descuentos superiores a los permitidos en la legislación del libro por parte de una cooperativa de consumo a sus personas socias, concluye que en el marco de la relación socio-cooperativa “en vez de hablar de venta debe hablarse de distribución o asignación de bienes. No hay, por tanto, relación de cambio; no hay desplazamiento económico, sino una mera distribución física de bienes, adquiridos por la cooperativa por cuenta de sus personas socias”. SENENT VIDAL, *El sistema de precio fijo de los libros y las cooperativas de consumo*, “Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa” N° 24, 2013.

Otros autores⁷⁴ basan la “no intermediación” en la titularidad de la masa de gestión⁷⁵ de la cooperativa, señalando “que si se entiende que los bienes entregados —o los pagos realizados— por los socios a la cooperativa, en el marco de la cooperación no se transmiten a la sociedad, no se va a poder considerar que esas entregas o pagos se realizan en virtud de contratos de compraventa, o contratos de suministro o contratos de intercambio”.

En verdad, lo que se quiere significar es que las entregas de fondos o productos para que la cooperativa los canalice hacia el mercado no ingresan en el patrimonio de la cooperativa; que, en consecuencia, cuando son realizados o vendidos por la cooperativa a terceros, el precio obtenido lógicamente no le corresponde a la cooperativa sino a los socios, en la porción que realizaron las entregas.

Sin embargo, en el caso de muchas cooperativas de consumidores (en especial, las grandes) Fajardo García⁷⁶ señala que normalmente no existe esa masa de bienes propiedad del socio y que la cooperativa gestiona toda vez que considera que la misma se financia económicamente y adquiere los bienes para sus socios, no con los fondos por éstos aportados, sino con su propio patrimonio.

En el supuesto de las cooperativas bajo estudio en Argentina, los socios abonan el servicio ya consumido. Sin embargo, la entidad pagará la energía o el gas al mercado mayorista correspondiente⁷⁷, con posterioridad al pago de la factura por el usuario. De tal modo, los asociados adelantan los fondos, es decir, la masa de gestión. De allí que en el caso de estas cooperativas, los pagos realizados por los socios a la cooperativa en el ámbito de la cooperación no se transmiten a la sociedad y, como consecuencia, no hay contrato de intercambio.

De igual modo, coincidimos con Fajardo García⁷⁸ que la cooperativa de consumo actúa como un mero gestor de los intereses de los socios y son éstos quienes adquieren directamente los bienes. En definitiva, esta posición nos la da el propio legislador que en la Expresión de Motivos de la Ley de Cooperativas de Argentina indica que el acto cooperativo “no implica operación de mercado”.

IV. La relación de consumo:

74 VARGAS VASSEROT, *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y terceros*, “Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades” N° 27, 2006, p 120.

75 Se entiende por masa de gestión el conjunto de productos, fondos o bienes de cualquier tipo, que entregan los socios para su gestión por la cooperativa.

76 FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa. Responsabilidad de los socios*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 101.

77 En algunos casos se adquiere la provisión de energía o gas de un distribuidor autorizado, cuando la cooperativa no reviste tal cualidad; y en otros casos, más aislados aún, lo adquieren por autogeneración.

78 FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa. Responsabilidad de los socios*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 101.

La relación de consumo es definida por la Ley de Defensa del Consumidor como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario⁷⁹. Asimismo, el Código Civil y Comercial de la Nación recogió aquella noción⁸⁰ que ha sido delineada por precedentes jurisprudenciales, en especial aquellos emanados de nuestro Máximo Tribunal⁸¹.

La doctrina⁸² califica a la relación de consumo como una especie de relación social, en virtud de la cual determinadas situaciones de hecho, aptas para la satisfacción de algunos fines o intereses, son considerados por el grupo social dignas de protección, razón por la cual se les reconoce a los sujetos de la relación facultades o prerrogativas y se le imponen los correlativos deberes.

La ley 24.240, reformada por la Ley 26.361 establece con notable precisión el alcance de la categoría de los sujetos; sin embargo, no profundiza sobre el alcance del objeto y la causa.

Podemos inferir de la propia redacción del art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor argentina que la relación podrá tener como causa todo hecho o acontecimiento susceptible de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones, sean lícitos o ilícitos, así como también podrá surgir de actos jurídicos, que tienen por fin inmediato establecer relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos⁸³.

V. Conclusiones:

Para determinar si las normas consumeristas previstas en Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial, sus derechos y principios son aplicables a los asociados/usuarios de las cooperativas de servicios públicos se debe partir del análisis del vínculo que une al asociado con la cooperativa.

Como hemos tenido oportunidad de ver precedentemente de acuerdo a la posición que tomó el propio legislador de la Ley de Cooperativas argentina, el vínculo es único y de índole societario.

79El art. 3 de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361 establece en la parte pertinente que la relación de consumo es "el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario".

⁸⁰ Art. 1.092: "*Relación de consumo. Consumidor.* Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

"Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

⁸¹ CSJN, 06/03/2007, "Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y perjuicios", *Fallos*, 330:563; CSJN, 21/03/2006, "Ferreyra, Victor D. y otr. c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ Daños y perjuicios", *Fallos*, 329:646; entre otros.

⁸² MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de Obligaciones*, T. I, p. 65 y sigs.

⁸³ RUSCONI, "Nociones Fundamentales", en RUSCONI, *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 140.

Ello trae aparejado que no se trata de una relación de cambio ni de mercado y, por ello, no existe un doble género de sujetos, como exige tanto el Código Civil y Comercial como la Ley de Defensa del Consumidor para considerar que estamos frente a una relación de consumo.

Aun a pesar de que las norma consumerista argentina considere que el elemento activante del principio protectorio no es el acto de contratar, sino el hecho de consumir, y que este hecho jurídico puede ser incluso unilateral y de característica gratuita, el vínculo jurídico de consumo exige al menos dos sujetos.

En efecto, en el caso no existe un “proveedor” y un “consumidor” porque, como hemos indicado en el apartado IV, la doctrina sostiene mayoritariamente que en la vinculación de los socios con la cooperativa subyace un mandato o una gestoría que otorgan los asociados para que la entidad, en el caso de las cooperativas de consumo, adquieran los bienes o servicios en representación de los socios. De tal modo que son los propios socios autoorganizados los que, en el supuesto de las cooperativas bajo análisis, se brindan el mismo servicio. Es decir, existe una confusión de roles porque son los propios asociados, a través de una empresa democráticamente organizada, los que concurren al mercado a adquirir la energía para, a su vez, autoabastecerse.

Ello significa que la entidad nace fundamentalmente para operar con sus asociados, la trama de la relación se teje principalmente para dentro y así los sujetos de la relación superponen la calidad de asociados y usuarios o consumidores en un concepto integral de la relación social, y su objeto y fines se nutren con el servicio, superando la aparente tipicidad de los actos jurídicos que se celebran⁸⁴.

Algunos autores⁸⁵ consideran que la interpretación de que la relación cooperativizada no constituye actos de intermediación no puede servir de apoyo a la idea de la supresión de la personalidad de la cooperativa, ni a la actuación de la cooperativa a modo de mandatario de los socios. Otros sostienen que estamos ante un supuesto de ficciones que tiende a eliminar la personalidad jurídica de la cooperativa como política de fomento⁸⁶.

Nosotros somos partidarios de que la cooperativa es un mediador entre los consumidores y el mercado, es decir intercede en su propio nombre para satisfacer directa e indirectamente las necesidades de sus socios y consecuencia de ello es que no se aplican directamente las normas consumeristas a la relación asociado/usuario/cooperativa, sin perjuicio de que se le aplicara por analogía el régimen tanto de defensa del consumidor, como las normas de derecho privado de los actos jurídicos afines de conformidad con lo que procederemos a analizar.

84 Conf. “El acto cooperativo”, en CRACOGNA, *Régimen Jurídico de las cooperativas*, Ed. Colegio de abogados del Departamento Judicial de La Plata, Buenos Aires, 1990, p. 61.

85 PANIAGUA ZURERA, *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, Ed. Mac-Graw-Hill, 1997, p. 422.

86 VICENT CHULIÁ, *En torno a la Ley General de Cooperativas de 1987*, “CIRIEC-España”, N° 1, 1987, p. 28.

Ahora bien, nuestra posición también permite concluir que si bien el socio/usuario no está alcanzado directamente por el derecho consumerista, no obstante la cooperativa sí se encuentra legitimada para invocar el derecho de consumo y reclamar en interés de sus propios socios, como así también los socios se encuentran legitimados para demandar en virtud de dichas normas directamente contra el proveedor al que la cooperativa compró o contrató para sus miembros⁸⁷.

Por ello, consideramos que hay que diferenciar la prestación del servicio que hace la cooperativa al socio y la prestación que el socio recibe a través de la cooperativa del proveedor del bien o servicio. Al primer supuesto le cabe la conclusión arribada en primer término, es decir se le aplicará analógicamente la Ley consumerista y el Código Civil y Comercial en lo relativo a contrato de consumo, si el derecho cooperativo no diera solución al caso, pero en el segundo escenario, donde los socios reciben a través de la cooperativa del proveedor un producto o servicio defectuoso, la acción podría deducirla tanto el socio como el ente (en interés de sus socios) y en ese caso sí podrían invocar el derecho de consumo.

En suma será aplicable por analogía la Ley de Defensa del Consumidor y/o las normas del contrato de consumo previstas en el Código Civil y Comercial a la relación asociado/usuario/cooperativa en la medida que existiendo una insuficiencia normativa de la legislación cooperativa, estatuto y reglamentos, su aplicación y la *ratio legis* de la norma a aplicar respete los principios y las bases del sistema cooperativo, y siempre teniendo en cuenta que su aplicación analógica resguarda la finalidad de la normas protectoras del consumidor, es decir, su fin tuitivo.

Ejemplo de aplicación analógica que afecta la naturaleza cooperativa, como el fin tuitivo de la norma consumerista sería el caso de una acción colectiva iniciada por una asociación de consumidores donde se intente procurar una indemnización a favor de los usuarios cuando quienes pueden resultar beneficiados por una condena indemnizatoria son quienes, a su vez, deben soportar la condena, ya sea mediante la transferencia de dicho monto indemnizatorio a tarifa, o mediante la propia absorción de capital de la entidad que experimentaría una descapitalización a favor de los mismos asociados (movimiento patrimonial que para los asociados es de suma cero, pues son ellos mismos los que contribuyen a capitalizar a la entidad)⁸⁸.

⁸⁷ FAJARDO, *Legitimación de la cooperativa para reclamar en interés de sus socios* (sentencia de 27 de junio de 2007 (civil) RA 3551/2007), "Revista de Derecho Comercial" N° 269, 2008. Para el supuesto en el cual los socios se encuentran legitimados para demandar directamente contra el proveedor con el que la cooperativa contrató, encontramos importante jurisprudencia en España sobre cooperativas de viviendas. Dichos antecedentes reconocen a la cooperativa y a sus socios legitimación activa para reclamar por incumplimientos vicios o ruina contra el constructor, y no reconocen a la cooperativa como legitimado pasivo de esas reclamaciones por no ser constructor, promotor o vendedor, sino mediador (SSTS 5/2/1993 (RA 829), 22/9/1994 (RA 6982), 8/6/1992 (RA 5168), 14/04/1983 (RA 2112), entre otros).

pasivo de esas reclamaciones por no ser constructor, promotor o vendedor, sino mediador (SSTS 5/2/1993 (RA 829), 22/9/1994 (RA 6982), 8/6/1992 (RA 5168), 14/04/1983 (RA 2112), entre otros).

⁸⁸ Conf. CComLab. y de Minería, Sala II de la Ciudad de Neuquén, 15/07/2015, "ACUDEN C/ CALF S/D.Y P. Res. Contractual Particulares",

Rafael Carvalho Cunha. A jurisprudência do direito cooperativo brasileiro

RESUMO

O Direito Cooperativo é uma realidade no Sistema Jurídico Brasileiro desde os fins do século XIX. O ato cooperativo é um instituto central sobre o qual a sociedade cooperativa e os seus sócios realizam as suas operações. Parte das decisões judiciais do Brasil não reconhecem os caracteres distintivos do ato cooperativo, julgando, assim, de maneira equivocada.

O regime jurídico das sociedades cooperativas no Brasil tem as suas origens no Decreto n. 796, de 2 de outubro de 1890⁸⁹, que, há 126 anos, tipificou a cooperativa como uma forma de sociedade. Em 16 de dezembro de 1971, foi publicada a Lei n. 5.764⁹⁰, lei geral das cooperativas, que definiu a forma e natureza jurídica próprias da sociedade cooperativa.

Há 28 anos, no dia 05 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988⁹¹, que garantiu a criação de sociedades cooperativas independentemente de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento⁹². Ainda, determinou que a lei vindouras apoiassem e estimulassem o cooperativismo em todos os graus⁹³. Não obstante, o 192 da CFRB/1988 garantiu o direito das cooperativas de crédito de estarem inseridas no Sistema Financeiro Nacional⁹⁴.

Entretanto, somente em 17 de abril 2009, o Governo Federal editou uma norma (Lei Complementar 130⁹⁵ – LC 130) que atribuía competência ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do

⁸⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Legislação. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-796-2-outubro-1890-504016-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acessado em 06 de outubro de 2016.

⁹⁰ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm>. Acessado em 06 de outubro de 2016

⁹¹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 04 de Março de 2013.

⁹² CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

⁹³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

⁹⁴ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

⁹⁵ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp130.htm#art18>. Acessado em 04 de Março de 2013.

Brasil para legislar sobre as cooperativas de crédito. Deste modo, a primeira lei específica aplicável às sociedades cooperativas de crédito é a LC 130.

A segunda lei específica de um determinado ramo do cooperativismo é a Lei nº 12.690⁹⁶, de 19 de Julho de 2012 – Lei 12.690/2012, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho. O objetivo da Lei 12.690/2012 era determinar e especificar o trabalho cooperado do trabalho geral, que, ao meu ver, não foi alcançado.

A sociedade cooperativa no Brasil tem um carácter jurídico essencial e distintivo próprio realizado entre a sociedade e seu sócio denominado ato cooperativo.

Antes, contudo, de analisar os elementos constitutivos do ato cooperativo, mister se faz, ressaltar que a CRFB/1988 estabelece em seu artigo 5º, inciso XXXVI, o princípio de proteção ao ato jurídico perfeito⁹⁷, que, conforme o Decreto Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, que serve de Introdução às normas de Direito Brasileiro⁹⁸, define o ato jurídico perfeito “... o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

O Supremo Tribunal Federal, que é a Suprema Corte Brasileira, decidiu que “O disposto no art. 5º, XXXVI, da CRFB/1988 se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva”⁹⁹.

Assim sendo é possível conceber o ato jurídico perfeito como a subsunção do fato à norma de direito público ou privado, que adquiriu a característica de imutável.

Entendemos que o ato cooperativo é um tipo específico de ato jurídico privado, porque é realizado entre a sociedade cooperativa e seu sócios, ou, entre as sociedades cooperativas, segundo a determinação do artigo 79 da Lei n. 5.764/1971¹⁰⁰, *in verbis*:

“Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

⁹⁶ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei 12.690. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12690.htm>. Acessado em 04 de Março de 2013.

⁹⁷ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

⁹⁸ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acessado em 06 de outubro de 2016.

⁹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493.

¹⁰⁰ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm>. Acessado em 06 de outubro de 2016

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.”

Compreendemos que o artigo 79 de Lei n. 5.764/1971 nos revela quatro elementos constitutivos do ato cooperativo, quais sejam, (a) é uma espécie de ato jurídico; (b) é a concretização do princípios do cooperativismo; (c) é o *modus operandi* da sociedade cooperativa e (d) é sinal distintivo de outros ramos do Direito. Vejamos.

(a) é uma espécie de ato jurídico.

Em sendo o ato jurídico a subsunção do fato à norma de direito público ou privado, qualquer pessoa física ou jurídica que praticar determinado ato que se subsumir à norma estará praticando um ato jurídico. O artigo 79 da Lei n. 5.764/1971, tem a mesma estrutura lógica da ato jurídico, entretanto, ao estabelecer os sujeitos da estrutura da sua norma são a sociedade cooperativa e o sócio está criando uma espécie de ato jurídico, que é diferença específica de uma norma geral. Assim o ato cooperativo é próprio da sociedade cooperativa com os seus sócios.

(b) é a concretização do princípios do cooperativismo.

Concebemos que o fenômeno do cooperativismo no mundo manteve-se uno e indiviso, e por isso obteve êxito, porque foram estabelecidos princípios universais e preservados como cláusula pétrea.

Geraldo Ataliba, um dos grandes juristas brasileiros, prelecionou que, *in verbis*: “... princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências”¹⁰¹.

O artigo 79 da Lei n. 5.764/1971 é a expressão dos princípios cooperativista, estabelecidos na Resolução 193 da Organização Internacional do Trabalho, bem como se coaduna com a Lei Marco para as cooperativas da América Latina.

(c) é o *modus operandi* da sociedade cooperativa.

O ato cooperativo é o liame jurídico existente entre a sociedade cooperativa e o seu sócio, por isso essa relação é de direito pessoal, obrigacional.

¹⁰¹ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 6-7.

Toda a operação realizada pela sociedade cooperativa com terceiros tem como *vis proprio* o ato cooperativo, uma vez que a finalidade da sociedade cooperativa é atender as necessidades do seu sócio por meio da prestação de serviços, sem interesse negocial com este. Este é o ensinamento do célebre jurista Waldirio Bulgarelli, in verbis: “o objetivo da sociedade cooperativa não é distinto dos objetivos dos seus atos, que é a prestação de serviços ou bens aos sócios”¹⁰².

O *modus operandi* da sociedade cooperativa tem com início e fim o ato cooperativo.

(d) é sinal distintivo de outros ramos do Direito.

O ato cooperativo é uma operação interna da sociedade cooperativa onde figuram como partes somente cooperado e cooperativa, ou cooperativas, quando se tratar de cooperativas de segundo grau.

Este fato pode ser tratado como *affectio societatis* e em se tratando de *affectio societatis* não há que se falar em ato de comércio, relação de emprego ou de consumo.

Por conseguinte, quando a sociedade cooperativa oferece ou adquire bens ou serviços com terceiros há uma relação pessoal obrigacional que é configurada como atos de comércio ou relação de emprego ou de consumo.

Ato contínuo a análise dos elementos constitutivos do ato cooperativo, passemos a análise das decisões dos Tribunais Superiores do Brasil.

Passados mais de 40 anos da edição da Lei n. 5.764/1971, e tudo que ela contribuiu para a autonomia do direito cooperativo brasileiro, ainda se verificam graves sinais de incompreensão, principalmente de sua natureza e forma jurídicas, por parte dos governos, da sociedade civil.

Pensamos ser importante ressaltar que o desenvolvimento econômico rural brasileiro teve uma significativa contribuição das sociedades cooperativas em sua história, esse fato não foi indiferente aos olhos dos Deputados Constituintes que elevaram à importância Constitucional o ato cooperativo determinando que uma lei complementar trata-se de um “adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas”¹⁰³. Essa Lei Complementar, que tem a mesma força que a Constituição, ainda não fora criada.

As dificuldades porque passam as cooperativas conta com a incompreensão por parte das Instituições Públicas de que esta é um instrumento de geração de trabalho e renda e resgata a

¹⁰² BULGARELLI, Waldirio. *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 22.

¹⁰³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Art. 146. Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

dignidade do trabalhador, enquanto indivíduo autônomo e portador de liberdades, especialmente no mercado de serviços.

A sociedade cooperativa sempre é desafiada pela cognição do Poder Judiciário, que é dominado por uma interpretação, e, conseqüentemente, uma jurisprudência ultrapassada na qual se estruturou em torno da relação de emprego, somado ao fato da existência de algumas falsas cooperativas que se organizaram sem qualquer orientação na legislação em vigor, fato que contribuiu para a formação de um (pré) conceito com relação às cooperativas na área de serviços.

O Supremo Tribunal Federal – STF, por diversas vezes fora estabelecendo os critérios, consoante o ensinamento dos doutrinadores brasileiros, sobre a Sociedade Cooperativa, qual seja, o ato cooperativo e seu direito próprio, com exceção das questões de trabalho cuja competência é do Justiça do Trabalho, como abaixo veremos.

Por meio de diversos julgamentos conseguimos perceber alguns critérios estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, quais sejam, (a) o ato cooperativo é uma espécie de ato jurídico; (b) o ato cooperativo é o *modus operandi* da sociedade cooperativa; e, (c) é sinal distintivo de outros ramos do Direito. Vejamos.

(a) o ato cooperativo é uma espécie de ato jurídico.

O Recurso Especial – REsp é um recurso interposto contra a decisão de um Tribunal Estadual que afronte a Lei Infraconstitucional, também chamada de Lei Ordinária e é julgado pelo STJ.

Em 03 de maio de 2006, o STJ julgou o REsp 479.012¹⁰⁴ proveniente do estado de Minas Gerais decidindo que, *in verbis*:

“A cooperativa tem isenção de tributos em relação aos atos cooperativos, entendendo-se assim aqueles praticados com o objetivo de atingir suas finalidades estatutárias.

A venda de produtos ou mercadorias pela cooperativa a seus associados que se caracteriza como ato cooperativo está isenta da tributação”.

(b) o ato cooperativo é o *modus operandi* da sociedade cooperativa; e,

No mesmo REsp 479.012¹⁰⁵, o STJ decidiu que, *in verbis*:

¹⁰⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 479.012/MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 03.05.06.

¹⁰⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 487.854/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03.06.2004, DJ 23.08.2004 p. 182.

“As cooperativas podem praticar atos cooperados, ao coordenar e planejar o trabalho de seus associados, os quais recebem pelo trabalho realizado, com isenção de tributos, nos termos da Lei 5.764/71, artigo 79.

Diferentemente, podem as cooperativas na captação de clientes firmarem com estes ato negocial, vendendo planos de saúde, recebendo dos terceiros importância pelo serviço realizado, sem isenção alguma porque de ato cooperado não se trata.

Hipótese dos autos em que a cooperativa age intermediando os serviços de seus próprios associados, os médicos, reunidos em prol de um trabalho comum, exercendo verdadeiro ato cooperativo”.

Em 21 de março de 2005, REsp 543.420¹⁰⁶, proveniente do estado de Minas Gerais, o STJ decidiu que, *in verbis*:

“As cooperativas de crédito, em face de sua natureza jurídica, por praticarem somente atos tipicamente cooperativos, não estão passíveis de incidência tributária, in casu, PIS e COFINS, tendo em vista que ao praticarem os atos inerentes à sociedade não auferem lucro porquanto as despesas e os resultados são divididos entre seus cooperados.”

(c) é sinal distintivo de outros ramos do Direito. Vejamos.

Em 25 de setembro de 2007, REsp 784.996¹⁰⁷, proveniente do estado de Santa Catarina, o STJ decidiu que, *in verbis*:

“O ato cooperado, por não ter caráter mercantil, não gera faturamento.”

Em 1º de fevereiro de 2007, REsp 803.806¹⁰⁸, proveniente do estado de São Paulo, o STJ julgou que, *in verbis*:

“Os atos cooperativos não geram faturamento ou receita para a sociedade cooperativa. Inexistência de base imponible para a Cofins. Não-incidência pura e simples. Já os atos não cooperativos revestem-se de nítida feição mercantil e geram receita à sociedade, razão pela qual devem ser tributados.”

No mesmo sentido, em 4 de março de 2008, no REsp 911.778¹⁰⁹, proveniente do estado de Rio Grande do Norte, o STJ julgou que, *in verbis*:

¹⁰⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp nº 543420MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 21/03/2005.

¹⁰⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 784.996/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25.09.2007, DJ 08.10.2007 p. 248.

¹⁰⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 803.806/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 1º.2.2007.

“Os atos cooperativos stricto sensu não estão sujeitos à incidência do PIS e da COFINS, porquanto o art. 79 da Lei 5.764/71 (Lei das Sociedades Cooperativas) dispõe que o ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.”

As decisões do STJ sobre as questões da sociedade cooperativa perfazem quase uma centena, por isso colacionamos apenas algumas a título de fundamentação dos elementos constitutivos do ato cooperativo, o que não impede a afirmação de que tais critérios característicos do ato cooperativo são estritamente observados pelo STJ e STF.

Tanto as decisões do STJ e como as decisões do STF têm em comum a mesma questão jurídica, que é a incidência tributária sobre o ato cooperativo, que não sofre incidência tributária.

No âmbito trabalhista, entretanto, o descompasso é presente. O Tribunal Superior do Trabalho – TST é o responsável por processar e julgar em última instância as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O TST não observa critérios para analisar a relação jurídica da sociedade cooperativa e seus sócios, considerando-os como empregados. A consequência imediata da inobservância da *affectio societatis* na relação jurídica entre cooperado e cooperativa é a incidência da lei geral de trabalho ao invés do ato cooperativo.

A Justiça do Trabalho no Brasil tem como princípio *in dubio pro labore* como verdade absoluta e não uma presunção *iuris tantum*, o que impossibilita qualquer defesa da sociedade cooperativa em face do ex-sócio que reclama os seus direitos trabalhistas.

O sócio ou cooperado não tem relação de emprego com a cooperativa.

Entretanto, apesar de inúmeros esforços em demonstrar a relação jurídica existente entre a sociedade cooperativa e o sócio, somado a realidade, é raro o êxito da sociedade cooperativa numa lide trabalhista.

Os documentos probatórios são interpretados de forma tendenciosa a favor dos trabalhadores, conforme demonstrado no julgamento do Recurso de Revista – RR (recurso equivalente a apelação da esfera cível) de 23 de novembro de 2012¹¹⁰, que o Tribunal Superior do Trabalho – TST afirmou, *in verbis*:

¹⁰⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 911778/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04.03.2008, DJ 24.04.2008 p. 1.

¹¹⁰ Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 129900-04.2008.5.05.0192, de 23 de novembro de 2012.

“A natureza tutelar do direito do trabalho trouxe à seara deste, como corolário, o princípio do contrato realidade, segundo o qual há uma primazia da realidade dos fatos sobre os aspectos formais ou as aparências. Vale dizer, no âmbito das relações de trabalho, importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado ou rotulado, ou mesmo aquilo que conste de documentos.

O contrato de sociedade cooperativa é pactuado entre pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

DECLARA-SE, pois, a nulidade do trabalho formalmente cooperado, reconhecendo o vínculo empregatício da Reclamante com a Reclamada no período de 02/01/2004 a 16/10/2008. (...)”

Concluimos que o Direito Cooperativo no Brasil está em constante evolução desde a sua inserção no Sistema Jurídico Nacional. A aplicação das Leis inerentes à sociedade cooperativa não é unânime em se tratando de Direito Tributário e Direito do Trabalho, a crítica que fazemos é a inobservância por parte de uma parcela do Poder Judiciário, especificamente a Justiça do Trabalho, na apreciação da realização do ato cooperativo, que, por ter forma e natureza jurídica próprias não se confundem com a relação geral de emprego.

Jorge Machado Giachero. El acto cooperativo en la legislación uruguaya

RESUMEN

El autor cooperó activamente con la definición de acto cooperativo durante los trabajos de la comisión especial sobre Marco Cooperativo de la Cámara de Diputados del Poder Legislativo Uruguayo. –

En su estudio se tuvo oportunidad de analizar los diversos términos del relacionado legal, alcanzando un profundo abordaje sobre distintos aspectos que interesaban a la definición. -

En la misma se describen los sujetos, el objeto, la función económica del acto en cuestión, disponiéndose las formas de llenados de vacíos y las consecuencias del incumplimiento. -

En fin, se considera que la legislación uruguaya dispone de una regulación completa en materia de acto cooperativo, que se atenderá a la hora de legislar en la materia como quien escribe atendió a las ya existentes en derecho comparado y en especial la brasileña. -

SUMMARY

The author actively cooperated with the definition of the cooperative act during the work of the special commission of Cooperative Framework of the uruguayan legislative power.-

In his study he had the opportunity to analyze many terms of legal text, reaching a deep understanding of all the aspects that affected its definition.-

In those he describes the subjects, the object, the economic function of the act, allowing the way to fill the blanks (loophole) and effect of unfulfillment (breach).

At last, it is now considered that the uruguayan legislation has a complete regulation in what respects the cooperative act, that will be addressed at the time to legislate on the matter as the writer attended at the already existing comparative law and especially Brazil.

EL ACTO COOPERATIVO EN LA LEGISLACION URUGUAYA

I.- INTRODUCCIÓN

El acto cooperativo como instituto jurídico fue propuesto por primera vez en la tesis doctoral del autor mejicano Antonio Salinas Puente, denominada “derecho cooperativo”, la que fue publicada en el año 1954 en Méjico. Surge en defensa de la autonomía del Derecho Cooperativo, la cual fue muy cuestionada. No obstante, ha de reconocerse sin vacilaciones que constituye una categoría de

negocio jurídico con características y efectos propios que le consagran identidad, distinguiéndolos de los negocios jurídicos de derecho privado reglados en la legislación.

Desde su nacimiento ha sido objeto de avances y retrocesos constantes y en los más de 50 años de vida que tiene y a pesar de que ha sido tema de numerosos trabajos doctrinarios, así como también de congresos especializados no se han logrado avances significativos en cuanto a su naturaleza, características y efectos.

En la ley 18.407 se logra una caracterización completa, que aborda los diversos aspectos de una legislación moderna, teniendo presente sus precedentes de derecho nacional y comparado. -

II.- LOS PRECEDENTES EN LA MATERIA

Ha sido incorporado a leyes cooperativas de varios países, entre los cuales se encuentra el nuestro en el que fue incorporado como artículo cuarto del decreto ley 15645 del 9 de octubre de 1984, de cooperativas agrarias. De poder extraerse un factor común con respecto al recibo de tal concepto por las leyes referidas, este sería el hecho de que se han limitado a enunciarlo sin establecer con precisión sus características, sus efectos y mucho menos una regulación legal para los mismos.

Se podría decir al respecto que es mejor así ya que de esta manera se deja en libertad a la doctrina y a la jurisprudencia para que tomándose los tiempos que fueren necesarios puedan lograr un desarrollo conceptual adecuado. No podemos compartir tal afirmación en base a las siguientes razones:

- a) En cuanto a la doctrina, como ya se expresó, en más de cincuenta años no ha logrado avances significativos y no existen indicios de que vaya a suceder; incluso algunos autores niegan la existencia del acto cooperativo como instituto jurídico. Debe tenerse presente que la existencia de una regulación legal nunca constituyó impedimento para el avance doctrinario; históricamente ha quedado demostrado que el legislador lo recoge toda vez que se justifica.
- b) En cuanto a dejar tal desarrollo en manos de la jurisprudencia, se debe afirmar con propiedad que en el sistema jurídico patrio los magistrados deben limitarse a aplicar la ley, ya que la creación de la misma es competencia exclusiva del Poder Legislativo. De más está decir que el juez no puede dejar de fallar en caso de insuficiencia o silencio de la ley, en tales casos deberá integrar la misma. Pero dichas situaciones de insuficiencia o silencio de la ley han de tener un origen involuntario, serán la consecuencia de la imposibilidad de prever la totalidad de las situaciones posibles; siendo inamisible que el vacío legal sea

voluntario, que persiga la finalidad de dejar en manos del juez la creación de la norma general.

Por tanto, debe concluirse en la conveniencia de que exista regulación legal del instituto.

Debe reconocerse por razones de honestidad intelectual que obtener una regulación con características de completitud, si bien no es imposible, demandaría mucho tiempo y esfuerzo; y dada la urgencia que la nación demandaba a la Ley General de Cooperativas si bien existió disposición de esfuerzo no se contó con el tiempo. Pero, este estado de cosas no debe causar alarma, ya que la gran mayoría de los principios generales que en materia de negocio jurídico surgen de la legislación nacional, son aplicables a los actos cooperativos sin dificultad de tipo alguno. Por lo tanto, fue suficiente reglar de manera tal de dejar plasmada en la letra de la ley en forma indubitable la identidad del instituto, así como también la solución a aquellas situaciones que en razón de las características propias del acto cooperativo no puedan ser solucionadas aplicando normas preexistentes o que en consideración a tales características se consideró conveniente apartarse de los principios generales.

III.- REDACCION SUGERIDA A LA COMISION ESPECIAL SOBRE MARCO COOPERATIVO

La siguiente fue la redacción sugerida por este autor a la Comisión legislativa y la explicación de cada uno de los incisos. -

Art. 9. Acto Cooperativo - *Son actos cooperativos los realizados entre las cooperativas y sus socios o por las cooperativas entre sí, cuando estuviesen asociadas o vinculadas por pertenencia a otra de grado superior, en cumplimiento de su objeto social.*

Los mismos constituyen negocios jurídicos específicos cuya función económica es la ayuda mutua.

Quedan sometidos al derecho cooperativo y para su interpretación se entenderán integrados por las estipulaciones del estatuto social.

Tendrán por objeto la creación, modificación o extinción de obligaciones; negocios dispositivos en sentido amplio y en sentido estricto.

Los obligacionales se distinguirán del contrato por no ser su función la de componer intereses contrapuestos, sino la consecución de objetivos tendientes a satisfacer el interés común de las partes, los fines institucionales.

En caso de incumplimiento la parte a la cual se le incumpla podrá optar entre la ejecución forzada y la resolución o rescisión según corresponda, más daños y perjuicios. Se deberá solicitar judicialmente y el juez podrá otorgar un plazo de gracia.

Si se estipulare cláusula penal el incumplidor podrá librarse del pago de ésta si probare ausencia de culpa.

El Acto Cooperativo será solemne en los mismos casos en que lo es el contrato, quedando sometido a idéntica solemnidad.

En todo lo no previsto en las leyes cooperativas se aplicarán al Acto Cooperativo los principios generales en materia de negocio jurídico.

Los vínculos de las cooperativas con sus trabajadores dependientes se rigen por la legislación laboral.

Comentario del artículo propuesto

INCISO 1º: Se toma como base la redacción original del artículo. Sin perjuicio de lo cual se modifica en cuanto a los negocios practicados entre cooperativas en concordancia con el artículo 79 de la ley brasileña No. 5764 del año 1971. Por la misma razón por la que se comparte el criterio de la redacción original en cuanto a que no recoge la categoría Acto Cooperativo Mixto, como si lo hace la ley argentina, se propone esta modificación. Es característica esencial del Acto Cooperativo el hecho de ser negocio en cumplimiento del objeto social: no pudiendo en consecuencia existir sino en estado de subsunción en una relación asociativa integrada por las partes, de la que surjan normas estatutarias que constituyan la fuente primaria del mismo. Aquellas cooperativas entre las que no exista vínculo podrán celebrar entre sí negocios jurídicos, pero estos necesariamente se reglarán por el derecho común.

Los Actos Cooperativos son intrasociales, subordinados al estatuto y darles un alcance mayor implicaría desnaturalizarlos, haciendo que su definición conceptual quede en penumbras; y consecuentemente, tornando inaplicable al instituto.

INCISO 2º: Se toma del decreto ley de Cooperativas Agrarias. Su inclusión tiene como finalidad complementar el concepto de causa del Acto Cooperativo, en efecto el Acto Cooperativo no tiene causa onerosa ni gratuita; no es causa para obligarse cada parte contratante, la ventaja o provecho que obtendrá en base al comportamiento esperado de su contraparte ni el ánimo de liberalidad de una de las partes. El Acto Cooperativo tiene “causa solidaria”: es causa para obligarse la cooperativa la consecución de la finalidad u objeto social no tomándose en consideración la ventaja o provecho; tampoco tiene ánimo de liberalidad.

INCISO 3º: Se reubica el principio de éste por razones de redacción, el sometimiento al derecho cooperativo que en la redacción original está en el inciso 1º. A continuación, se reafirman conceptos ya expuestos dando pautas de interpretación y en puridad, como lo expresa textualmente, estableciendo que las estipulaciones del estatuto se consideran parte integrante de cada Acto Cooperativo.

INCISO 4º: Se enuncian cuales son los efectos que puede producir el Acto Cooperativo y concluye finalmente estableciendo que pueden ser negocios dispositivos en sentido amplio como lo son los obligacionales o en sentido estricto como lo es la tradición.

INCISO 5º: En derecho común (privado) el negocio jurídico que es fuente de obligaciones es el contrato. Por esa razón, pareció conveniente establecer en forma expresa que el Acto Cooperativo puede ser fuentes de obligaciones y no por esto ha de ser contrato. Por tal razón se establece en términos técnico jurídicos las diferencias entre uno y otro negocio. Por ejemplo, en derecho privado cuando una parte se obliga a entregar una cosa y la otra a pagar por esta un precio (por lo menos parte en dinero) se estará frente a una compraventa. Si en derecho cooperativo y mediante un Acto Cooperativo las partes se obligan a idénticas prestaciones no se estará frente a una compraventa; no obstante, este negocio obligacional será título hábil para transferir el dominio como lo es la compraventa. Si erróneamente se calificó como compraventa, deberá necesariamente ser recalificado como Acto Cooperativo.

INCISO 6º: No siendo contrato el negocio celebrado y no reuniendo los caracteres que permitan conceptuarlo como sinalagmático –Artículo 1248 del Código Civil- por no ser recíprocas las obligaciones que asumen las partes, será de dudosa aplicación el Artículo 1431 del Código Civil. Por tanto, se establece un mecanismo de tutela del crédito semejante al consagrado en el artículo nombrado.

INCISO 7º: La regla general es que el incumplidor no se libera del pago de la pena probando ausencia de culpa (Artículo 1369 inc. 1 del Código Civil). Dada la naturaleza del Acto Cooperativo parece conveniente y justo apartarse de tal principio general.

INCISO 8º: Se establece por ser necesario ya que si bien existen los mismos fundamentos de no establecerse no queda comprendido, por estar las previsiones legales preexistentes dirigidas a negocios jurídicos determinados y no a todos aquellos que sean título hábil para transferir el dominio de inmuebles; se refiere el código a compraventa, permuta, donación, etc.

INCISO 9º: Se hace remisión expresa a la regulación legal en materia de negocio jurídico en general y en particular de contrato.

INCISO 10º: Se mantiene la redacción original. Los contratos de trabajo celebrados con terceros no son Actos Cooperativos.

Distinta es la situación del socio trabajador en una cooperativa de trabajo, él que sí está vinculado por un Acto Cooperativo y con respecto al cual no existe relación de dependencia. –

IV.- DE LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES OCURRIDAS DURANTE

EL ESTUDIO LEGISLATIVO

La totalidad del artículo es resultado de una coordinación del autor y el Profesor SIEGBERT RIPPE, presentado mediante nota de fecha 7 de mayo de 2007 a la Comisión legislativa, fruto de la cual surge la redacción actual. –

En la redacción actual se suprime el inciso relacionado a la solemnidad del negocio jurídico, que como se sabe, es un requisito de forma para expresar el consentimiento, de modo que, para el aporte de bienes cuya transferencia requiere forma solemne debería especificarse que la forma es también solemne. -

En este punto el ponente entiende que la redacción propuesta no era superabundante, desde que el requisito debía expresarse en la regulación, por cuanto no se trata de un negocio jurídico – contrato, sino de un acto jurídico cooperativo, que requiere de una legislación especial, la que se adoptaba en el proyecto, que luego se transformó en ley. Como consecuencia ineludible de lo que ya se expresó en cuanto a la forma que en nuestro Derecho se establece la solemnidad, no basta con que el haz obligacional coincida con aquel que emerge de cualquiera de los contratos con respecto a los cuales se establece expresamente solemnidad, para que pueda considerarse aplicable a un acto cooperativo que le es netamente diferenciable por tener éste como causa una diversa y que en caso alguno puede tener un contrato en virtud, ni más ni menos, que de su esencia y naturaleza.

V.- LA DEFINICION URUGUAYA

REFLEXION FINAL

La norma legal uruguaya, resulta una definición amplia, con explicación suficiente del acto cooperativo, especificando los alcances intercooperativos del mismo, su esencia y finalidad - la ayuda mutua –su objeto, que lo será la “creación modificación ó extinción de obligaciones”, así como una regulación para la situación de incumplimiento; conceptuándolo como categoría que comprende tanto negocios obligacionales como dispositivos. Pudiendo ser también objeto del acto cooperativo los negocios dispositivos en sentido amplio y en sentido estricto.

Se reitera el sometimiento de los actos cooperativos al Derecho Cooperativo definido por la propia Ley, así como subsidiariamente a los principios generales en materia de negocio jurídico en general y de los contratos en particular, en lo compatible y en cuanto correspondiere o fuere compatible, expresiones que se analizan detenidamente en la ponencia. -

La redacción final del artículo que realizó el dicente se basa en la original escrita también por él y que se basó en la incluida en el proyecto original, entre otras, que ya era correcta pero no regulaba en absoluto al acto cooperativo.

Hecha la primera relación se recibieron aportes y críticas todas las que fueron bienvenidas y dieron lugar a cambios importantes:

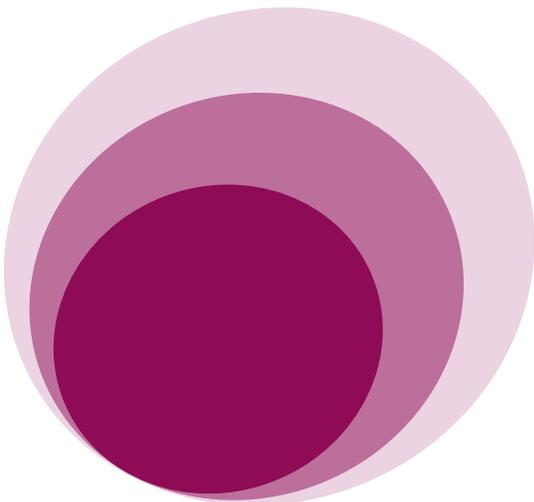
A instancia del Profesor Dr. SIEGBERT RIPPE se eliminó un inciso que establecía solemnidad para los casos en que el acto cooperativo fuese obligacional y título hábil para transferir el dominio de bienes inmuebles, el cual se hubiese querido conservar; y se agregó la referencia a los contratos por entender éste que los principios generales de los negocios jurídicos no surgen del código civil en posición contraria a la doctrina mayoritaria que es la que el suscripto comparte.

Por aportes del Escribano y Abogado Sergio Reyes se amplió el ámbito de aplicación en cuanto a las situaciones comprendidas en el concepto, se compartió plenamente por el dicente su aporte.

Tema 2

(Ponencias del Congreso de Derecho Cooperativo)

**La regulación de las cooperativas
en general y para determinadas
actividades. Las cooperativas de
crédito o financieras.**



La estructura de órganos en las Corporaciones Cooperativas

Marcelo Amorín - Paula Algorta.

El retorno de excedentes en las cooperativas de segundo grado en la ley uruguaya

Paula Algorta - Marcelo Amorín.

¿Existen regulaciones especiales en Argentina para el caso de que la prestadora del servicio público sea una empresa cooperativa? algunas propuestas que debería contener el marco regulatorio.

Patricia A. Fernández de Andreani.

Cooperativismo y patrimonio cultural. El caso del Centro Histórico de la Habana, Cuba.

Francisco Pascual Volta Díaz.

Particularidades de la regulación legal de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada.

Antonio José Sarmiento Reyes.

O novo marco regulatório das cooperativas de crédito no Brasil: análise crítica a partir dos valores cooperativos.

Leonardo Rafael de Souza .

Notas sobre un interesante ejemplo de propiedad colectiva : las cooperativas de viviendas de usuarios en Uruguay.

Fernando Delgado Soares Netto-Alberto Raffo Ballesteros.

Tema 2: La regulación de las cooperativas en general y para determinadas actividades. Las cooperativas de crédito o financieras. Marcelo Amorín - Paula Algorta. La Estructura de órganos en las Corporaciones Cooperativas

RESUMEN

El último inciso del artículo 89 de la Ley de Cooperativas No. 18.407 dispone que “Las corporaciones cooperativas son personas jurídicas y en todo lo no regulado expresamente por este artículo se aplicará lo dispuesto para las cooperativas de segundo o ulterior grado”. Se trata de un nuevo tipo de organización jurídica, a las que resultan aplicables las normas de las cooperativas de segundo o ulterior grado en todo lo no regulado expresamente. A su vez, para estas cooperativas se regulan solo algunos aspectos en la LC, remitiéndose el legislador en cuanto a la tipicidad de regulación, a lo dispuesto para las de primer grado por lo que, en definitiva, este también será el régimen aplicable a las corporaciones cooperativas, salvo lo dispuesto especialmente para ellas y para las cooperativas de segundo o ulterior grado.

Se analiza en el presente la estructura de órganos de una Corporación Cooperativa en el Derecho Uruguayo, en especial los alcances de la autonomía estatutaria para la integración y funcionamiento de los órganos sociales: el órgano de fiscalización, el de dirección y la existencia de Comisiones Auxiliares del órgano de fiscalización.

ABSTRACT

Article 89 of Uruguayan Cooperatives Law N° 18.407 conceives Cooperatives Corporations as a legal entity. Moreover, it establishes that in those legal aspects which there is no legal provision, the legal entity will be strictly regulated by the entirely set of standards that regulate what in Uruguay legal framework are known as “Second Degree Cooperatives”. With regard to this last form of cooperatives, few are the legal aspects regulated within the uruguayan cooperatives law. In aspects not specifically provided, the applicable standard will be the one provided in the law N° 18.407 to Cooperatives in general. Therefore, this last general regimen is also regulating the Cooperatives Corporations.

The main purpose of this work is to study the organic structure of a Cooperatives Corporations in the uruguayan legal framework. It will specifically take into consideration the scope of its autonomy which derives from its cooperative statutes, related to the integration and normal functioning of its bodies such as Control Body, Management Body and the existence of auxiliary bodies.

LA ESTRUCTURA DE ÓRGANOS EN LAS CORPORACIONES COOPERATIVAS

- I. A nivel meramente descriptivo, en el artículo 89 de la Ley del Sistema Cooperativo Uruguayo No. 18.407 (en adelante LSCO) se menciona un tipo contractual asociativo, nominado como corporación cooperativa, delineado como asociación empresarial y que tiene como objeto la definición de políticas empresariales, su control, la planificación estratégica de los socios y la gestión de recursos y actividades comunes, y como característica en cuanto a los componentes personales del pacto que mayoritariamente debe estar constituida por cooperativas sean del grado que fueren. El legislador nacional

tomó como antecedente, lo edictado en el artículo 135 de la ley de cooperativas de Euskadi, 4/1993.

- II. El inciso 1º del artículo 89 de la LSCO contiene la tipicidad de configuración de las Corporaciones cooperativas como "...aquellas asociaciones empresariales que, constituidas mayoritariamente por cooperativas de primer y segundo o ulterior grado, tengan por objeto la definición de políticas empresariales, su control y, en su caso, la planificación estratégica de la actividad de sus socios, así como la gestión de los recursos y actividades comunes".
- III. Se admite que integren estas organizaciones, cooperativas de primer, segundo y ulterior grado, así como otro tipo de personas, físicas o jurídicas, con limitaciones en cuanto a los componentes del pacto. Se entiende que la remisión contenida en el artículo 3 de la Ley 18440, hace componentes del pacto idóneos a las IAMPP que deben considerarse como cooperativas a los efectos de evaluar si alcanza el límite en cuanto a la integración de entidades que no revistan tal calidad.¹¹¹
- IV. Se deja librada a la autonomía estatutaria de estas organizaciones la opción de distribución de las facultades de administración y fiscalización de la misma entre un órgano de fiscalización y un órgano de dirección, unipersonal o colegiado (inc 2 art. 89 LSCO).
- V. El órgano de dirección - indica la ley- tendrá a cargo la gestión y la administración de la corporación, incluyendo las facultades referidas a la admisión y renuncia o exclusión de socios y a la aplicación del régimen disciplinario, así como la representación de la entidad.
- VI. En la estructura de órganos de la corporación sus miembros son designados y revocados por el órgano de fiscalización (inc 3 art. 89 LSCO).
- VII. El órgano de fiscalización, designa a los miembros del órgano de dirección, controla la gestión y la actividad del mismo y autoriza los actos de administración extraordinaria que determine el estatuto. Sus miembros son elegidos de acuerdo a lo que determine el estatuto (inc 4 art. 89).
- VIII. En la región, proponiendo la reforma de la ley argentina para que se receptara este tipo social siguiendo el modelo de Euskadi, ya en 1999 se indicaba al respecto: *"Como se puede observar del texto de la ley, se establece un sistema de administración (Dirección) y de Contralor (Consejo de Control) que son los encargados de llevar adelante la estrategia de los negocios del grupo, lo que le otorga a la figura los dos elementos fundamentales que toda empresa debe tener en estos días: UNIDAD DE DECISIÓN y CONTROL DE LAS ASOCIADAS, es decir que se le da a la figura **ejecutividad y control de gestión**. La dirección del grupo es comandada por un "Directorio", elegido por las asociadas a través del Consejo de Control, formado por su parte por representantes de las propias asociaciones. Es decir que se respeta el principio de elección democrática de las autoridades de las entidades, pero a la vez dándole la potestad suficiente para que la Dirección pueda decidir estrategias conjuntas de todas las cooperativas asociadas y parte*

¹¹¹ La Ley No. 18.440 del 24 de diciembre de 2008 creó las instituciones de asistencia médica privada de profesionales sin fines de lucro (IAMPP), que son como decía Jorge Luis Borges de los orientales respecto de los argentinos "igual y un poco distintas", se les aplica gran parte de la LSCO..

del grupo económico, con el consecuente control del Consejo, que puede hasta remover la Directorio por razones de mala administración.”¹¹²

- IX. El último inciso del artículo 89 de la LSCO dispone que “Las corporaciones cooperativas son personas jurídicas y en todo lo no regulado expresamente por este artículo se aplicará lo dispuesto para las cooperativas de segundo o ulterior grado” Esta redacción podría ambientar sostener, que adquieren personería jurídica desde la constitución al igual que las sociedades comerciales y a diferencia de las cooperativas que la adquieren con la inscripción en el registro.
- X. Se trata de un nuevo tipo de organización jurídica, a las que resultan aplicables las normas de las cooperativas de segundo o ulterior grado en todo lo no regulado expresamente.
- XI. A su vez, para estas cooperativas se regulan solo algunos aspectos en la LSCO, remitiéndose el legislador en cuanto a la tipicidad de regulación, a lo dispuesto para las de primer grado por lo que, en definitiva, este también será el régimen aplicable a las corporaciones cooperativas, salvo lo dispuesto especialmente para ellas y para las cooperativas de segundo o ulterior grado. La corporación constituye una estructura normativa con características propias desde distintas perspectivas¹¹³.
- XII. Finalizado el proceso de constitución que desde la asamblea fundacional, recogida en el Acta respectiva, requiere la sumatoria del contrato social que contiene lo dispuesto en el Estatuto - con la inscripción en el registro, en caso de entenderse aplicable este extremo de lo regulado para las cooperativas- se da origen a una persona jurídica en ese tipo social. Desde el punto de vista del ente o persona jurídica creada como consecuencia de dichos actos, la corporación cooperativa, como cualquier otra persona jurídica, es un haz de derechos y obligaciones que inciden sobre una pluralidad de individuos, particularmente sobre sus socios y aun sobre los socios de las entidades que la integran.
- XIII. Funciona en base a un cuerpo normativo formado por el estatuto y los reglamentos dictados en consecuencia, que regularán el funcionamiento interno de la corporación cooperativa, sus relaciones con los socios y ciertos aspectos de sus relaciones con terceros, por ejemplo los relativos a la representación¹¹⁴.
- XIV. El Derecho contemporáneo de las personas jurídicas, se edifica sobre la base del concepto de que la sociedad actúa por intermedio de sus órganos¹¹⁵.
- XV. Las atribuciones de los órganos implican generar derecho positivo, en función a su vez de las normas originadas por el Estatuto, que delimita una determinada estructura de órganos.
- XVI. El órgano está conformado por una o más personas físicas o jurídicas; ciertas normas determinan la relación de cada órgano con la entidad y otras la relación interna entre sus

¹¹²Francisco A. Arrién, F.A. y Elías, O.A., Revista de Idelcoop – Año 1999 – Volumen 26 – N° 116 TEORÍA Y PRACTICA DE LA COOPERACION.

¹¹³Amorín, M y Algorta, P. en Sociedades Cooperativas. Sistema y Derecho Cooperativo, 1° edición, 2010, La Ley Uruguay, p. 369 y ss.

¹¹⁴Cabanellas, G, El Contrato de Sociedad, Bs. As. Heliasta 1994 pp. 514-515

¹¹⁵HALPERÍN: Curso de Derecho Comercial, t.1, págs.274 y 275;

miembros. La alteración de los componentes personales no modifica la situación del órgano.

- XVII. En la corporación cooperativa puede preverse que se es integrante del órgano de fiscalización por el mero hecho de ser socio, si se cumplen las restantes condiciones establecidas en las normas aplicables y se es integrante del órgano de dirección como consecuencia de una designación, por otro órgano societario, se integran éstos en función de normas que habilitan la designación.
- XVIII. La ley 18407, enuncia que “en todas las cooperativas la dirección, administración y vigilancia estará a cargo de la Asamblea General, el Consejo Directivo, la Comisión Fiscal y demás órganos que establezca el estatuto” (art. 25 LSCO).
- XIX. Se aprecia sin dificultad que en la Corporación Cooperativa la situación es distinta pues solo hay previstos dos órganos preceptivos en la ley.
- XX. Es objeto de análisis en la presente, cuáles son los límites a la autonomía estatutaria o en otros términos cual es el alcance del poder normativo negocial de los estatuyentes, para la creación de otros órganos estatutarios además de los mencionados, al momento de celebrar el contrato plurilateral asociativo de organización.
- XXI. En el Derecho de las sociedades de personas, se distinguen grupos de funciones y éstas se asignan a órganos. No existe una división clara respecto de cuáles son las funciones de dirección y cuáles las de administración, en esto, debe estarse a lo normado en la ley y en el Estatuto.
- XXII. En la estructura de órganos de la LSCO, para las cooperativas, el Consejo Directivo tiene todas las facultades que no refieran a la fiscalización y que la ley o el estatuto no reserven expresamente a la Asamblea u otro órgano (art. 35 SLCO). No hay previsión similar para las corporaciones cooperativas.
- XXIII. En estas últimas, las funciones se dividen entre los dos órganos previstos según disponga el estatuto, con las limitaciones que surgen del artículo 89 de la LSCO, que tienen que ver con la forma de designación del órgano de dirección, y las funciones que respectivamente se asignan a cada órgano de forma sucinta.
- XXIV. La corporación cooperativa, al igual que cualquier sociedad o cooperativa, se basa en un conjunto de normas, originalmente de naturaleza contractual, y luego susceptibles de ser modificadas mediante actos colectivos, que rigen la existencia de la sociedad como persona jurídica y como organización. Según el tipo corporación cooperativa, las normas que se extraen del artículo 89 de la LSCO, exigen un contenido mínimo en cuanto a la estructuración de los conjuntos de personas que actuarán por la corporación y que integrarán su organización; ese contenido mínimo es uno de los elementos definitorios de los tipo corporación cooperativa.
- XXV. Ese conjunto de personas cuya estructuración es requerida por el Derecho para las personas jurídicas típicas, son calificados jurídicamente como órganos. Si nominada una entidad como cooperativa o como corporación cooperativa el proceso de la formación de la voluntad o las atribuciones se distribuyen de otro modo, en el derecho uruguayo la consecuencia no es la nulidad, pero se escapa al respectivo tipo negocial, si se vulnera la estructura básica de órganos. Esto aunque las normas aplicables en materia societaria

pueden llegar a ser las mismas. En efecto siguiendo los clásicos desarrollos en materia de tipicidad contractual, las normas aplicables a ese tipo asociativo pueden ser las de las cooperativas. El elemento clave en este aspecto es la causa, para determinar cuándo se pasa a otro tipo negocial o cuando una cierta cláusula es anulable, por contravenir, lo dispuesto en sede del tipo contractual corporación cooperativa en el que se sitúa un contrato determinado. Lo regulado para este tipo negocial es mínimo, reservándose importante espacio a la autonomía estatutaria.

- XXVI. La estructura mínima de órganos exigida por la ley, da origen, durante la existencia de la entidad, a los restantes componentes de la organización, respecto de los cuales la LSCO no restringe el poder normativo del estatuyente.
- XXVII. Esta distinción de las funciones de los órganos sociales no implica siempre la existencia de un órgano correspondiente a cada categoría de funciones. Se encuentra, solamente en las sociedades anónimas y en las cooperativas; en los restantes tipos, un mismo órgano puede tener a su cargo funciones y atribuciones que corresponden a más de una de las categorías. No existen una división tajante entre tales funciones, de modo que sean inmediatamente distinguibles las ubicadas en una de las categorías en que se agrupan, respecto de las incluidas en otras categorías.
- XXVIII. La razón de la existencia de la Comisión Fiscal en las sociedades cooperativas, está en la necesidad de controlar la gestión de los negocios del Consejo Directivo con el fin de prevenir los abusos en detrimento de la institución o de los intereses de los socios. Esto por cuanto el control o fiscalización individual por los cooperativistas puede tornarse dificultoso en los casos de masividad, o incluso porque el derecho a la información sobre la marcha de la cooperativa receptada en la LSCO, no alcanza la inspección de los libros sociales.
- XXIX. En las cooperativas los socios confían el patrimonio social y su gestión al órgano de administración se apartan, así, de la gestión directa de los negocios que han emprendido en conjunto. Esto pasa en la corporación de modo más acentuado por el perfil altamente ejecutivo que se procura dar al órgano de dirección. En las cooperativas la Asamblea órgano de gobierno o de dirección, que constituyen o forman en conjunto, tienen el poder de aprobar o desaprobar la gestión de los Consejeros. Pero el órgano de gobierno no es de funcionamiento permanente y no puede, por consiguiente, ejercer en forma constante la fiscalización de los actos de administración. Por ello es que la cooperativa requiere, en interés y para la protección de los socios en forma permanente, que exista un órgano que se interiorice de todos los actos que se realicen, con acceso irrestricto a documentación y libros. Un órgano al que podrán a su vez dirigirse los socios.
- XXX. En las corporaciones cooperativas uruguayas, el órgano de fiscalización adicionalmente, tiene la posibilidad de informarse de modo completo, está en condiciones de controlar la legalidad y de advertir a los socios o al órgano de dirección, sobre eventuales irregularidades que se hubieran descubierto.
- XXXI. La función clásica de las Comisiones Fiscales o sindicaturas consiste en determinar si se actúa conforme a lo establecido por la ley, el estatuto o el contrato social, los reglamentos y las propias resoluciones internas de la sociedad. Además pero de modo fundamental, deberán controlarlas cuentas, el manejo de los fondos y el cumplimiento de las obligaciones por los demás órganos, pero no puede establecer un control de oportunidad.

no está en sus funciones expedirse sobre la conveniencia de realizar un determinado acto. Su función es controlar las registraciones, manejo de fondos y la legalidad. En la legislación aplicable a las cooperativas la Comisión Fiscal efectúa un control de legitimidad y no de gestión o de oportunidad.

XXXII. Partiendo desde este marco teórico, es posible abordar, la estructura básica de órganos de la corporación cooperativa. Un primer aspecto a desbrozar es si en la corporación cooperativa hay un órgano de gobierno, o si son dos pues las funciones se dividieron.

XXXIII. Las corporaciones cooperativas en el Derecho uruguayo se caracterizan porque cuentan en la estructura mínima prevista en la ley de dos órganos, con socios fuertemente involucrados en la gestión ejerciendo un control de mérito sobre la actuación del órgano de dirección de la empresa, se limitan a supervisar como lo hace el órgano de dirección, aunque si el Estatuto lo prevé pueden reservarse ciertos actos de administración extraordinaria. El artículo 89 en su inciso segundo, establece como antes se refirió que el estatuto de la corporación cooperativa distribuirá las facultades de administración y fiscalización de la misma entre un órgano de fiscalización y un órgano de dirección, unipersonal o colegiado.

XXXIV. Obsérvese que la forma de integración del órgano de fiscalización, se reserva por el legislador oriental al Estatuto, por lo que no necesariamente debe coincidir con la reunión de los socios. La pregunta de rigor es que ocurrió con las clásicamente denominadas funciones de gobierno en estas entidades.

XXXV. Nos referimos concretamente a lo siguiente, dentro de las funciones de gobierno se establecen la de conformar la estructura normativa marco de la entidad, así reformar el Estatuto, interpretarlo de forma auténtica, dictar los reglamentos, con esta denominación se refiere a aquellos que involucran la situación de ésta y de sus socios, de todos o categorías generales. Otra categoría de funciones de gobierno tiene que ver con fijar la integración y regular el funcionamiento de los restantes órganos, decidir y controlarlos. Finalmente las que refieren a situaciones jurídicas de los socios como fijar los aportes, las cuotas periódicas, las aportaciones a fondos especiales.

XXXVI. Si se entendiera que ninguno de los órganos sociales previstos para las corporaciones cooperativas puede desarrollar estas funciones, ni aun con previsión estatutaria, para modificar el Estatuto Social no operaría la forma de modificación por acto colectivo por una resolución de un órgano social como la Asamblea General, sino que debería modificarse el contrato social, requiriéndose la voluntad de todos los socios.¹¹⁶

¹¹⁶El acto colectivo resulta de las resoluciones de los órganos societarios, no es de carácter contractual no se forma mediante el consentimiento de las distintas personas, sino mediante el cumplimiento de reglas en materia de quórum, mayorías y procedimientos que contemplan la posibilidad de que el acto obligue a todos los integrantes del conjunto de personas que participen de tal acto y aún cuando esos integrantes expresen su voluntad contraria al acto de que se trate. La decisión de un órgano, es revocable mediante un acto en contrario del mismo órgano, del que pueden participar integrantes del órgano totalmente distintos a los que hayan adoptado el acto que se revoca; conforme a las reglas de quórum, mayorías y procedimientos propias del acto colectivo de que se trate, sin que la identidad de las personas que adopten la revocación sea significativa. Queda aquí de manifiesto la incompatibilidad, ya mencionada, entre la figura de contrato con la de acto colectivo. Por último, y sin agotar las diferencias entre el acto colectivo y los contratos, cabe observar

- XXXVII. En nuestra opinión, es ajustado a los enunciados del artículo 89 LSCO que el denominado órgano de fiscalización, cumpla las funciones de órgano de gobierno encontrándose éste constituido como en la situación en examen integrado por todos los socios
- XXXVIII. Cabe preguntarse asimismo, si puede preverse en el Estatuto de una corporación cooperativa que por el mero hecho de ser socio, se integra el órgano de fiscalización y colocar en cabeza de éste las funciones de gobierno.
- XXXIX. Esto de por sí es susceptible de ser analizado en cuanto a su legalidad y merecedor -en una perspectiva inapropiada a juicio de los autores- de dos objeciones: a) el legislador indica que debe preverse la forma de elección y ésta no está prevista. b) Se le adjudican funciones de gobierno al órgano de fiscalización y la corporación cooperativa supone una actividad de coordinación; entonces las funciones que tienen que ver con cambios centrales en la estructura normativa, requieren la modificación del contrato social. Pues la ley establece sólo dos órganos uno que administra y otro que fiscaliza.
- XL. Sobre la primer objeción, la mención a que todos los socios integrarán el órgano, es una forma de elección de los integrantes que se pauta en el Estatuto mecanismo de democracia directa indiscutido y propio del cooperativismo. La elección implica un procedimiento de designación y el consentimiento inicial al aprobar el Estatuto o de adhesión al mismo al integrarse a la corporación comporta una forma de elegir a los miembros de dicho órgano. Sobre la segunda objeción, tampoco es de recibo, por cuanto, en el artículo 89 no se regula la forma de modificación del contrato social y el reenvió a lo edictado para las cooperativas de segundo o ulterior grado y lo dispuesto a su vez para estas por el artículo 86, que remite a su vez a la regulación para las de primer grado, hace que pueda sostenerse sin dificultad que el estatuyente tiene poder normativo negocial, para conferir al denominado órgano de fiscalización las funciones de gobierno estructurándolo con participación en el mismo de todos los socios.
- XLI. Esa función de fiscalización es la nota tipificante, en el artículo 89, pero cuando el estatuyente brinde la función de fiscalización a la reunión de los socios de la corporación o desde otra perspectiva conforma el órgano de fiscalización de forma que le confiere las facultades de gobierno, lo hace en el marco de la autonomía estatutaria cuyos límites no se vulneran, garantizándose por esta vía y al socaire de la normativa aplicable por remisión una forma de gobierno apropiada. En las cooperativas, una variante que comporta la concentración en un único órgano de las funciones de fiscalización y gobierno, está prevista para la modalidad vivienda donde se indica que las unidades cooperativas de vivienda (de propietario o usuarios) cuyo número de socios sea inferior a veinte podrán reducir sus órganos al Consejo Directivo y a la Asamblea General y en este caso, en el estatuto debe preverse que las funciones establecidas para la Comisión Fiscal deben ser desempeñadas por la Asamblea General. Si el estatuto no estableciese la solución indicada, se puede adoptar la misma por resolución de la Asamblea General por una mayoría de dos tercios de presentes (art. 132 LSCO).Partiendo de relaciones de

que los actos de los órganos societarios - como caso de actos colectivos- crean obligaciones que inciden no solamente sobre los integrantes del órgano del que emana el acto colectivo, sino también sobre terceros, por ejemplo, los socios, a diferencia del contrato que sólo incide en la esfera jurídica de los otorgantes.

coordinación para el respectivo desarrollo de los negocios, debe tenerse presente que el régimen general en cuanto a acceso a la información para las cooperativas es el indicado en la vaga referencia a tener información sobre “la marcha de la cooperativa” en cambio en este tipo de estructura las entidades socias, podrían, en tanto integrantes del órgano de fiscalización acceder a las cuentas, libros y datos sin límites, más allá de la responsabilidad que le cabe por el apropiado tratamiento de la información.

- XLII. Conforme a lo dispuesto en el artículo 89, además, el órgano de fiscalización autoriza los actos de administración extraordinarios que determine el Estatuto Se trata de un verdadero supervisor del órgano de dirección. El concepto de cuales actos son de gestión ordinaria y cuáles de gestión extraordinaria es uno de los asuntos más debatidos en la doctrina privatista societaria¹¹⁷.
- XLIII. En definitiva sobre este punto no encontramos óbice alguno a que las funciones de gobierno social se confieran al que el artículo 89 de la ley denomina órgano de fiscalización por decisión del estatuyente, en tanto el mismo se encuentra integrado por todos los socios. Otra solución concebible que no hace salir a la corporación del tipo contractual del artículo 89 podría aproximarse a las jointventurecorporations del Derecho estadounidense, aunque con la limitación para el modelo uruguayo de que los integrantes del órgano de dirección deben ser designados por los del órgano de fiscalización. En ese caso en el Estatuto Social podría preverse el mecanismo de elección para ambos órganos, sin apartarse del tipo contractual, con un mecanismo de elección para el órgano de fiscalización por ejemplo y otro para el órgano de dirección. En ese caso, los integrantes del órgano de fiscalización representarán los intereses de ciertas entidades que pondrán de manifiesto las irregularidades que se produzcan en el manejo de los que la dirigen, pero debería preverse en el Estatuto su forma de modificación con participación de todos los socios. La remisión a lo previsto para las cooperativas de segundo grado y lo dispuesto respecto a ellas, en el artículo 86 adicionado a la mención contenida en el propio artículo, en cuanto a que será el órgano de fiscalización el que en los casos previstos en el Estatuto podrá autorizar actos de gestión extraordinaria, hace que esa referencia a la función de fiscalizar refiera a un control más intenso sobre lo que efectúa el órgano de dirección, con el alcance que se analiza de seguido.
- XLIV. En la corporación cooperativa el órgano de fiscalización es el lugar donde finca el poder directo de los socios sobre la gestión. Los socios mediante su actuación en el órgano de fiscalización tienen las herramientas para desde el control de todos los aspectos de la gestión asegurarse que los integrantes del órgano de dirección actúen de conformidad con las exigencias que plantea el interés social. Para una corporación cooperativa ese interés coincide con el de los socios de la asociación empresarial con los límites que se dirán en el numeral siguiente.
- XLV. El artículo 89 indica que el órgano de fiscalización controlará la gestión y actividad del órgano de dirección. Esta función, la pura función de fiscalización, aun no considerando las funciones de gobierno que el estatuyente puede conferir a este órgano, excede la mera determinación de si ciertos hechos se ajustan a ciertas normas
- XLVI. Pero aún más, tiene el control de la actividad o de la inactividad del órgano de dirección. El control que ejerce el órgano de fiscalización refiere a la diligencia y prudencia de los actos

¹¹⁷Al respecto Amorín Marcelo- Algorta Paula ob. cit. P 270

del órgano de dirección e incidirá en la orientación empresarial de la gestión, la políticas de prestaciones, costos y el manejo de los recursos humanos incluye entonces pero trasciende largamente la sujeción del órgano de dirección en su gestión a las disposiciones legales, estatutarias.

- XLVII. Veamos ahora si es concebible constituir una Comisión Auxiliar del órgano de fiscalización, que puede crearse por resolución del Órgano de Fiscalización, para colaborar con el órgano de fiscalización en la actividad cotidiana de cierta parte de las funciones de fiscalización, aquellas que refieren a aspectos de legalidad y de manejo de fondos, no de mérito. Una primera observación al respecto, consistiría en afirmar que conforme lo dispuesto en el artículo 43 de la LSCO es el Consejo Directivo el órgano con competencia para crear Comisiones Auxiliares, de carácter permanente o temporal y determinar sus funciones, así como designar sus integrantes, que deben ser socios. Tal observación no resulta de recibo pues en la estructura de órganos de la corporación cooperativa no existe Consejo Directivo ni órgano que pueda asimilársele. Obsérvese que el artículo 25 de la LSCO establece que la dirección, administración y vigilancia estarán a cargo de la Asamblea General, el Consejo Directivo y la Comisión Fiscal. En las corporaciones cooperativas, la previsión del artículo 89 es diversa, la dirección recae en el órgano de dirección, pero eso queda morigerado por cuanto la fiscalización comprende la gestión en aspectos de mérito y la realización por el órgano de fiscalización de actos de administración extraordinaria si así lo prevé el Estatuto. Esa primera parte el artículo 25 no puede trasvasarse a las corporaciones cooperativa, por cuanto el artículo 89 prevé otra estructura orgánica con dos órganos mínimos. Empero si es aplicable lo edictado en el inciso final del artículo 25, en cuanto a que esas funciones podrán recaer además de en los órganos mencionados en los “demás órganos que establezca el estatuto”.
- XLVIII. Otro cuestionamiento previsible que debe ser descartado, respecto a una posible Comisión Auxiliar es el siguiente: se le está confiriendo una función de fiscalización a otro órgano estatutario, siendo que existe un órgano de fiscalización. Debe ser descartado por dos razones, en primer término porque a diferencia de lo que ocurre con la Comisión Fiscal, cuyas funciones no pueden transferirse a otro órgano estatutario en una cooperativa - a riesgo de llegar a una situación en la que se pudiera salir del tipo contractual cooperativa- en la corporación cooperativa la definición de las funciones del órgano de fiscalización es de tipo genérico se alude a la función de control de la gestión y la actividad. Una verdadera cláusula general que ambienta la supervisión como se dijo.
- XLIX. De allí que partiendo del artículo 25 LSCO, puede asignarse esa concreta función de control de legalidad a un órgano estatutario, que se hubiera creado y remitiera sus informes al órgano encargado del control de la gestión. Por cuanto, en la corporación cooperativa no se asignan determinadas funciones específicas al que la ley denomina órgano de fiscalización, como si ocurre para las cooperativas. También es posible, la creación de una Comisión Auxiliar, colaboradora del Órgano de Fiscalización se conforma, no como otro órgano estatutario, sino que opere en forma asimilable a lo que la doctrina societaria comparada refiere como un “sub-órgano”. No se plantea consecuentemente el aspecto analizado en el numeral CXX en cuanto a si es admisible un segundo órgano con funciones de fiscalización. La Comisión Auxiliar encargada de recabar datos y efectuar informes, que tiene funciones de apoyo en la fiscalización en materia de legalidad, constituye un subórgano de composición plural, deliberativo y colegiado, originado en una atribución parcial y determinada de la competencia del Órgano de Fiscalización, emergente de previsión estatutaria y que se crea solo cuando este último lo entiende del caso.La

existencia de esta Comisión Auxiliar posibilita que se desarrolle más eficazmente las funciones encomendadas al órgano de fiscalización.

- L. En conclusión, las relaciones entre los órganos de la corporación cooperativa y en general de las agrupaciones de personas, no pueden describirse mediante una simple regla que sienta la supremacía de determinados órganos o la igualdad entre los mismos. Existe un complejo conjunto de normas, algunas emergentes de los enunciados de la ley, otras de los estatutos y los reglamentos de la sociedad, que determinan, ciertas áreas en las que cada uno de los órganos actúa sin interferencia de los restantes, otras en las que ciertos órganos están sometidos a las instrucciones, órdenes y límites que fijen otros integrantes de la estructura orgánica de la corporación. Este complejo conjunto normativo puede ser alterado por el Estatuto Social y los reglamentos, pero dentro de ciertos límites. La estructura de órganos de la corporación cooperativa hace a su tipificación como tal, si se excede, el tipo social deja de ser corporación cooperativa. Empero para que esto ocurra deberían dejar de existir los órganos típicos de aquella, o retirárseles las atribuciones que les confiere la ley, cargadas de profunda vaguedad semántica. Conforme lo dispuesto en el artículo 25 de la ley 18407 aplicable en la emergencia, pueden crearse además de los órganos básicos otros órganos estatutarios.

Paula Algorta - Marcelo Amorín. El retorno de excedentes en las cooperativas de segundo grado en la ley uruguaya

RESUMEN

Las cooperativas pueden asociarse entre sí mediante cualquier forma jurídica. Pueden optar por asociarse mediante el tipo “cooperativa de grado superior”, forma típica de integración cooperativa.

El artículo 86 de la Ley del Sistema Cooperativo uruguayo No. 18.407 (LSCO) dispone que “Por resolución de sus respectivas asambleas las cooperativas podrán constituir cooperativas de segundo o ulterior grado o asociarse a ellas. Éstas se regirán por las disposiciones de la presente ley con las adecuaciones que resulten de su naturaleza. Deben contar con un mínimo de dos socios”.

Se rigen por las disposiciones para las cooperativas de primer grado, con las adecuaciones que amerita.

El retorno de excedente en las cooperativas de segundo grado se distribuirá entre sus socios en proporción al capital aportado o a los servicios utilizados, según lo establecido en el estatuto (art. 70 LSCO).

Se analiza en la presente ponencia cuál debe ser el tratamiento de los excedentes generados por los socios de las cooperativas o entidades socias en las cooperativas de segundo grado, cuando la cooperativa de segundo grado hubiera optado porque el mismo retorne en proporción a los servicios utilizados. La LSCO no regula expresamente esta situación, más allá de la previsión general del art. 70 de la LSCO sobre retorno de excedentes.

A efectos del análisis del destino que deberá darse a los excedentes netos del ejercicio cuando los mismos han sido generados por los socios de las cooperativas socias, es preciso analizar la regulación en la LSCO sobre el acto cooperativo, operaciones con terceros y retorno de excedentes que deviene en general aplicables a estas cooperativas con las particularidades que se destacan en la propia LSCO.

ABSTRACT

Cooperatives can hold associations in different legal forms. One of its most typical form of association is the one known in Uruguay as “Second Degree Cooperatives”.

Article 86 of uruguayan Cooperatives Law N° 18.407 (LSCO) states that by a resolution of its meeting, cooperatives may either set up a cooperative of “Second Degree” or associate to it. This form of cooperatives association is regulated by the legal standards of first-degree cooperatives.

Article 70 of the Cooperatives Law establishes that in Second Degree Cooperatives, profits shared taking into consideration the capital they put up or the use of services.

The aim of this work is to study how profit should be shared with in the partners of the Second Degree Cooperatives when this profit was generate for de partners of the Cooperatives partners, when the legal entity has determine that it would be in directly relation with the amount of the usage of services. With regard to this aspect the LSCO does not provide other solution than the one previously announced regarding article 70.

When it comes to analyze the destination of net incomes generated by the partners of cooperatives partners, we have to bare in mind the LSCO regulation related to de cooperative act, relationships with third sand the profits shared, which in general the LSCO makes reference to first degree cooperatives.

EL RETORNO DE EXCEDENTE EN LAS COOPERATIVAS DE SEGUNDO GRADO EN LA LEY URUGUAYA

1) Las Cooperativas de segundo grado en la Ley del Sistema Cooperativo Uruguayo No 18.407 (LSCO)¹¹⁸

El artículo 81 de la LSCO enuncia la libre asociación de las cooperativas entre sí o con otras personas jurídicas, establece, que podrán hacerlo sean aquellas públicas o privadas, así como tener en ellas participación, si así lo prevé el estatuto.

Las cooperativas pueden asociarse entre sí de acuerdo a lo referido supra mediante cualquier forma jurídica. Pueden optar por asociarse mediante el tipo “cooperativa de grado superior”, forma típica de integración cooperativa.

En este último caso, las cooperativas de primer grado se asocian entre sí para conformar una cooperativa de segundo grado, y estas a su vez pueden asociarse en una cooperativa de grado ulterior.

El artículo 86 de la LSCO dispone que “Por resolución de sus respectivas asambleas las cooperativas podrán constituir cooperativas de segundo o ulterior grado o asociarse a ellas. Éstas

¹¹⁸ Con mayor ampliación ver Amorín, M y Algorta, P. en Sociedades Cooperativas. Sistema y Derecho Cooperativo, 1° edición, 2010, La Ley Uruguay, p. 365 y ss.

se regirán por las disposiciones de la presente ley con las adecuaciones que resulten de su naturaleza. Deben contar con un mínimo de dos socios”.

Sólo las Asambleas de cada una de las cooperativas fundadoras o de la que ingresa posteriormente al emprendimiento asociativo, tienen la posibilidad de disponer, la incorporación de la respectiva cooperativa, por mayoría simple de votos presentes, salvo que el estatuto exija una mayoría calificada.

A efectos de la constitución, no se exige un número de cinco socios o más, pudiendo entonces asociarse dos o más cooperativas de primer grado en una de segundo grado y dos o más cooperativas de segundo grado en un cooperativa de ulterior grado (num. 1 art. 8 LSCO).

La calidad de socio en una cooperativa de grado superior se adquiere mediante la adhesión en el acto constitutivo o posteriormente por decisión del Consejo Directivo de la cooperativa de segundo o ulterior grado (art. 19 LSCO).

Se rigen por las disposiciones para las cooperativas de primer grado, con las adecuaciones que amerite, por lo que la regulación sobre los derechos y obligaciones de los socios, los órganos sociales, sus facultades y deberes, su régimen económico, su disolución y liquidación, etc devienen en general aplicables con las particularidades que se destacan.

La LSCO admite que en las cooperativas de segundo o ulterior grado pueden integrarse en calidad de socios personas jurídicas de otro tipo, públicas o privadas, y personas físicas, hasta un máximo del 20% (veinte por ciento) del total del capital social de la cooperativa.

Según dispone el artículo 87 LSCO, las cooperativas de segundo o ulterior grado podrán realizar, actividades de carácter técnico, económico, social, cultural y asumir la representación de sus miembros, conforme con las disposiciones de la ley y de sus respectivos estatutos (Art. 87 LSCO).

Puede formarse una cooperativa de grado superior mediante una agrupación empresarial de tipo jerárquico por la cual se desarrolla una actividad económica en forma cooperativa a favor de sus socios; y/o el desarrollo de actividades que tiendan a completar o coordinar la actividad económica de ellos¹¹⁹.

La integración de las cooperativas de primer grado permite la eliminación del lucro de los intermediarios en los niveles superiores, realizando con mayor plenitud el programa cooperativo y

¹¹⁹Althaus, Althaus, A., Tratado de Derecho Cooperativo, p. 284-2285, 2º edición actualizada, Rosario – (Argentina): Zeus editora, 1977, citando a Graziani, A., “Società cooperativa e scopomutualistico” en Rivista del diritto commerciale e del dirittogeneraledelle obbligazioni”, Milano, 1950, Vol. 48, pp. 284-285.

asegurando mayores ventajas para los miembros de los organismos de base, exclusivos beneficiarios de la gestión común¹²⁰.

Se intenta mediante esta asociación mejorar el servicio que la cooperativa presta a sus asociados. La asociación es útil para, entre otros, realizar compras o ventas de los servicios que prestan las cooperativas de mayor volumen, planificar la actividad de sus integrantes para competir en el mercado cada vez más monopolizado, en el plano nacional e internacional.

Como particularidad, el artículo 88 de la LSCO establece que en las cooperativas de segundo o ulterior grado se puede establecer en el estatuto un régimen de representación y voto proporcional al número de socios, al capital aportado, uso de los servicios u otros criterios que se fijen.

El voto ponderado en estas cooperativas se encuentra previsto también en el numeral 6 del artículo 8 de la LSCO. Si bien el principio continúa siendo un socio un voto, la ley establece la posibilidad de apartarse del mismo por vía estatutaria.

No se establece un límite a la cantidad de votos que pueda tener una cooperativa integrante en función del voto proporcional.

Se mantiene como fuera concebido por los clásicos, el principio de control y gestión democrática de los socios en aquellos casos en que el número de representantes y voto se determina de forma proporcional al número de socios que tenga cada cooperativa socia (v.g. un voto cada cien socios), o en proporción al uso de los servicios ya que se permite asegurar la preponderancia a las cooperativas que utilizan el máximo los servicios de la unión y que concurren así a la extensión del sector cooperativo.¹²¹

Señala Althaus que la regla de la singularidad del voto por asociado tiene un fundamento humanista que no se ve afectado cuando se deja de lado en las cooperativas de grado superior, cuyos integrantes no son sujetos de existencia visibles dotados por ende de los atributos propios de la humanidad. Por el contrario, cuando en la asamblea de aquéllas se atribuye voto desigual a las cooperativas asociadas, se llega al mismo resultado práctico que si de dicha asamblea participaran directamente los asociados de las segundas, resolviendo sobre la gestión de la que, mediatamente, son exclusivos beneficiarios.¹²²

A efectos de asegurar el principio de control y gestión democrática, todos los socios deberán tener al menos un voto, cualquiera sea el número de socios o capital requerido para tal, y ninguna de las cooperativas socias podría tener tal número de votos que logre por sí sola la mayoría.

¹²⁰ Althaus, op. cit., p. 435.

¹²¹ Althaus, op. cit., p. 449 citando a Coutant, L., L'évolution du droit coopératif de ses origines à 1950, ed. MatotBraine, Reims, 1950.

¹²² Althaus, op. cit., p. 450.

En caso de voto ponderado, si bien nuestra LSCO nada señala, entendemos se infiere de derecho cooperativo, que se debe fijar un mínimo y un máximo que aseguren la participación de todas las asociadas e impidan el predominio excluyente de alguna de ellas.

En caso de estipulación estatutaria de un régimen de representación y voto proporcional al número de socios, al capital aportado, uso de los servicios u otros criterios, el número de votos puede variar en cada ejercicio.

El retorno de excedente se distribuirá entre sus socios en proporción al capital aportado o a los servicios utilizados, según lo establecido en el estatuto (art. 70 LSCO).

Como señalamos, se rigen por las disposiciones para las cooperativas de primer grado, con las adecuaciones que amerite. Interesa al tema en análisis el estudio del acto cooperativo, de las operaciones con terceros y el retorno de excedentes en las cooperativas de primer grado que devienen aplicables a las cooperativas de segundo grado y determinarán nuestras conclusiones sobre el retorno de excedentes en éstas.

1.1) El Acto Cooperativo en la LSCO

El acto cooperativo ha sido sindicado de figura de importancia excluyente; gozne sobre el que gira el propio concepto de cooperación por la doctrina que se ha ocupado del asunto.

Entre los antecedentes clásicos, a partir de los que se fue construyendo la categoría, puede mencionarse las obras del mexicano Antonio Salinas Puente la “teoría del acto cooperativo” (1954), del venezolano Jaime Daly Guevara (1967) y particularmente del brasileño WaldirioBulgarelli en su “Elaboração do Direito Cooperativo”, quien desarrolla la tesis que los actos internos practicados por la cooperativa con sus asociados constituyen otra especie de negocio que se denomina acto cooperativo.

Cracogna en Argentina señalaba “la noción de acto cooperativo constituye el logro más destacable que la moderna doctrina del Derecho Cooperativo ha alcanzado” y agrega: “siempre que se trate de relaciones entre socio cooperativa y tengan por objeto la prestación del servicio que constituye el objeto de ésta” (...) “Tiene las siguientes notas esenciales e irreductibles que le son comunes a) Intervención de socio y cooperativa, b) objeto del acto idéntico al objeto de la cooperativa y c) espíritu de servicio. De donde se desprende que todo esos actos son reducibles a los mismos elementos esenciales.”¹²³

123 Cracogna, D., Estudios de Derecho Cooperativo, Buenos Aires: Intercoop, 1986.

El artículo 9 LSCO brinda una tipicidad de configuración para el Acto Cooperativo. Establece dicho artículo 9 de la LSCO que “Son actos cooperativos los realizados entre las cooperativas y sus socios, por éstas y los socios de sus cooperativas socias, o por las cooperativas entre sí cuando estuviesen asociadas bajo cualquier forma o vinculadas por pertenencia a otra de grado superior, en cumplimiento de su objeto social”. Y agrega que “Los mismos constituyen negocios jurídicos específicos.”

El acto cooperativo se conforma en la ley como un negocio jurídico convencional. Es manifestación intencional de voluntad secundada por el ordenamiento jurídico, emergente de los sujetos de derecho previstos en el primer párrafo del artículo 9 de la LSCO, mientras actúan entre sí y no de cualquier sujeto de derecho, tiene entonces en sus presupuestos la consideración de los componentes personales del pacto.¹²⁴

Lo que viene de señalarse excluye de la definición de actos cooperativos a los negocios unilaterales en cuanto a las partes intervinientes. El acto cooperativo es una convención, que tiene como nota típica especial que solo es calificable de tal el negocio que se verifica entre ciertos sujetos, que se encuentran ubicados en ciertas situaciones jurídicas previamente.

El acto cooperativo, en el derecho uruguayo, comprende negocios convencionales, obligacionales y dispositivos.

Para arribar a la calificación del acto cooperativo, se deberá entonces y primordialmente, considerar los componentes personales del pacto (cooperativas, socios de cooperativa) y la situación en la que se encuentran, a esto seguirá la calificación como acto cooperativo, no siendo susceptible en este caso, luego ingresar en la categoría contrato o convención no contractual.

El tema se presenta a nivel de tipicidad de regulación, en cuanto al derecho aplicable en subsidio a los actos cooperativos según por ejemplo creen o extingan obligaciones, o constituyan negocios dispositivos en sentido amplio o estricto, tema que excede la presente ponencia¹²⁵.

En torno a la calidad requerida a los componentes personales del pacto, ingresan en este tipo negocial los negocios jurídicos celebrados entre:

- a) Las cooperativas y sus socios
- b) Las cooperativas entre sí cuando estuviesen asociadas bajo cualquier forma.
- c) Las cooperativas y los socios de sus cooperativas socias.

124 Sobre tipicidad contractual, Larenz. K Metodología de la Ciencia del Derecho, Barcelona: Ariel Derecho, 1994, pp. 297-300, Gete – Alonso y Calera, M° del C., Estructura y Función del tipo negocial, pp 39-51, Bosch, Barcelona, 1979.

¹²⁵Por ampliación ver Amorín-Algorta, op. cit. p. 75 y ss.

Entonces las cooperativas relacionadas por vínculos asociativos no societarios cuando operan entre sí, en el marco de aquéllos, estarán concretando actos cooperativos.

Si un socio de una cooperativa que se encuentra integrada con otra en un emprendimiento societario, cooperativa de segundo grado u otro, realiza una operación con una cooperativa socia de su cooperativa de origen, éste será un acto cooperativo.

Sin embargo, resulta excluida de este tipo negocial la operación que se concretara entre un socio de una cooperativa y otra cooperativa en mérito a otro vínculo que las pudiera relacionar, por ejemplo, de cambio.

1.2) La regulación de las operaciones con no socios en la LSCO

El artículo 80 de la LSCO establece, sin necesidad de previsión estatutaria, la posibilidad de las cooperativas de prestar servicios propios de su objeto social a no socios, siempre que se cumplan determinados requisitos, sin fijar un límite en el volumen de las operaciones (con excepción de las cooperativas de trabajadores).

La decisión de habilitar este tipo de operaciones debe fundarse en razones de interés social o ser necesaria para el mejor desarrollo de la actividad económica de la cooperativa, siempre que no comprometa su autonomía, y que las mismas no se otorguen en condiciones más favorables que a los socios.

En un circuito cerrado en que los asociados son, a la vez, los usuarios de los servicios de la cooperativa, el sistema tal como fue concebido por los clásicos funciona a la perfección. Si como usuarios pagarán provisoriamente, tal vez, algún adicional sobre el costo de aquéllos, como asociados fatalmente lo recuperarán, al fin de cada ejercicio y en su exacta medida, por vía de retorno.

Desde esa perspectiva, esto no se verifica cuando se abre el círculo y se admite el acceso de terceros no asociados a la operatoria social. En este caso se produce fatalmente una distorsión del sistema, y la concepción tradicional del “precio justo” se aleja en su realización práctica, en mayor o menor medida, del ideal; desviación cuyo signo y medida estarán dado por la relación que exista entre el precio del servicio y su costo.

La hipótesis más probable, desde aquel encare de la ayuda mutua y la cooperación, es que el precio que paguen los terceros excederá del costo del servicio, por lo que al fin del ejercicio resultará un excedente por concepto de operaciones realizadas con terceros, parte del cual retornará a los socios. En esta hipótesis, cada asociado percibirá, disfrazado en la apariencia de un

único retorno, junto a la restitución de lo que él ha pagado por encima del costo, un “plus” formado por lo que ha pagado en exceso el tercero.¹²⁶

Las razones para admitir la prestación a servicios con no socios en la LSCO son: a) el interés social, b) mejor desarrollo de la actividad cooperativa, conceptos jurídicos indeterminados, por lo que deberá evaluarse en cada caso dicho supuesto.

Además, no se puede comprometer la autonomía de la cooperativa ni prestarse en condiciones más favorables que a los socios.

En todas las modalidades de cooperativas, incluso en las cooperativas de segundo o ulterior grado, es admisible en el Derecho positivo uruguayo la posibilidad de operar con no socios en las condiciones previstas en el artículo 80 LSCO.

Si bien la ley cada vez que define a las modalidades de cooperativa a partir del artículo 99 y siguientes, señala en la definición que son aquellas que prestan los servicios objeto de la cooperativa a sus “socios”, no varía el ámbito de la norma que se infiere del artículo 80 que alcanza a las operaciones con terceros en todas las modalidades.

El legislador parte de la base de que la actividad de la cooperativa está dirigida a sus socios, a brindarle servicios a aquellos, pero habilita a la entidad a prestarle servicios a terceros en las condiciones previstas.

En caso de resultado positivo, luego de abonado los intereses de los instrumentos de capitalización subordinados y recompuestos los rubros patrimoniales, la LSCO establece que el 10% (diez por ciento) del remanente se debe destinar para la constitución de una Reserva por concepto de operaciones con no socios (art. 70 LSCO).

La LSCO no prevé que los ingresos o pérdidas obtenidos por la actividad cooperativa prestada a no socios se deba contabilizar de forma separada. Solo se impone que el 10% de los excedentes, de todos ellos, de acuerdo a lo antes señalado se destine a esta reserva irrepartible por operaciones con no socios, el resto de las utilidades correspondientes a dichas operaciones sigue la suerte de los excedentes de percepción y ese destino es independiente además del volumen de las operaciones con no socios efectivamente concretadas, alcanza con que la cooperativa tenga la posibilidad de hacerlo para que deba constituirse.

No existiendo límites en el volumen de operaciones con terceros que las cooperativas se encuentran habilitadas a realizar, y además, considerándose algunas operaciones con no socios como si no fueran tales (inc 2° art. 80), una proporción mayor del 10% de los excedentes netos podrían provenir de operaciones con terceros, percibiendo de esta forma el socio por vía de retorno

126 Althaus, A., op. cit, p.105 y ss.

de excedentes de percepción un “plus” formado por lo que ha pagado en exceso el tercero, lo que conforma la existencia de lucro en sentido estricto..

La reserva por operaciones con no socios establecida en el artículo 70 sólo no se conforma si los destinatarios del servicio social son exclusivamente los socios.

Edicta la ley que no se considerarán operaciones realizadas con no socios, las que se efectúen con los siguientes fines: a) para servir a socios de otra cooperativa¹²⁷, b) para liquidar artículos sobre los que se deje de operar o que podrían desmerecerse con una conservación prolongada, c) para servir al público, por motivo de general utilidad, a requerimiento de organismos del Estado, d) en el caso de las cooperativas de segundo o ulterior grado, también aquellas operaciones que se realicen con los socios de sus entidades socias y e) las operaciones que se realicen entre cooperativas.

En estos casos, para prestar servicios propios de la cooperativa a terceros, no es necesaria la presencia de los requisitos antes analizados (interés social o mejor desarrollo de la actividad cooperativa).

1.3) La distribución de excedentes en la LSCO

El retorno de excedentes no es un derecho subjetivo del socio. El socio ostenta una simple expectativa condicionada por la existencia de excedentes disponibles y por la decisión de la Asamblea de distribuirlos y no capitalizarlos.

El retorno de excedentes es la diferencia entre el costo del servicio y lo realmente abonado por el asociado en una cooperativa que solo opera con sus socios.

En una cooperativa cuya “pureza” llegara a ser absoluta, la exclusión del lucro sería total, brindándose por consiguiente el servicio, en la hipótesis, a su costo estrictísimo.¹²⁸

Sin embargo, dicha equivalencia es muy difícil de lograr, abonando en general el socio un precio mayor por el servicio que le presta la cooperativa al estricto costo de éste.

La doctrina cooperativa tradicional indicaba, que al menos en las cooperativas de primer grado, el retorno de excedentes funciona como una corrección “a posteriori” por cuyo intermedio se devuelve a quien ha formado la diferencia entre el precio pagado por el servicio gozado y su costo estricto,

127 Debe existir entre la cooperativa receptora y la cooperativa de origen o sus socios un vínculo que servirá de marco normativo a la operación.

128 Althaus, op. cit., p. 84.

determinado con exactitud al fin de cada ejercicio.¹²⁹ Asimismo, mediante la afectación de parte de los excedentes a la constitución de reservas irrepartibles, se socializa parte de la ventaja cooperativa, consistente en el ahorro de la diferencia entre el precio de costo y el del mercado.

Sin embargo, en el régimen de la LSCO debe tomarse en cuenta la posibilidad de operar con no socios, lo que implica que en definitiva vuelvan al socio excedentes mayores a los estrictamente vinculados al precio “justo”, sin perjuicio de la constitución de la reserva irrepartible analizada en el numeral anterior.

El artículo 70 de la LSCO regula el destino de los excedentes netos del ejercicio estableciendo un orden de prelación y garantizando un monto mínimo repartible.

Es competencia de la Asamblea General Ordinaria (arts. 27.3 y 34.6 LSCO), una vez determinada la existencia de excedentes netos del ejercicio, disponer su destino de acuerdo al siguiente orden:

En primer lugar, se deducirán los importes necesarios para:

- i). Abonar los intereses a pagar a los instrumentos de capitalización que correspondan, esto es, los intereses a pagar a los instrumentos de capitalización que se encuentren subordinados a la existencia de excedentes (p. ej. participaciones subordinadas).
- ii). Recomponer los rubros patrimoniales cuando hayan sido disminuidos por la absorción de pérdidas de ejercicios anteriores y compensar pérdidas aún pendientes de absorción.

Los excedentes netos del ejercicio deberán ser destinados a compensar las pérdidas de ejercicios anteriores o recomponerse los rubros patrimoniales que hayan sido disminuidos por la absorción de dichas pérdidas.

Luego de abonado los intereses de los instrumentos de capitalización y, en caso que corresponda, recompuestos los rubros patrimoniales, la LSCO establece que el remanente se debe destinar de acuerdo al siguiente orden:

- i). El 15% (quince por ciento) como mínimo, para la constitución de un Fondo de Reserva Legal, hasta que éste iguale al capital reduciéndose al 10% (diez por ciento) a partir de ese momento y cesando al ser triplicado el capital.
- ii). El 5% (cinco por ciento) como mínimo, para el Fondo de Educación y Capacitación Cooperativa.
- iii). El 10% (diez por ciento) para la constitución de una Reserva por concepto de operaciones con no socios.

129 Ibid., pp. 82-83.

El saldo resultante será destinado al reparto entre los socios en concepto de retorno o a pagar intereses a las partes sociales integradas hasta el máximo de interés corriente en plaza, según determine la Asamblea.

El monto a ser repartido entre los socios en concepto de retorno no podrá ser inferior al 50% (cincuenta por ciento) del remanente y se distribuirá de acuerdo a los siguientes criterios:

- A). En las cooperativas de primer grado, en proporción a las operaciones efectuadas con la cooperativa o al trabajo realizado en ella.
- B). En las cooperativas de segundo o ulterior grado, en proporción al capital social aportado o a los servicios utilizados, según establezca el estatuto.

La retribución del capital por medio de intereses debe estar prevista en el estatuto. Esta es aleatoria en términos económicos ya que se encuentra condicionada a la existencia de excedentes netos, luego de abonar los intereses a pagar a los instrumentos de capitalización y recomponer los rubros patrimoniales. Depende además de la decisión de la Asamblea la que deberá determinar si los excedentes resultantes se destinan a pagar intereses y el quantum, no superando el máximo de interés corriente en plaza. Si la tasa de interés surge directamente del Estatuto, la Asamblea no podrá establecer un criterio de distribución distinto, el límite a la autonomía estatutaria es la cifra que debe repartirse, respetando siempre el reparto del 50% del remanente al pago de retornos de los socios.

Este beneficio económico, desvinculado de la gestión de servicio propia de la cooperativa, y derivado exclusivamente de la aportación de capital, constituye lucro en la acepción estricta. Para evitar el impacto en la causa que esto podría comportar, se limita la medida de la remuneración del capital, fijándose una tasa máxima, de tal suerte que ese fin lucrativo accidental que aparece en la hipótesis, sea siempre accesorio o secundario y limitado, sin llegar a prevalecer jamás sobre la causa propia y específica de aquella.¹³⁰

2) El retorno de excedentes en las cooperativas de segundo grado

Pueden ser socios de una cooperativa de segundo grado, además de cooperativas, otros sujetos de derecho en el régimen de la LSCO. Se limita la participación en el capital de los sujetos de derecho que no son cooperativas, no puede sobrepasar el veinte por ciento.

Las relaciones entre las cooperativas y sus socios son actos cooperativos con los alcances antes desarrollados si tienen por objeto la prestación del servicio que constituye a su vez el objeto de la

130 Althaus, op. cit., citando a Graziani, A., "Società cooperativa e scopomutualistico" en Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", Milano, 1950, Vol. 48, pp. 284-285.

cooperativa. , independientemente de si el socio de la cooperativa de segundo grado es una cooperativa u otro sujeto de derecho..

Adicionalmente (art. 9 de la LSCO) son actos cooperativos los realizados entre las cooperativas y los socios de sus cooperativas socias. Refiere a socios de las “cooperativas socias” no a “socios” de otro tipo de persona jurídica que integre la cooperativa de segundo grado vg una sociedad colectiva. .

Asimismo, el artículo 80 de la LSCO establece que no deben considerarse operaciones con no socios las realizadas por las cooperativas de segundo grado con los socios de sus “entidades” socias. No limita como en sede de actos cooperativos a los socios de sus “cooperativas socias”, sino que no considera operaciones con terceros las realizadas con los socios de las entidades socias-).

O se es socio o se es tercero, no hay otra posibilidad. Si la operación se concreta con un tercero, las operaciones deben considerarse, en algunos supuestos, como si fueran realizadas por socios (art. 80 LSCO).

Las cooperativas de segundo grado por los actos cooperativos realizados con los socios de las cooperativas socias recibirán un ingreso, que es de esperar resulte en un resultado positivo del ejercicio y en excedentes a distribuir entre sus cooperativas socias.

Ahora bien, no se convierte el socio de la cooperativa u otro tipo de entidad socia de la cooperativa de segundo grado en socio. De acuerdo a la LSCO deberán “considerarse” operaciones con socios y además actos cooperativos (arts. 9 y 80 LSCO).

Y los excedentes que deriven de estos negocios que la cooperativa de segundo grado realice con los socios de sus cooperativas o entidades socias deben destinarse según lo previsto por el art. 70 de la LSCO, en tanto no existe ninguna previsión especial al respecto.

El retorno de excedente en las cooperativas de segundo grado se distribuirá entre sus socios en proporción al capital aportado o a los servicios utilizados, según lo establecido en el estatuto (art. 70 LSCO).

Nos preguntamos cómo debe distribuirse el excedente en caso de cooperativas de segundo grado que hubieran optado porque el mismo retorne en proporción a los servicios utilizados, cuando parte del excedente fuera generado por los socios de las cooperativas o entidades socias. Si se hubiera optado por una distribución de excedentes en proporción al capital aportado, el problema no se presenta, en tanto es indiferente quién contribuyó a la generación del mismo.

Entendemos no es posible darle el mismo tratamiento que a los excedentes generados por operaciones con no socios, de esta forma si la cooperativa operara con socios de sus entidades socias, por ejemplo, no deberá conformar la reserva para operaciones con terceros pues no se consideran estas como tales.

Como fuera señalado supra, la LSCO no prevé que los ingresos o pérdidas obtenidos por la actividad cooperativa prestada a no socios se deba contabilizar de forma separada.

Solo se impone que el 10% de los excedentes, de todos ellos, de acuerdo a lo antes señalado se destine a una reserva irrepartible por operaciones con no socios, cuando la cooperativa realizara operaciones con terceros, el resto de las utilidades correspondientes a dichas operaciones sigue la suerte de los excedentes de percepción. Los excedentes netos que podrían provenir de operaciones con terceros, y más allá de la dotación de la reserva por este concepto, deberán distribuirse entre los socios según el criterio del art. 70 de la LSC, percibiendo de esta forma el socio por vía de pago de intereses al capital o de retorno de excedentes un “plus” formado por lo que ha pagado en exceso el tercero.

El *themadecidendum* es a quién se destinan los excedentes generados por los socios de las cooperativas o entidades socias en las cooperativas de segundo grado que optaron por distribuir los mismos en proporción a los actos cooperativos. La LSCO no tiene una previsión expresa al respecto, más allá de la redacción del artículo 70.

No es posible destinarlos a los socios de las cooperativas o entidades socias que lo generaron en tanto no son socios, por lo cual no tienen derechos económicos en la cooperativa de segundo grado. No será posible esa corrección “a posteriori”.

Veamos posibles alternativas que podrían plantearse, : i) distribuirlo a las cooperativas socias en proporción a los servicios utilizados por éstas sin ingresar a distinguir sobre quienes contribuyeron a generar el excedente, si la cooperativa socia o los socios de esa u otra cooperativa o entidad socia o ii) tratar a los excedentes generados por los socios de las cooperativas o entidades socias como si hubiesen sido generados por dicha cooperativa.

De considerarse correcta la primera opción, estaría retornando en concepto de excedentes a las cooperativas socias utilidades que pueden provenir de operaciones con socios de cooperativas socias, distorsionando una vez más el sistema de reparto en proporción a los servicios utilizados, percibiendo de esta forma el socio por vía de retorno un “plus” formado por lo que ha pagado en exceso los socios de las cooperativas socias. Se avanza hacia el lucro en sentido estricto, constituyendo el criterio de participación en la actividad económica no ya una corrección a posteriori sino un criterio diferente de distribuir dicho lucro en sentido estricto.

Parece preferible la segunda opción, en efecto, la misma relaciona a las operaciones realizadas por los socios de las entidades socias con la cooperativa de segundo grado con los excedentes generados que se reintegran a la entidad que éstos integran. A nivel de derechos políticos se recordará que uno de los criterios tradicionales del voto ponderado refería a la cantidad de socios de las cooperativas socias. En esa línea, y considerando que las operaciones que realizan los socios de las entidades socias no son consideradas operaciones con terceros, justamente por la membresía de éstas y están vinculadas a su pertenencia a la cooperativa de segundo grado, los excedentes que pudieran generarse por los socios de las cooperativas socias deberían ser considerados y retornados como si la cooperativa socia los hubiera generado. En definitiva, el retorno generado por el socio de la cooperativa socia debiera de volcarse a la cooperativa socia.

Esto por los siguientes fundamentos:

i) No es posible que estos excedentes generados por operaciones con socios de las entidades socias retorne a quienes lo generaron (los socios de las cooperativas o entidades socias) en tanto no son socios, por lo cual no existe la posibilidad de “corrección” o el precio justo.

ii) Califican en la categoría de actos cooperativos..

iii) Por imperativo legal no se consideran operaciones con terceros, y están vinculadas al socio de la cooperativa de segundo grado, decisivo por su vinculación por todo lo que viene de señalarse. Al único socio al que puede imputarse el resultado es a la cooperativa o entidad socia respectiva.

iv) A su vez, los recursos económicos que reciban las cooperativas socias por concepto de retorno de excedentes de las cooperativas de segundo grado, deberán contabilizarse en las cooperativas como un ingreso al estado de resultados y distribuirse entre todos los socios de acuerdo al art. 70 de la LSCO.

Si bien se distribuirá en el seno de la cooperativa de primer grado según el criterio del art. 70 de la LSCO, pudiendo verse beneficiado socios que no contribuyeron a generarlo, al menos en parte es posible retorne a los socios que sí efectuaron actos cooperativos en la cooperativa de segundo grado.

v) De no compartirse este criterio, otras cooperativas socias de la cooperativa de segundo grado se verían beneficiadas con retornos de excedentes que no contribuyeron a generar. En efecto, se trataría de otra excepción (además de las operaciones con terceros) al reparto entre los socios de los resultados positivos con un criterio distinto al de la participación de los socios en la actividad económica.

Respecto al tratamiento a darle a los otros supuestos de operaciones realizadas con terceros que no deben considerarse operaciones realizadas con no socios previstas en el art. 80 de la LSC, debe tenerse en cuenta que dichas operaciones no configuran actos cooperativos. Los excedentes generados por estas operaciones correrán la suerte de los excedentes por operaciones con terceros en el sentido de que serán distribuidos entre los socios en proporción a la actividad realizada por estos con la cooperativa quienes recibirán proporcionalmente ese “plus” formado por lo que ha pagado en exceso el tercero.

Por último, cabe señalar que el artículo 89 de la LSCO, que regula las Corporaciones Cooperativas, dispone que “Las corporaciones cooperativas son personas jurídicas y en todo lo no regulado expresamente por este artículo se aplicará lo dispuesto para las cooperativas de segundo o ulterior grado”.

Se trata de un nuevo tipo de organización jurídica, a las que resultan aplicables las normas de las cooperativas de segundo o ulterior grado en todo lo no regulado expresamente. A su vez, para estas cooperativas se regulan solo algunos aspectos remitiéndose el legislador en cuanto a la tipicidad de regulación a lo dispuesto para las de primer grado por lo que en definitiva este también será el régimen aplicable a las corporaciones cooperativas, salvo lo dispuesto especialmente para ellas y para las cooperativas de segundo o ulterior grado.

Patricia A. Fernández de Andreani. ¿Existen regulaciones especiales en Argentina para el caso de que la prestadora del servicio público sea una empresa cooperativa? algunas propuestas que debería contener el marco regulatorio.

I. Sumario:

Las organizaciones de usuarios que se asocian para brindarse y autoabastecerse, el suministro de uno o varios servicios básicos, como puede ser energía, agua, telefonía, entre otros, tienen un destacado desarrollo en la República Argentina.

A pesar de su relevancia económica y social la cooperativa prestadora de servicios públicos es un modelo económico cuya regulación sobre la actividad no hace distinciones entre éstas y las empresas de capital que tienen a su cargo la prestación de un servicio público. Tampoco las disposiciones de contralor y de sanción que se derivan de las propias regulaciones —como los contratos de concesión del servicio o licencia— desconocen que el interés de los usuarios resulta coincidente con el interés de la empresa cooperativa.

De allí que en este acotado trabajo hemos repasado la regulación nacional y casos testigos de regulaciones provinciales que demuestran tales afirmaciones y hemos acercado algunas propuestas que a nuestro modo de ver deberían contemplarse en las normas regulatorias.

II. Desarrollo:

De los marcos regulatorios nacionales en materia de servicios de gas, electricidad y telecomunicaciones, no se encuentran previstos regímenes especiales que encuentren como eje la naturaleza cooperativa del prestador. En todos estos casos se establece en términos generales que los prestadores del servicio deben ser personas jurídicas, prioritariamente privadas¹³¹, designadas mediante contrato de concesión.

Así por ejemplo advertimos que el Marco Regulatorio Energético, aprobado por la Ley N° 24.065 (Ley de Energía Eléctrica), no hace distinciones que tengan en cuenta el carácter de las empresas prestatarias.

No obstante ello, es importante señalar que los decretos reglamentarios de aquella ley perjudicaban a las cooperativas. En este sentido, la redacción original del art. 10 del Decreto 1398/92¹³² establecía la asimilación de las cooperativas a grandes usuarios y no a distribuidores, ello a los efectos de determinar su forma de participación en el Mercado Eléctrico Mayorista. Esta calificación de las cooperativas limitaba por cierto su esfera de actuación, las perjudicaba a la hora del precio que debían pagar para comprar la electricidad, además de no ser compatible con su

131 Art. 3° Ley 24.065 y art. 4° Ley 24.076.

132 El Decreto N° 1.398/92 del Poder Ejecutivo Nacional reglamenta la Ley de Energía Eléctrica N° 24.065.

finalidad. El Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 186/95¹³³ puso fin a tal injusticia y permitió que las cooperativas que dieran cumplimiento con los recaudos indicados puedan adquirir la energía que van a vender a los usuarios al Mercado Eléctrico Mayorista, a un precio mucho más competitivo.

En lo que hace a los servicios públicos de jurisdicción nacional, vemos que en el régimen de distribución de gas no existe distinción alguna cuya variable sea la naturaleza cooperativa del prestador¹³⁴. Es más, las cooperativas que se desempeñan abasteciendo de gas natural a ciudades y pueblos son “sujetos activos de la industria del gas natural”, y como tales están alcanzados por el Marco Regulatorio Nacional y obligados a cumplir con los reglamentos y disposiciones del Ente Nacional Regulador del Gas.

La misma situación se verifica en materia de telecomunicaciones, no obstante se reconoce expresamente la función esencial de las cooperativas en el desarrollo regional de la telefonía y, en consecuencia, se les concedió por ello cierta prerrogativa de exclusividad zonal¹³⁵ e intangibilidad en el proceso de privatización que sobrevino a fines de la década de los ochenta¹³⁶.

Pero lo cierto es que, en la actualidad, el marco regulatorio vigente no contempla un tratamiento específico para aquellas cooperativas¹³⁷. Todo lo contrario, el congelamiento tarifario rígido que se experimentó en la década pasada y los cargos que debían abonar a las grandes compañías telefónicas por el uso de sus redes (“*Calling Party Pays*”) generaron que la actividad cooperativa sea un verdadero calvario.

133 Barreiro agrega que “las cooperativas eléctricas pueden solicitar su ingreso al MEM como cualquier otro distribuidor, en tanto se encuentren reunidos los dos recaudos básicos que establece la normativa aplicable. Esto es, por un lado, acreditar ser titular de un contrato de concesión en los términos indicados en el párrafo que antecede. Por el otro, tener una demanda mínima de potencia y energía de 1mW y 4.380 mWh, respectivamente (Anexo 17, Los Procedimientos)”. BARREIRO, Rubén A., *Derecho de la Energía Eléctrica*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 2002, pág. 196.

134 Se analizaron la Ley Nacional N° 24.076 y su Decreto Reglamentario N° 1.738/92; Decreto N° 2.255/92 y sus anexos; Resolución ENARGAS N° 35/93 sobre subdistribución de gas por redes, entre otras normas.

135 El artículo 14 de la Ley Nacional N° 19.798 dice: “En ningún caso se otorgarán autorizaciones o permisos de explotación que importen el establecimiento de exclusividades o monopolios incompatibles con la soberanía, desarrollo y seguridad nacional. La existencia de tales situaciones faculta a la autoridad de aplicación para disponer la caducidad de las respectivas autorizaciones o permisos. Se autorizará o permitirá la instalación de entes telefónicos privados (cooperativas) cuyo fomento satisfaga requerimientos de desarrollo regional, con las limitaciones que determina el párrafo precedente y la reglamentación de esta ley”.

136 El Decreto N° 731/89 dispuso la privatización del Ente Nacional de Telecomunicaciones y la creación de dos áreas de red telefónica comprensivas de la totalidad del territorio nacional, a ser adjudicadas a dos sociedades anónimas (art. 2º). No obstante ello, el art. 4º excluye de tal régimen a las cooperativas telefónicas, al prescribir que “Las sociedades cooperativas que actualmente prestan servicios telefónicos mantendrán sus derechos sin perjuicio de su eventual participación en el capital de la licenciataria a quien se le adjudique la región que corresponda a su ubicación geográfica”.

137 Nos referimos específicamente al Decreto del PEN N° 764/2000 y a sus anexos, en especial el Reglamento de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones.

Del mismo modo, recorriendo la legislación local de las principales provincias con actividad cooperativista en el rubro de los servicios públicos (tomamos los casos testigo de la Provincia de Buenos Aires, Córdoba, La Pampa y Neuquén) observamos que no existen diferencias sustantivas en el tratamiento regulatorio conforme a la distinta naturaleza jurídica que pueden presentar los potenciales prestatarios de los servicios públicos de jurisdicción local.

De esta manera, las cooperativas que tienen como objeto la prestación de un servicio público en la Argentina son colocadas en la misma consideración político-jurídica que cualquier prestataria, sin mostrar los marcos regulatorios un interés en adaptar ciertas reglas a las especiales características que distinguen a la empresa de la economía social.

No obstante ello, es posible encontrar de forma aislada y asistemática algunas previsiones normativas que refieren a la calidad de ente cooperativo de la prestadora aunque, a decir verdad, no revisten cambios significativos en cuanto a los regímenes ordinarios.

A nivel provincial no son escasas las constituciones locales que hacen expresa mención al régimen cooperativo y su rol trascendental para el desarrollo social. En tal sentido albergan declaraciones que sugieren su inclusión en políticas de fomento y de beneficios fiscales. Incluso en determinados casos el tratamiento constitucional del servicio público se encuentra en estrecha relación con la normativa dedicada al sector cooperativo¹³⁸.

¹³⁸ Haciendo un breve repaso por los textos constitucionales de las Provincias que fueron seleccionadas como objeto de estudio en el presente acápite, tenemos que la Provincia de Buenos Aires “fomenta la organización y desarrollo de cooperativas y mutuales, otorgándoles un tratamiento tributario y financiamiento acorde con su naturaleza.” (Artículo 41, 2do párr., Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

En su artículo 36 la Constitución de la Provincia de Córdoba establece que “El Estado Provincial fomenta y promueve la organización y desarrollo de cooperativas y mutuales. Les asegura una adecuada asistencia, difusión y fiscalización que garantice su carácter y finalidades.”; mientras que el artículo 75 prescribe que los servicios públicos “pueden prestarse directamente, o por medio de cooperativas o sociedades de economía mixta, y por particulares. En el control de su prestación participan los usuarios según lo establecen las leyes u ordenanzas respectivas.”.

Las constituciones provinciales de La Pampa y Neuquén avanzan un paso más respecto de sus pares, al reconocer a las cooperativas no sólo la potestad de prestar servicios públicos locales, sino también dispensándoles un trato preferente y prioritario para su adjudicación.

Así, la primera de ellas establece en su artículo 42 que “Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado provincial o municipal y se propenderá a que la explotación de los mismos sea efectuada preferentemente por el Estado, municipios, entes autárquicos o autónomos, o cooperativas de usuarios, en los que podrán intervenir las entidades públicas. Se podrán otorgar concesiones a particulares y éstas se acordarán previa licitación de carácter público y con expresa reserva del derecho de reversión por la Provincia o los municipios en su caso, quienes ejercerán un contralor estricto respecto al cumplimiento de la concesión. Una ley especial determinará las formas y condiciones de la explotación de los servicios públicos por la provincia, municipalidades, concesionarios y demás entidades autorizadas a prestarlos”; resta mencionar que el artículo 68 inc. 18º sigue la senda desarrollista del sector cooperativo al disponer entre las atribuciones y

Ahora bien, aquel contexto propicio para las cooperativas no encuentra en la mayoría de los casos eco en la regulación infraconstitucional de las provincias en materia de servicios públicos.

Por ejemplo, en el caso del servicio de agua y disposición de efluvios cloacales no se presentan distinciones reglamentarias en relación con la prestación por parte de cooperativas en las provincias de La Pampa¹³⁹, Córdoba¹⁴⁰ y Neuquén¹⁴¹; mientras que establecen pautas regulatorias

deberes del Poder Legislativo provincial el de “dictar leyes orientadas a proteger y fomentar el régimen cooperativo”.

Por último, la Constitución de la Provincia del Neuquén adoptó en su última reforma encarada en el año 2006 el criterio doctrinario y jurisprudencial que cuestiona la aplicación de un procedimiento de selección de concesionario, en este caso la licitación, a un servicio público que se encuentra siendo prestado por una cooperativa.

Lo cierto es que el actual texto constitucional presenta una tríada de artículos en los cuales el régimen cooperativo y el régimen de los servicios públicos se encuentran fuertemente enlazados. Nos referimos a los artículos 79, 80 y 81 de la Carta Magna local.

El primero de ellos (art. 79) titulado “Fomento del cooperativismo”, ordena que “El Estado provincial, por medio de una legislación adecuada, propenderá a mejorar las condiciones de vida y subsistencia social, fomentando y protegiendo el establecimiento de cooperativas de producción, consumo y crédito, reconociendo su función social y favoreciendo el acceso del ahorro popular a la vivienda propia”.

Luego el artículo 80, con el criterio que ya adelantáramos, establece con respecto a la disposición de bienes públicos y adjudicación de servicios que “Toda enajenación de los bienes fiscales, compra, adjudicación de servicios públicos y demás contratos susceptibles de ello, se hará por licitación y previa una amplia publicidad, sin cuyos requisitos serán nulos. Una ley general establecerá el régimen de excepciones”; y que: “Están excluidos de la obligación licitatoria y podrán ser adjudicatarios directos en la prestación de servicios públicos, en las condiciones que establezca la legislación provincial respectiva, los entes autárquicos provinciales y las sociedades cooperativas preexistentes, integradas por vecinos usuarios en actual prestación de los servicios y con sede en la ciudad donde deban prestarlos.”.

Finalmente, en cuanto a la prestación de los servicios públicos, el artículo 81 dice “Los servicios públicos estarán a cargo del Estado provincial, municipal, entes autárquicos y sociedades cooperativas. No se otorgarán concesiones que puedan constituir monopolios, excepto aquellas que correspondan a monopolios naturales.”.

139 Ver al respecto: Ley N° 607 (Código de Aguas); Ley N° 773 (Creación de la Administración Provincial del Agua); Ley N° 1.027 (Régimen de conservación y uso de Agua Potable); Ley N° 1.476 (Régimen de servidumbre administrativa de ductos). Según el Decreto Pcial. N° 193/81 (reglamentario de la mentada Ley N° 1.027), “Serán prestadores de los servicios de Agua Potable, en su caso, los Municipios, las Comisiones de Fomento, y excepcionalmente el Estado Provincial. Los Organismos e Instituciones mencionadas, serán responsables de la Administración, operación y mantenimiento de los servicios que podrán conceder a Entes Cooperativas o a particulares” (art. 2°) siendo la Administración Provincial del Agua (ente público provincial) el organismo regulador en la materia (art. 7°).

140 Si bien se reconoce expresamente la presencia de cooperativas prestadoras del servicio de aguas y desagües, el Anexo del Decreto N° 529/94 (Marco Regulatorio para la Prestación de Servicios Públicos de Agua Potable y Desagües Cloacales en la Provincia de Córdoba) sólo trata en disposición transitoria (art. 61) las pautas de adaptación de los entes cooperativos al nuevo marco regulatorio, siendo aquel marco regulador de aplicación plena e irrestricta para todos los prestadores sin distinción.

141 La prestación del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas se encuentra principalmente a cargo del Ente Provincial de Agua y Saneamiento (ente público provincial), sin perjuicio de lo cual existen en

mínimas la Provincia de Buenos Aires en el marco del convenio refrendado por Ley Nacional N° 26.221¹⁴².

En cuanto al servicio de distribución de energía eléctrica, el panorama es un tanto más favorable.

El marco regulatorio de la Provincia de Buenos Aires jerarquiza y privilegia al ente cooperativo como prestador esencial del servicio de distribución¹⁴³.

Por otro lado, se estipula un vínculo de coordinación entre la autoridad de aplicación del régimen de energía eléctrica y su par en materia cooperativa¹⁴⁴, replicándose el mismo vínculo entre el organismo de control y aquel que sea competente en materia cooperativa¹⁴⁵, lo cual conlleva evitar posibles conflictos interjurisdiccionales, aplicaciones y/o ejecuciones contradictorias de normas o sanciones, etc.

pequeñas localidades del interior de la provincia cooperativas que tienen a su cargo la provisión de agua. Ver (http://www.epas.gov.ar/pgs/institucional_que_es_el_epas.html).

En materia regulatoria no hay regímenes especiales para las cooperativas; ver al respecto Ley Provincial N° 899 (Código de Aguas).

142 El artículo 38 del ANEXO E.-RÉGIMEN TARIFARIO, del Marco Regulatorio creado por convenio suscripto por Nación, Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, refrendado por Ley N° 26.221, establece que "La Autoridad de Aplicación tendrá la facultad de instrumentar la exención de pago del Cargo de Acceso al Servicio (CAS) para aquellos casos en los que las obras de expansión del servicio sean realizadas mediante mecanismos de índole solidario y/o cooperativo en el que participen activamente los beneficiarios de tales obras y las mismas sean ejecutadas en áreas caracterizadas por una baja capacidad de pago de los beneficiarios"; de esta manera, se establece un beneficio económico potencial a favor de los entes cooperativos respecto a trabajos de expansión de redes y ductos en zonas económicamente postergadas.

143 El art. 20 de la Ley N° 11.769 (reglamentado por Decreto Provincial N° 2.479), en su parte pertinente prescribe que "Los generadores y los concesionarios de servicios públicos de distribución de electricidad deberán organizarse como sociedades anónimas, admitiéndose para el caso de servicios públicos de distribución, que sus titulares sean cooperativas integradas por los usuarios de esos servicios públicos, o sociedades de economía mixta.

"La Provincia de Buenos Aires reconoce especialmente entre los Distribuidores concesionarios del servicio público de electricidad a las entidades Cooperativas, en virtud de su naturaleza y los antecedentes históricos en la constitución y prestación del servicio eléctrico.

"En tal sentido, es propósito de esta Ley alentar el desarrollo de estas entidades y, especialmente las que atienden zonas rurales de la Provincia, en consideración a que persiguen un fin comunitario.

"En tal marco, toda legislación y reglamentación que se dicte para regular el servicio eléctrico deberá contemplar adecuadamente la existencia y normal continuidad de dichas entidades cooperativas".

144 El art. 54 inc. n) encomienda a la Autoridad de Aplicación del marco regulatorio de la energía eléctrica, "En los casos que corresponda, coordinar su actividad con el órgano local competente en materia cooperativa".

145 Art. 62 inc. w) dice que el Órgano de Control deberá "En los casos que corresponda, coordinar su actividad con el órgano provincial competente en materia cooperativa".

A todo ello hay que añadir el reconocimiento expreso de la norma a la inclusión de otros cargos distintos al suministro de energía eléctrica en la facturación, resaltando entre sus previsiones al caso cooperativo¹⁴⁶.

De forma menos gravitante, la legislación en materia de energía eléctrica de la Provincia de Córdoba contiene algunas notas distintivas a favor del sector cooperativo. En este sentido, se habilita a las cooperativas prestadoras del servicio de distribución de energía a brindar otros servicios, siempre que los valores sean desagregados y discriminados¹⁴⁷. Asimismo, se las exime¹⁴⁸ de las limitaciones de comercialización establecidas en el régimen general previsto en el artículo 33 de la Ley provincial N° 8.837. Sin perjuicio de lo dicho, la normativa citada pregona como principio la sujeción irrestricta de los entes cooperativos a la regulación general¹⁴⁹, hecho que resulta incuestionable a la luz del contenido del modelo base de contrato de concesión para distribuidoras cooperativas¹⁵⁰ y normativa del ente regulador de los servicios públicos provincial¹⁵¹

A tono con su normativa constitucional, el marco regulatorio del servicio público de energía eléctrica de la Provincia de La Pampa prevé un trato deferente a favor de las cooperativas, principalmente en materia de selección de los sujetos prestadores del servicio¹⁵². En cuanto a los restantes objetos de regulación, no se presentan distinciones de importancia¹⁵³, más allá de cierta

146 Tal es así que el art. 78 del actual marco regulatorio creado por Ley N° 11.769, dice: “Podrán incluirse en las facturas conceptos ajenos a la prestación del servicio público, cuando tal procedimiento hubiera sido expresa e individualmente autorizado por el usuario y aprobado por el Organismo de Control y siempre que se permita el pago por separado de los importes debidos exclusivamente a la prestación del suministro eléctrico”. “En el caso cooperativo, la aprobación mencionada en el párrafo anterior, deberá responder a la normativa específica del Órgano local competente en la materia”. A lo que añade la reglamentación: “En los casos de entidades cooperativas, se requerirá la aprobación por parte del OCEBA, sin perjuicio de la que corresponda al organismo fiscalizador con competencia en la materia, de conformidad a los términos de la Ley de Cooperativas N° 20.337”.

147 Art. 32, 2do párr. de la Ley Provincial N° 8.837.

148 Art. 4º punto 7mo del Contrato de Concesión Base del Servicio Público de Distribución de Energía a Distribuidores Cooperativos, elaborado por el Ministerio de Obras Públicas de la Provincia de Córdoba, julio de 2002.

149 Art. 32, 1er párr. de la Ley Provincial N° 8.837.

150 Contrato de Concesión del Servicio Público de Distribución de Energía a Distribuidores Cooperativos, elaborado por el Ministerio de Obras Públicas de la Provincia de Córdoba, julio de 2002.

151 Resolución General N° 11/2005 y N° 8/2014 del ERSeP, entre otras.

152 Ley Provincial N° 1.101, arts. 4 inc. a) y 21 inc. h). El Art. 4 a) dice: “En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior, el Poder Ejecutivo propenderá a que las necesidades de energía eléctrica sean satisfechas por: a) Municipios, comisiones de fomento, cooperativas de primero o segundo grado, consorcios de vecinos o sociedades de economía mixta o sociedades anónimas donde el Estado posea la mayoría del capital accionario”. El Art. 21 dice: “Es de la competencia específica de la Administración Provincial de Energía: h) fomentar la creación de sociedades cooperativas y de asociaciones entre éstas y el Estado”.

regulación de cargos y subsidios para infraestructuras dispuesta por la autoridad de aplicación y control local¹⁵⁴.

Por último, la Provincia del Neuquén, a pesar de contar con un texto constitucional promisorio en materia cooperativa, lejos está de propender a un régimen de la energía eléctrica que privilegie, proteja o fomente al cooperativismo.

Sin embargo, se destaca que en materia eléctrica el órgano de contralor del servicio en la ciudad de Neuquén habilita a que la empresa prestataria incorpore en la factura tanto el ítem de aporte de capital, como otros servicios que presta la cooperativa (por ejemplo Servicios fúnebres); sin embargo, todos estos ítems y los respectivos aumentos deben ser aprobados por la autoridad.

En conclusión, como podemos ver, la normativa tanto a nivel nacional como a nivel provincial en materia de servicios públicos cooperativos es insuficiente y descoordinada

Esta verdadera anomia presente en la regulación de los servicios públicos en lo que respecta a la naturaleza cooperativista basada en el esfuerzo mancomunado de los propios usuarios, ha sido objeto de reiterados informes y declaraciones surgidos de las federaciones que nuclean geográficamente y/o por rubro a las distintas cooperativas prestatarias de servicios públicos a lo largo y a lo ancho de la Argentina, con el apoyo de la autoridad nacional en materia cooperativa^{155 y}
¹⁵⁶.

Las escasas normas que refieren al carácter cooperativo del prestatario son, a decir verdad, en su mayoría inocuas o intrascendentes, sin reportar cambios sensibles en atención a la especial estructura económico social que presentan los entes cooperativos. Pero fundamentalmente pecan de asimétricas y atomizadas, lejos de propender a un conjunto normativo uniforme y sistemático.

Sólo la regulación programática que surge de algunas constituciones provinciales ha dado pie, como es el caso de las Provincias de La Pampa y Neuquén, a situaciones jurídicas progresivas de las cooperativas cuyo objeto social prevé la prestación de servicios públicos, aunque sólo en lo que atañe a la adjudicación con carácter preferencial.

153 Por ejemplo en materia tarifaria la Ley Provincial N° 1.451 adhiere a las pautas generales del régimen tarifario nacional.

154 Ver al respecto las Disposiciones N° 23/2013 y 34/2013 de la Administración Provincial de Energía de La Pampa.

155 “Subcomisión de Servicios Eléctricos. Informe Anual.” (INAES, 2010), que se encuentra en <http://www.inaes.gob.ar/es/userfiles/file/electricas/informe%202010.doc> (recurso consultado el 18/10/2014).

156 Primer Encuentro Nacional de Federaciones y Cooperativas de Agua Potable y Saneamiento, organizado por el Instituto Nacional de Economía Social —INAES—, año 2009. Este recurso puede ser compulsado en: <http://www.inaes.gob.ar/es/userfiles/file/INFORME%20I%20Jornada.doc> (recurso consultado el 18/10/2014).

Mientras que a nivel legislativo destacamos como positiva la normativa bonaerense regulatoria del sector eléctrico ya que es la que mayor dedicación le brinda al mundo cooperativo, aunque lejos está de representar el ideal pretendido.

En definitiva, los frondosos marcos regulatorios nacionales, que regulan aspectos esenciales pero que asimismo se encuentran elaboradas a la medida de grandes concesionarias prestadoras de servicios monopólicos de gran base territorial, hacen recaer su gran peso normativo sobre aquellos actores de la vida social, sin contemplar su especial régimen (cooperativo) ni su envergadura económico social.

III. Propuestas:

Las cooperativas son diferentes a otro tipo de empresas y, por lo tanto, se requiere que las leyes reconozcan sus particularidades.

De allí que consideramos que los mecanismos para reconocer características distintivas a las cooperativas, como así también promoverlas y fortalecerlas exige adecuar la regulación general de la actividad y los contratos de concesión y licencia a la realidad de las cooperativas de servicios públicos, y por ello proponemos:

a) El uso del mecanismo de “*pass-through*”, es decir de traslación del incremento de costos a tarifa, sin necesidad de agotar la audiencia pública y la aprobación estatal o permitiendo que este último se realice con posterioridad. Los costos que debería permitirse trasladar directamente a tarifa al menos deberían ser el costo laboral y el aumento del insumo a distribuir. Ello así porque son los dos principales componentes de la tarifa y de ese modo podríamos resguardar más eficazmente la ecuación económica financiera y, a su vez, evitaríamos la permanente injerencia del estado en la gestión de este tipo de entidades.

b) La posibilidad de que este tipo de prestadoras puedan ingresar en una facturación única junto al servicio que prestan, tanto el aporte de capitalización, como una alícuota sobre el total de la recaudación destinada a gastos institucionales. El aporte de capitalización permitirá mantener el capital adecuado y posibilitará hacer las inversiones que exige la ampliación y mantenimiento de las redes y el acceso irrestricto al servicio. Por su parte, los gastos administrativos ayudan al sostenimiento de la administración de estas entidades, de allí la importancia de permitir el ingreso de los mismos a una única factura. Además, si no se incorporarán dichos rubros a la factura del servicio, los mismos serían de difícil percepción y además las consecuencias de no hacer frente a ellos no permitiría que la cooperativa suspenda el servicio. No debemos olvidar que el interés de la cooperativa es compartido por los propios socios/usuarios, por lo que si se perjudica los intereses de la sociedad no se puede estar beneficiando los intereses del socio.

La misma solución debe propiciarse para cuando la entidad presta varios servicios, en especial aquellos que tienen un importante contenido social, como sepelios, enfermería, entre otros, que si no se encuentran unidos al cobro del servicio público de principal distribución sería de muy difícil recaudación. Es justo que cuando una empresa de capital se encuentre prestando un servicio público, no se permita ingresar otros servicios a la facturación porque se restringe al consumidor la posibilidad de reclamar por la disconformidad de uno de los servicios sin poner en riesgo el normal funcionamiento del otro. Sin embargo, cuando son los propios usuarios los que decidieron que era importante para los socios y el conjunto de la comunidad la prestación de un servicio social específico y, además, decidieron que el mismo sea incorporado a la factura del servicio principal porque de otro modo sería de difícil recaudación, tal principio general debería ceder, teniendo en cuenta la entidad de la cooperativa como instrumento a través del cual los asociados se autogestionan.

Por su parte, consideramos que se debe permitir el cobro con facturación única de otros servicios que prestan estas entidades, pero con la posibilidad de realizar pagos fraccionados, para evitar un mayor costo de administración.

En Argentina los marcos reguladores no son uniformes en cuanto a la exigencia de no permitir el ingreso de ítems ajenos a la facturación cuando se trata de empresas cooperativas prestatarias de servicios públicos. Así, la provincia de Neuquén permite incorporar a la factura de luz el aporte de capitalización destinado a inversiones y el servicio de sepelio, pero debe hacerse en columnas separadas. La provincia de Córdoba, en relación con el servicio de energía admite dos alternativas: "un sistema de facturación independiente" (una para los servicios esenciales como energía y agua, separada de otra para los demás), o "una facturación única pero con la posibilidad de realizar el pago fraccionado" (es decir que el usuario pueda elegir cuál de los servicios facturado paga en determinada fecha). En la reglamentación de su marco eléctrico la provincia de Buenos Aires permite la incorporación de otros servicios a la misma factura siempre que exista conformidad por parte del usuario y autorización por parte de la Autoridad de contralor, entendiéndose que la conformidad del usuario esta ínsita cuando ha sido la asamblea de asociados quien ha decidido su incorporación.

c) Que no se exija la licitación pública como mecanismo excluyente para seleccionar al prestador del servicio público cuando quien se encuentra prestando el mismo es una cooperativa compuesta por los propios vecinos y usuarios, máxime si se trata de una entidad que viene prestando el servicio de manera continuada durante mucho tiempo. Ello así porque el interés público y el principio de transparencia se encuentran a resguardo cuando se asigna directamente la concesión a una organización conformada por los

usuarios para auto prestarse el servicio. Decimos esto porque los usuarios o la gran cantidad de usuarios que son, a su vez, asociados de una cooperativa de esta especie, son titulares del interés público comprometido y porque, por otro lado, es inverosímil suponer que puedan existir actos de corrupción frente al tipo de organización donde el beneficio económico tiene otras formas de manifestarse.

d) Un régimen sancionatorio acorde con la condición de la cooperativa conformada por los propios usuarios del servicio público, donde se tenga en cuenta que quien debe afrontar las sanciones son los propios asociados/usuarios. Postulamos que, en el caso de las normas regulatorias de la actividad, se permita moderar las sanciones, hacer quitas o implementar esperas, como mecanismos para armonizar dichas normas, con la doble condición de asociado y usuario.

No queremos significar con lo dicho que los marcos regulatorios tengan que considerar diferencias en cuanto a las exigencias que hacen a la supervisión o fiscalización de las condiciones del servicio; cumplimiento de las normas fijadas en los contratos de concesión o licencias; materia de seguridad y procedimientos técnicos, medición y facturación de consumos, entre otros, sino que consideramos que en materia de potestades disciplinarias e imposición de sanciones debe necesariamente contemplarse distinciones importantes teniendo en cuenta justamente la doble condición del usuario.

e) Implementar audiencias públicas prácticas, sencillas y simplificadas para el supuesto de que la entidad superara los 5.000 asociados y su órgano de gobierno se encontrara conformado por delegados, mientras que para las cooperativas que no superaran dicho número debería obviarse dicho procedimiento frente a la semejanza de la audiencia con la reunión de los asociados en las asambleas.

f) Incorporar el agotamiento previo de la instancia societaria para que el asociado/usuario de la cooperativa recién pueda acceder a los canales reclamatorios previstos por las vías reglamentarias. Ello permitiría fortalecer el vínculo asociativo.

Francisco Pascual Volta Díaz. Cooperativismo y patrimonio cultural. El caso del Centro Histórico de la Habana, Cuba.

Resumen:

El artículo muestra los vínculos de una gestión, diferente, a partir de las reformas aprobadas en el actual modelo económico y social en Cuba con el surgimiento de nuevos actores respaldados en el ámbito jurídico. Se mencionan antecedentes adversos de la economía cubana promovidos desde el exterior, sus desafíos y enfrentamientos, lo que motivó legislaciones específicas en la protección del patrimonio cultural; asimismo, el trabajo muestra experiencias exitosas en el contexto del Centro Histórico de La Habana.

Define un enfoque amplio de la relación cooperativas-entidades estatales, el acompañamiento y las influencias mutuas y simultáneas entre el conocimiento jurídico cubano actual y la solución de problemas del desarrollo social integral, para garantizar la sostenibilidad de los valores patrimoniales de la nación.

PALABRAS CLAVE: cooperativismo; patrimonio cultural; políticas económico-sociales; modelo económico cubano.

INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo es exponer el impacto de las relaciones que se establece entre las cooperativas y las entidades administrativas pertenecientes al Estado desde una perspectiva jurídica, identificada en las condiciones actuales del Centro Histórico de La Habana. La puesta en marcha del nuevo Modelo Económico, a partir del año 2012, facilitó el surgimiento de nuevos actores en el horizonte económico del país, como las cooperativas no agropecuarias, que tienen un respaldo legislativo temporal. Esta característica, es fundamental para reconocer la validez que esos cambios generaron en el nuevo marco de relaciones para las entidades económicas no estatales.

En la protección de los bienes del patrimonio cultural tienen gran valor las Convenciones y otros instrumentos jurídicos internacionales porque vinculan a Estados Nacionales mancomunadamente con la misión de preservar bienes valiosos, en beneficio de la humanidad. De igual forma ocurre mundialmente en diferentes temas; como el marco regulatorio del cooperativismo, que encuentra apoyo e información de asociaciones regionales e internacionales, que refuerzan sus principios, valores y conceptos para la toma de decisiones en cada nación o para precisar acciones a través de normativas concretas. Por ejemplo, en la Declaración de la Cumbre Internacional de Cooperativas celebrada en Quebec en el año 2014, quedaron identificados siete compromisos

loables del movimiento cooperativo y mutualistas, que no incluyen los temas sobre el patrimonio cultural auténtico en los países donde se desarrollan las cooperativas.

En la práctica también pudieran coincidir con los valores patrimoniales de cualquier pueblo, es decir, que los motivos sociales en las diferentes dinámicas internas quedarán siempre evidenciados, ello lo hace coherente con una aseveración y es que “...*la dimensión social de las cooperativas surge de su propia naturaleza, a la cual la legislación y las regulaciones administrativas deben plegarse adecuadamente a fin de permitir el pleno desarrollo de todo su potencial*¹⁵⁷” (Cracogna, p-226). Para su explicación en las particularidades de Cuba, quedarán resumidas en sus dos capítulos del texto. En el Primero, se abordará el Patrimonio Cultural y el Segundo, las cuestiones del Cooperativismo.

Las experiencias que muestra el trabajo permiten expresar satisfacción en el desempeño social que asumen las cooperativas no agropecuarias en Cuba vinculadas a los procesos culturales. La participación de la ciudadanía, que es fundamental en la rehabilitación integral de un entorno patrimonial valioso, se fortalece. En el caso del Centro Histórico de La Habana, un espacio especialmente protegido por normativas legales quedó mandatado en el Decreto Ley No. 143¹⁵⁸ que expresa: “*Preservar la memoria material y espiritual de la capital de la República de Cuba como expresión de la historia nacional, divulgándola y honrándola por todos los medios de difusión natural y técnico-científicos y por su acción continua sobre estos bienes de la nación*”.

Procura una panorámica de la situación actual del Centro Histórico de La Habana, regido por políticas y premisas en función de la sostenibilidad de un modelo de gestión de desarrollo integral, diseñado para articular análisis de documentos rectores de la nación, con otros de escala local en un Plan Estratégico de Desarrollo Integral del Centro Histórico de La Habana, conocido como PEDI¹⁵⁹, definido como “...un instrumento de planificación de nuevo tipo que recoge el conjunto de herramientas fundamentales para pautar el ordenamiento territorial y urbano y el desarrollo integral del Centro Histórico”.

I. EL PATRIMONIO CULTURAL. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

1.1. Antecedentes

Iniciamos este apartado del trabajo con un texto del Historiador de la Ciudad de La Habana Eusebio Leal Spengler¹⁶⁰ en el que expresa:

¹⁵⁷DanteCracogna: Las cooperativas y su dimensión social, p-226

¹⁵⁸Decreto Ley 143 del 30 de Octubre de 199, Sobre La Oficina del Historiador de la Ciudad de La Habana, Artículo 6,1 inciso a)

¹⁵⁹Se encuentra en elaboración el Plan Estratégico de Desarrollo Integral 2020 (PEDI 2020, Prólogo p,X)

¹⁶⁰Eusebio Leal, "Patrimonio tangible e intangible dos ópticas, un mismo reto". 8th OWHC WorldSymposium, Cusco, Perú, 2005

“...El caso del centro histórico de La Habana goza de un privilegio; el Estado cubano, ante una situación de grave crisis económica a principios de la década de los 90, adoptó una sabia postura: apoyó con un fuero legal especial a la Oficina del Historiador de la Ciudad, una institución pionera en los avatares de la protección patrimonial, con casi setenta años de experiencia, responsabilizándola de la rehabilitación integral del centro histórico de forma autofinanciada”

El Estado garantiza la continuidad de la cultura cubana, por el mandato de los postulados expresados en la Constitución de la República de Cuba en su artículo 39 inciso h) que establece: *h) el Estado defiende la identidad de la cultura cubana y vela por la conservación del patrimonio cultural y la riqueza artística e histórica de la nación. Protege los monumentos nacionales y los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico;*

La Habana Vieja y su Sistema de Fortificaciones Coloniales fue declarada ejemplo de Patrimonio de la Humanidad los días 13 al 17 de diciembre del 1982 en la sede de la UNESCO en París, e incluida en la Lista del Patrimonio Mundial, bajo los criterios IV y V de su Reglamento. Con el tiempo, aparecieron otras, hasta totalizar cinco ciudades en el país. Ello significó que para cumplir los compromisos internacionales de protección dispuestos por los organismos internacionales para esas Ciudades del Patrimonio Mundial ubicadas en Cuba, el Estado cubano tuvo que concretar decisiones, y evaluar consecuencias, para que no se alteraran las condiciones y requisitos que avalan esa condición de “Patrimonio de la Humanidad” otorgados. Una condición que puede perderse, si no se toman las medidas de gestión y resguardo adecuadas, dispuestas por la comunidad internacional.

1.2. Evolución

Las primeras Leyes de la última etapa constitucional en Cuba en el año 1976, fueron las Leyes¹⁶¹No.1 y No. 2, referidas a la protección del patrimonio cultural de la nación y su órgano rector el Ministerio de Cultura de la República de Cuba y las entidades que lo conforman. Mantener una política coherente en el contexto interno cubano significó trazar y garantizar estrategias culturales. Las máximas instancias administrativas del Estado ,realizaron una estrategia sin precedente, ante las limitaciones económicas que a diario enfrenta el país con el injusto bloqueo del gobierno de los Estados Unidos hacia Cuba. Se decidió la promulgación y difusión del Decreto-Ley No. 143y la publicación posterior de nuevos instrumentos jurídicos que lo complementan; significó el comienzo para la aplicación de un nuevo modelo de gestión del patrimonio cultural en Cuba.

¹⁶¹Ley No.1 “Ley de Protección al Patrimonio Cultural” de 4 de agosto de 1977 y Ley de Monumentos Nacionales y Locales “de 4 de agosto de 1977

La Oficina del Historiador de la Ciudad de La Habana adquirió la autoridad y jerarquía que precisaba mediante el Decreto Ley 143, y desplegó su propio modelo de gestión que considera al sujeto como protagonista de la transformación y desarrollo integral del territorio expresamente delimitado, tomando como eje transversal a la cultura. En ese proceso, se trata de garantizar la sostenibilidad en las diferentes áreas de actuación contenidos en el Plan Estratégico de Desarrollo Integral.(PEDI) que define premisas, objetivos generales y específicos y la determinación del plan. Por ejemplo, el Plan previene que los emprendimientos (especialmente las cooperativas) respetuosos de los principios de la economía social y solidaria encuentren asidero en las políticas y premisas que anticipan la sostenibilidad del desarrollo integral del territorio. Refuerza los programas del acompañamiento al cooperativismo y otras formas de economía social y solidarias, vinculadas con la cultura y al ser humano como sujeto fundamental de la obra rehabilitadora.

II. EL COOPERATIVISMO.ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

2.1. Antecedentes

Las cooperativas en Cuba antes de la Revolución cubana de 1959 estuvieron pobremente reguladas. Posterior a ese año, cobraron protagonismo las cooperativas incentivadas por los programas revolucionarios, pero quedaron limitadas al sector agropecuario y así plasmadas en la Constitución¹⁶². Es en el año 2012 que se produce la extensión hacia otras esferas de trabajo, y surgen las Cooperativas No Agropecuarias (CNA). Estos cambios fueron consecuencias del nuevo contexto económico y social del país, previsto en los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución.

Los instrumentos jurídicos¹⁶³ promulgados clasifican a las cooperativas por la actividad que desarrollan en: cooperativas *agropecuarias* (existentes ya en el país desde la década del 1960) y las *cooperativas no agropecuarias* (a partir del 2012). Por su composición pueden ser Cooperativas de Primer Grado, que se forman por al menos 3 personas naturales y las Cooperativas de Segundo Grado, que integran dos o más cooperativas de primer grado, en función de lograr mayor eficiencia en organizar actividades complementarias.(Ver tabla)

¹⁶² Artículo 20 de la Constitución socialista cubana de 1976 (actualizada)

¹⁶³ Está referido al Decreto-Ley No. 305 del Consejo de Estado: "De las Cooperativas No Agropecuarias" el Decreto-Ley No. 306 del Consejo de Estado: "Del Régimen Especial de Seguridad Social de los Socios de las Cooperativas No Agropecuarias" y el Decreto No. 309 del Consejo de Ministros: "Reglamento de las Cooperativas No Agropecuarias de Primer Grado", publicada en la Gaceta Oficial No. 053 Extraordinaria de 11 de diciembre de 2012.

TABLA: Tipos de cooperativas existentes en Cuba y legislación vigente.(Formulación del autor)

COOPERATIVAS AGROPECUARIAS					
COOPERATIVAS DE PRODUCCIÓN AGROPECUARIAS		COOPERATIVAS DE CRÉDITOS Y SERVICIOS		UNIDAD BÁSICA DE PRODUCCIÓN COOPERATIVA	
<p>Ley No.95 “Ley de Cooperativas de Producción Agropecuaria y de Créditos y Servicios”, de 2 de noviembre del 2002, derogó la Ley No.36, “Ley de Cooperativas Agropecuarias”, de 22 de julio de 1982, que establece el patrimonio de las Cooperativas de Producción Agropecuaria. Decreto-Ley 142 “Sobre las Unidades Básicas de producción cooperativas” de 20 de septiembre de 1993.</p>					
COOPERATIVAS NO AGROPECUARIAS					
COOPERATIVAS PRIMER GRADO			COOPERATIVAS SEGUNDO GRADO		
COOPERATIVAS DE TRABAJO	COOPERATIVAS DE TRABAJO	COOPERATIVAS DE TRABAJO	COOPERATIVAS PRIMER GRADO	COOPERATIVAS PRIMER GRADO	COOPERATIVAS PRIMER GRADO
<p>Decreto-Ley No. 305 “De las cooperativas no agropecuarias” de 15 noviembre de 2012. Decreto No. 309 Reglamento de las cooperativas no agropecuarias de Primer Grado de 28 noviembre de 2012. También están vigentes otras normativas sobre impuestos, contribución y licitaciones.</p>					

2.2. Evolución

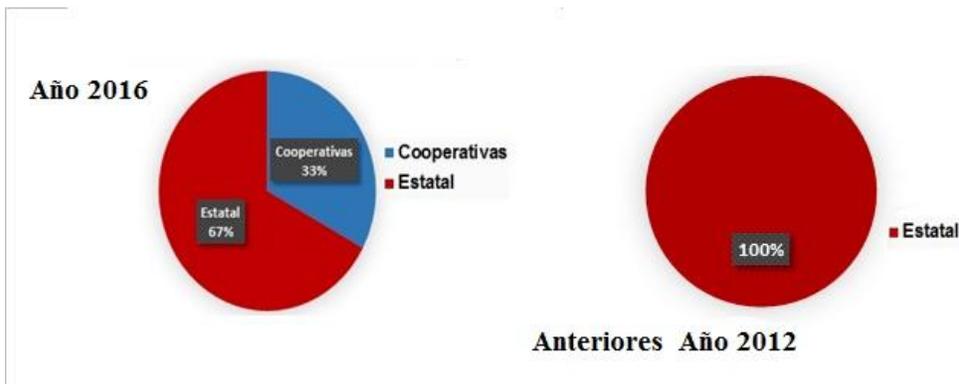
En el contexto territorial del Centro Histórico, el fomento de las cooperativas no agropecuarias se incorpora en sectores de interés de las estrategias para el proceso de rehabilitación integral del Centro Histórico de La Habana. La Oficina del Historiador de la ciudad de La Habana tiene que emplear personal especializado en la conservación y restauración del patrimonio mueble e inmueble. Por tal motivo, representa una oportunidad, vincular las artes y oficios tradicionales con la preservación y mantenimiento del patrimonio cultural valioso por su autenticidad, o por la excelencia de los servicios culturales asociados.

En un inicio se concibió y ha mantenido en funcionamiento una Escuela Taller “Gaspar Melchor de Jovellanos”, donde adquieren y perfeccionan habilidades profesores y estudiantes en antiguos oficios de arraigo popular como la forja, carpintería, vidriería, albañilería, cantería, etc. En su formación los egresados, además de obtener los conocimientos propios de su profesión, tienen posibilidad de emplearse como maestros del oficio en las empresas constructoras propias de la Oficina del Historiador, o también, pueden acogerse a las nuevas formas de gestión no estatal aprobadas desde el año 2011. Las cooperativas podrán constituirse en cualquier actividad de

producción o servicios, a partir del visto bueno del organismo que rige la actividad en el país, según lo dispuesto por la política económica actual.

Las cooperativas no agropecuarias en el proceso de rehabilitación integral del Centro Histórico de La Habana comienza en septiembre del 2013 con el acto de presentación oficial de dos cooperativas no agropecuarias de primer grado promovidas por la Oficina: la cooperativa de vidriería Vitria y la cooperativa de metales Calflat. Sus integrantes son estudiantes jóvenes, tres mujeres y tres hombres egresados de la Escuela Taller Gaspar Melchor de Jovellanos. Además existen 17 cooperativas con domicilio oficial en La Habana Vieja y otras que realizan su trabajo en el territorio, fundamentalmente en acciones constructivas, a partir del 2012.

En el gráfico: Acciones Constructivas realizadas en viviendas sociales en el Centro Histórico de La Habana (Formulación del autor)



Los resultados de investigaciones realizadas por el Plan Maestro de la Oficina del Historiador de la Ciudad de La Habana, sobre las nuevas formas de gestión económicas, ofrecen información y las problemáticas de los cooperativistas en aspectos como: el tipo de actividad económica, los intereses y motivaciones, las características demográficas y laborales de las personas y otros datos estadísticos para la visibilidad y la formulación de los análisis.

La necesidad de garantizar la protección con los mecanismos adecuados, considerando que se trata del patrimonio valioso a rehabilitar y mantener, hizo imprescindible definir distintos niveles de acompañamiento a brindar desde las instituciones públicas, para evaluar las formas de proceder, detectar insuficiencias para la educación y transmitirlos conocimientos a todos los interesados.

Para apoyar la educación cooperativa, entre los problemas esenciales identificados. Se creó un programa de talleres, conferencias y seminarios donde participaron estudiantes de la Escuela Taller. Investigadores de diferentes centros, emprendedores interesados y decisores públicos. Un

ejemplo fue la celebración del III Taller sobre Cooperativas, que tuvo lugar en La Habana Vieja en septiembre/octubre de 2014. Además de manera colectiva se construyó un plegable informativo dirigido especialmente a la población del Centro Histórico, y para aquellos que quisieran ejercer oficios tradicionales en el entorno patrimonial, con los demás requisitos a cumplimentar, dispuestos por las normativas vigentes.

Las formas de acompañamientos a las cooperativas en el territorio fueron definidas por el equipo de trabajo y en especial, desde la psicología social, de la manera siguiente:

-Acompañamientos de *nivel básico* que responde a la solicitud de asesoría metodológica, lo que implica asesorar, capacitar y dar seguimientos (estructuración de ideas, elaboración de documentos y proyectos, etc.)

- Acompañamientos de *nivel superior* que comprende la solicitud de recursos, que pueden ser espacios públicos, locales o inmuebles, materias primas específicas, equipamientos y apoyo financiero, además de los elementos que comprende un acompañamiento de nivel básico.

Conclusiones

A manera de conclusiones diremos lo siguiente:

- Fortalecer las relaciones Estado–Cooperativas. Es necesario por el respaldo que puede proporcionar el movimiento cooperativo para la salvaguarda del patrimonio cultural de los pueblos y los Estados repercutir con el acompañamiento a las cooperativas en aquellas actividades relacionadas directamente con la conservación y rehabilitación y especialmente en la recuperación de las artes y oficios tradicionales.
- Resolver las cuestiones inherentes al marco legal, insuficiente para el desarrollo del cooperativismo en Cuba. En ese sentido deben incluirse, los resultados de estudios y experiencias sobre las cooperativas y otras acciones autogestionarias en las condiciones cubanas. Las relacionadas con el reconocimiento de la propiedad cooperativa y las actividades de autogestión, en su relación con la protección del patrimonio cultural de la nación.
- Incrementar el apoyo a los procesos de educación cooperativa y concientización de los actores públicos, como real problema a resolver para desarrollar el cooperativismo e incluir como propuesta, en los compromisos del movimiento cooperativo internacional la defensa

de la identidad, autenticidad y conservación del patrimonio cultural de los pueblos y la riqueza artística e histórica de la nación.

Bibliografía y Fuentes

CUBA, MINISTERIO DE JUSTICIA: Gaceta Oficial de la República de Cuba

CRACOGNA, DANTE: Las cooperativas y su dimensión social, p-226, en www.derecho.uba.ar/publicaciones/...en.../las-cooperativas-y-su-dimension-social.pdf

Desafío de una utopía. Una estrategia integral para la gestión de salvaguarda de La Habana Vieja, La Habana, 2001.

Guía para la Constitución de cooperativas No Agropecuarias: Colectivo de Autores Unidad Central “Marta Abreu” de Las Villas, Editorial Caminos, La Habana 2014

LEAL SPENGLER, EUSEBIO: Para no olvidad (I y II). La Habana, 2000.

LEAL SPENGLER, EUSEBIO: “Patrimonio tangible e intangible dos ópticas, un mismo reto”

8th OWHC World Symposium, Cusco, Perú, 2005 vínculo: [Eusebio Leal](#),

Legislación: Una Herramienta, colectivo de autores. Editorial Academia. 1999.

Manual para la constitución de cooperativas de la producción y servicios de la vivienda: Colectivo de Autores, ISBN 978-959-204.357.2, Ediciones Luminarias, 2013

Una experiencia singular. Valoraciones sobre el modelo de gestión integral de La Habana Vieja, Patrimonio de la Humanidad, La Habana, 2006.

RODRÍGUEZ-MUSA, ORESTES: Artículo: La cooperativización en la economía cubana. Aproximación a sus actuales directrices constitucionales. Revista Científica Avances. ISSN 15-3297. Vol. 14 No. 4 octubre-diciembre, 2012

Protección del patrimonio cultural, compilación de textos legislativos. Consejo Nacional de patrimonio cultural. MINCULT, 2002.

VELÁZQUEZ QUINTIÁN, SARAY Y BARRERA RODRÍGUEZ, SEIDA: Artículo: Una mirada con enfoque de género a la legislación y la realidad de una cooperativa no agropecuaria cubana. ISSN 0327 1919. P. 79 – 92, Revista Idelcoop, N° 218, marzo, 2016.

VOLTA DÍAZ, FRANCISCO P. TRABAJO DEL CURSO: La Habana Vieja: un modelo público de rehabilitación integral sostenible, ¿Es posible la aplicación del modelo de gestión de la Oficina del Historiador de la Ciudad de La Habana en otras Ciudades Históricas de Cuba?, Ciudad de La Habana, noviembre -2007. www.planmaestro.ohc.cu

Carta Internacional para la Conservación de Poblaciones y Áreas Urbanas Históricas (1987). (Adoptada por ICOMOS en octubre de 1987)

Convenciones y Recomendaciones de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural, Talleres de la UNESCO, 1983

Legislación Consultada:

Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976 Gaceta Oficial Edición Extraordinaria No. 7 de 1 de agosto de 1992.

Ley No.1 “Ley de Protección al Patrimonio Cultural” de 4 de agosto de 1977 Gaceta Oficial No. 29 Edición Ordinaria de fecha 6 agosto de 1977

Ley No. 2 “Ley de Monumentos Nacionales y Locales “de 4 de agosto de 1977 Gaceta Oficial No. 29 Edición Ordinaria de fecha 6 agosto de 1977

Decreto-Ley No. 143 Sobre La Oficina del Historiador de la Ciudad de La Habana. (Concordado) Gaceta Oficial No. 4 Edición Extraordinaria de fecha 20 enero de 2015.

Decreto No. 55 de fecha 29 de noviembre de 1979“Reglamento de la Ley No.2”. Publicado en la Gaceta Oficial Edición Ordinaria Número 40 de fecha 18 de diciembre de 1979

Ley No.95 “Ley de Cooperativas de Producción Agropecuaria y de Créditos y Servicios”, de 2 de noviembre del 2002, que derogó la Ley No.36, “Ley de Cooperativas Agropecuarias”, de 22 de julio de 1982,

Decreto-Ley 142 “Sobre las Unidades Básicas de producción cooperativas” de 20 de septiembre de 1993

Decreto-Ley No. 305 de Consejo de Estado: “De las Cooperativas No Agropecuarias”. Gaceta Oficial No. 053 Extraordinaria de 11 de diciembre de 2012

Decreto-Ley No. 306 del Consejo de Estado: "Del Régimen Especial de Seguridad Social de los Socios de las Cooperativas No Agropecuarias" Gaceta Oficial No. 053 Extraordinaria de 11 de diciembre de 2012

Decreto No. 118 de 23 de septiembre de 1983 "Reglamento de la Ley No.1". Publicado en Gaceta Oficial de La República de Cuba, Edición Ordinaria No. 101, La Habana, 3 de noviembre de 1983,

Decreto No. 309 del Consejo de Ministros: "Reglamento de las Cooperativas No Agropecuarias de Primer Grado" Gaceta Oficial No. 053 Extraordinaria de 11 de diciembre de 2012.

Antonio José Sarmiento Reyes. Particularidades de la regulación legal de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada

1. Introducción

Debido a los delitos contra el patrimonio que se presenta en muchas ciudades latinoamericanas, la seguridad privada ha cobrado gran importancia desde hace varios años. Esta se ha convertido en una fuente de empleo para muchas personas que son contratadas por empresas comerciales que prestan estos servicios.

Al lado de las empresas comerciales han surgido cooperativas de vigilancia y seguridad privada en algunos países, las cuales se rigen por los valores y principios cooperativos, por la legislación de cooperativas de cada Estado y por las normas legales que regulan la prestación de estos servicios por los particulares.

Estas cooperativas tienen algunas particularidades que generan la necesidad de expedir normas especiales por su actividad. Igualmente, en relación con la legislación cooperativa ofrecen ciertas excepciones a las reglas generales aplicables a la mayoría de las cooperativas, lo que amerita su estudio y desarrollo.

El objetivo de esta ponencia es analizar de manera sucinta las características particulares de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada, en relación con las empresas comerciales y las cooperativas en general, para encontrar los aspectos centrales que justifican su regulación especial.

2. Generalidades de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada

En principio, las cooperativas de vigilancia y seguridad privada se rigen por la ley general de cooperativas de cada país en cuanto a su naturaleza; y en cuanto a los servicios que prestan a terceros, por las normas que regulan la actividad de vigilancia en cada legislación. Estas últimas son comunes tanto a las cooperativas como a las empresas comerciales de seguridad.

Sin embargo, un análisis más en detalle nos lleva a considerar que existen particularidades de estas cooperativas que las diferencian, tanto de las empresas comerciales de seguridad como de las cooperativas en general.

Uno de estos aspectos es el tipo de cooperativa que se puede constituir para la prestación de los servicios mencionados. Al respecto, el artículo 9 de la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina contempla que, *conforme con su naturaleza, las cooperativas pueden ser:*

- *De trabajo asociado.*
- *De consumidores o usuarios.*
- *Mixtas.*

Igualmente, pueden dedicarse a prestar un servicio especializado o servicios múltiples.

El análisis correspondiente nos lleva a considerar que las cooperativas de vigilancia y seguridad privada solo pueden ser de trabajo asociado; no pueden ser de consumidores o usuarios.

En efecto, en el Congreso de Manchester (Inglaterra) de 1995, la ACI definió lo que es una cooperativa, de la siguiente manera:

Una cooperativa es una asociación autónoma de personas que se han unido voluntariamente para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente controlada.

De entrada se observa que no tiene cabida la satisfacción de necesidades de seguridad privada para los propios asociados. Esto se ha desconocido en algunas legislaciones, como sucedió en el caso colombiano, en el que en gobiernos anteriores se habían creado las denominadas “cooperativas de seguridad” (CONVIVIR)¹⁶⁴, para prestar supuesta mente servicios de seguridad a sus propios asociados. Muchas de estas seudocooperativas terminaron por convertirse en grupos armados al margen de la ley. De ninguna manera encuadraban dentro de las clases de necesidades señaladas en la Declaración de Identidad de la ACI.

Por lo tanto, solo queda la posibilidad de crear cooperativas de vigilancia y seguridad privada bajo la forma de cooperativas de trabajo asociado.

Ahora, en las cooperativas de trabajo asociado se distingue entre el *objeto del acuerdo cooperativo*, que es crear y mantener puestos de trabajo para sus asociados; y la *actividad*

¹⁶⁴ Este tipo de cooperativas fueron creadas mediante el Artículo 42 del Decreto Ley 356 de 1994 que dispuso: **Artículo 42º.-** *Definición. Se entiende por servicio comunitario de vigilancia y seguridad privada, la organización de la comunidad en forma de cooperativa, junta de acción comunal o empresa comunitaria, con el objeto de proveer vigilancia y seguridad privada a sus cooperadores o miembros dentro del área donde tiene asiento la respectiva comunidad.*

Parágrafo 1º.- *Los servicios comunitarios de vigilancia y seguridad social privada no podrán prestar servicios de vigilancia y seguridad privada a ningún título a personas diferentes de los cooperadores o miembros, o fuera del área autorizada.*

Parágrafo 2º.- *El Gobierno Nacional podrá reglamentar esta actividad.*

*instrumental*¹⁶⁵ o actividad socioeconómica adelantada como medio para lograr tal fin, que es la de prestar servicios de vigilancia y seguridad privada a terceros.

Esto es diferente a las empresas comerciales de seguridad privada, en las que su objeto es la prestación de servicios de vigilancia y seguridad a terceros; como sucede con el objeto de las sociedades comerciales en general, el cual no está dirigido a sus socios sino a terceros.

3. Limitaciones al derecho de libre asociación y al primer principio universal del cooperativismo

Otra particularidad de estas cooperativas está en el hecho de que, mientras en las cooperativas, generalmente pueden ser asociados personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, en las cooperativas de trabajo asociado de vigilancia y seguridad privada solo pueden ser asociados las personas naturales nacionales de cada país¹⁶⁶, pues por razones de seguridad nacional se prohíbe y se justifica prohibir el acceso a armas y a información de seguridad a los ciudadanos extranjeros.

Aquí se encontraría una limitación justificada al primer principio universal del cooperativismo: “Adhesión voluntaria y abierta” en un doble sentido. En primer término, solo las personas naturales podrían ser asociadas, pues se trata de cooperativas de trabajo asociado; contrario sensu, no habría cabida para que personas jurídicas se asociaran. En segundo lugar, solo quienes sean reconocidos como nacionales del respectivo país podrían ser asociados, pues razones de seguridad nacional llevan a esta justificada limitación.

Pero es más, todavía en un tercer sentido, como sucede en todas las cooperativas de trabajo asociado, es evidente que aspectos económicos, financieros y empresariales también conllevan limitaciones justificadas al principio de puertas abiertas. Es así como aplicando la ley de los rendimientos decrecientes de la economía o el concepto de tamaño ideal de la empresa, de la administración de empresas, se llega a la conclusión que no es posible admitir a todos los asociados que soliciten su ingreso, pues si no existen puestos de trabajo disponibles no es viable para la cooperativa vincular nuevos trabajadores asociados.

Si lo intentara, no solo no podría brindarles un trabajo a los solicitantes, sino que afectaría a quienes ya se encuentran vinculados, pues hay pagos como los de seguridad social que tendría

¹⁶⁵Para el caso colombiano, el Decreto 4588 del año 2006 distingue de una manera clara el objeto social de la actividad instrumental de las cooperativas de trabajo asociado, de la siguiente manera: “**Artículo 5°. Objeto social de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.** El objeto social de estas organizaciones solidarias es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. En sus estatutos se deberá precisar la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo, en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales, sobre la materia.”

¹⁶⁶ Esta restricción normativa fue demandada ante la Corte Constitucional, la cual mediante Sentencia C 123 del año 2011 declaró que los artículos demandados eran exequibles.

que asumir la cooperativa así los nuevos trabajadores asociados estuvieran cesantes. De la misma manera, estaría obligada a brindarles los demás beneficios económicos o extraeconómicos previstos para todos los trabajadores asociados, sin contraprestación alguna.

Al respecto, conviene recordar que el derecho de asociación no solo se predica de quienes desean ingresar a una cooperativa, sino que la cooperativa como persona jurídica que es, también tiene ese derecho fundamental consagrado en las diferentes constituciones políticas de los países latinoamericanos. Por lo tanto, existen razones válidas para no admitir a nuevos trabajadores asociados sin que se pueda alegar la vulneración de su derecho de libre asociación ni el primer principio universal del cooperativismo de adhesión voluntaria y abierta.

4. Especialidad y multiactividad

El mencionado artículo 9 de la Ley Marco para las cooperativas de América Latina, señala que las cooperativas pueden dedicarse a prestar un servicio especializado o servicios múltiples. Este es otro aspecto particular en las cooperativas de vigilancia y seguridad privada.

En efecto, las cooperativas de vigilancia y seguridad privada, en cuanto a su actividad instrumental, son obligadas por la ley a prestar solo ese servicio a terceros¹⁶⁷, por lo que fácilmente se confunde la *actividad instrumental* con el *objeto social* y se piensa que estas cooperativas no pueden ser de servicios múltiples.

En realidad, además de brindarles y mantener puestos de trabajo para sus asociados, las cooperativas de vigilancia y seguridad privada podrían prestarles otros servicios como crédito, recreación y demás, que contribuyan a la satisfacción de otras necesidades y aspiraciones, no solo económicas sino sociales, culturales o ambientales de sus trabajadores asociados. Esto para nada interfiere con la especialización de la actividad instrumental a terceros.

Con otras palabras, a los terceros solo se les podrían prestar servicios de vigilancia y seguridad privada, no se podrían mezclar con servicios de mensajería, transporte u otros. Pero a los asociados, que son la razón de ser de la cooperativa, no solo se les puede prestar el servicio consistente en brindarles y mantenerles puestos de trabajo sino que se puede, como en las cooperativas de usuarios o de servicios, satisfacerles diferentes tipos de necesidades y aspiraciones que los mismos persigan.

Desde luego, hay ciertas actividades que no se deberían mezclar en el objeto de una cooperativa de trabajo asociado cuya actividad instrumental sea la de prestar servicios de vigilancia y seguridad privada a terceros. Tal es el caso de la actividad financiera de ahorro y crédito, por su

¹⁶⁷ Para el caso colombiano dicha restricción se encuentra establecida en el Parágrafo 1 del Artículo 23 del Decreto Ley 326 de 1994, tal y como se cita a continuación: "**Parágrafo 1º.**- Únicamente podrán constituirse como cooperativas de vigilancia y seguridad privada, las cooperativas especializadas."

especialidad y por los riesgos particulares que la actividad financiera conlleva. Es mejor que estas cooperativas sean especializadas en esa actividad y que presten sus servicios financieros exclusivamente a asociados y no a tercero; menos si se trata de servicios a terceros que constituyan unidades de negocios diferentes e igualmente especializados, como los servicios de vigilancia o de transporte, por ejemplo. Podría decirse que no cabe una “doble especialización” en una misma cooperativa. Es decir, que cuando por ley o por razones económicas, legales u otras, una actividad deba ser especializada, lógicamente no es posible desarrollarla junto con otra que también requiera ejercerse en forma especializada.

Igual sucede con servicios como los de salud, que requieren de un alto grado de especialidad y que no tendría cabida que se prestaran simultáneamente con los de vigilancia y seguridad privada.

5. Particularidades del régimen disciplinario

El régimen disciplinario de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada, por el solo hecho de ser cooperativas de trabajo asociado, ya tiene unas particularidades que las diferencian de las cooperativas de usuarios o servicios; pero además, dentro de lo específico de las cooperativas de trabajo asociado, ofrece singularidades en razón de la actividad que desarrollan los guardas de seguridad en beneficio de la comunidad en general.

Como cooperativas de trabajo asociado que son, se debe distinguir claramente entre las faltas que cometen los asociados en relación con su carácter de miembros de la cooperativa y aquellas en las que incurrir con ocasión de la prestación de servicios como trabajadores asociados de aquella.

Así, por ejemplo, el incurrir en mora cuando se les otorga un crédito, el no participar en las actividades como asambleas, capacitaciones u otras, podrían implicar la imposición de sanciones en calidad de asociados, incluyendo la exclusión de la cooperativa, dado el caso, que nada tienen que ver con su desempeño laboral como trabajadores del servicio de vigilancia y seguridad privada (guardas o vigilantes). Por el contrario, el llegar tarde al puesto del trabajo o abandonarlo sin permiso, serían ejemplos de faltas disciplinarias relacionadas con el desempeño de la labor de guardas de seguridad.

En nuestra opinión, las faltas que se relacionan con el desempeño laboral deberían estar en el régimen de trabajo asociado y no en el estatuto de la cooperativa; mientras que las que hacen relación a su carácter de miembro de la cooperativa deberían estar en el estatuto. Desde luego, tendría que haber una conexión en el sentido que la pérdida del trabajo por faltas contempladas en el régimen de trabajo asociado conllevaría el estar incurso en una causal para la pérdida de la calidad de asociado de la cooperativa.

De lo contrario se armaría un verdadero caos y la empresa de vigilancia, como prestadora de servicios a terceros, se volvería ineficiente. Esto se demuestra con el ejemplo del guarda de seguridad que no va a su puesto de trabajo o lo abandona injustificadamente. Si las medidas sancionatorias estuvieran en el estatuto, habría que adelantarle todo un debido proceso como asociado, incluyendo apertura de la investigación disciplinaria, formulación de cargos, descargos, práctica de pruebas, sanción y recursos en dos instancias, para garantizar sus derechos fundamentales. Esto haría que las cooperativas de seguridad y vigilancia privada quedaran en desventaja frente a otras empresas comerciales en las que si un trabajador no cumple con sus labores puede ser objeto de medidas eficaces y ágiles como despido con o sin justa causa.

Como asociación y empresa que es, simultáneamente, es decir, en razón de su doble naturaleza, en una cooperativa de seguridad y vigilancia privada se deben distinguir los dos regímenes disciplinarios para que la empresa pueda funcionar eficaz y eficientemente; y la asociación o grupo de personas, puedan ser objeto de un régimen disciplinario adecuado, independiente del relativo a su desempeño laboral en el correspondiente puesto de trabajo.

Ahora bien, los servicios de vigilancia y seguridad privada, ofrecen causales especiales para sanciones a los trabajadores asociados que atañen a la particularidad misma del servicio. Un ejemplo sería el porte de armas sin estar autorizado o cuando las armas son en custodia y no tenencia y por ende, deben quedar en el puesto de trabajo y el asociado trabajador las lleva a su domicilio personal. Igualmente, el dormir en horas de servicio o abandonar el puesto, revisten características de gravedad mayores que en otro tipo de trabajos. Por lo tanto, las faltas disciplinarias y las sanciones deben ser diferentes a las de otras cooperativas.

Se trata de encontrar un justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de los asociados como miembros de la cooperativa y como trabajadores de la misma.

6. Ejercicio del principio de gestión democrática

A diferencia de lo que ocurre en la mayoría de las cooperativas, el principio de gestión democrática se ve obstaculizado en las cooperativas de vigilancia y seguridad privada con ocasión de las labores desarrolladas por sus miembros, quienes frecuentemente tiene turnos de trabajo bastante largos con subsiguientes jornadas de descanso. Es prácticamente imposible lograr la participación de la totalidad de los asociados en una asamblea general, pues no es posible dejar de prestar los servicios de vigilancia en forma masiva, dejando desprotegidos a los terceros que los contratan con la cooperativa.

Esto implica diseñar sistemas especiales de participación democrática asincrónicos, como el caso de urnas de votación móviles que lleguen a los puestos de trabajo de los asociados, quienes no pueden desplazarse. Igualmente, exige la implementación de diversas opciones de votos, como el

electrónico. Estas dificultades se agudizan en los países en los que las legislaciones cooperativas no permiten el otorgamiento de poderes a los asociados para participar en las asambleas.

Aún en el evento de acoger el mecanismo de asambleas por delegados, es muy complicado lograr que los descansos de los turnos de trabajo coincidan para que todos los delegados puedan ir a representar a sus electores en los eventos democráticos.

Aquí es necesaria la innovación para que no se desconozca el derecho de participación democrática a ningún asociado, pero a la vez, el ejercicio del mismo se adecúe a las necesidades del servicio.

Ni siquiera el empleo de medios tecnológicos como skype, chats u otros, para realizar asambleas no presenciales soluciona satisfactoriamente el problema, pues participar en forma simultánea en las deliberaciones no es viable, ya que mientras unos están activos otros están de descanso; mientras unos laboran otros duermen.

Más fácil es la toma de solo decisiones, que puede ser por votos emitidos en forma asincrónica en lugar de simultánea.

Estas mismas dificultades planteadas se pueden extrapolar a asuntos como los horarios de atención a los asociados por parte del personal directivo y administrativo de la cooperativa.

7. Causales de disolución y liquidación

De otra parte, en cuanto a las casuales de discusión y liquidación, una de estas es la imposibilidad de desarrollar el objeto social, la que es consagrada a nivel de la ley de cooperativas de cada país y a nivel del Estatuto.

Como las cooperativas de vigilancia y seguridad privada, en razón de su actividad especial, requieren de autorización del Estado para prestar los servicios de seguridad privada a terceros, cuando se le niega la respectiva licencia, se piensa que la cooperativa queda incurso en esta causal que le impide desarrollar su objeto.

Sin embargo, en esta interpretación se incurre en un error, pues el objeto del acuerdo cooperativo, como se ha aclarado, no es la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada a terceros, sino brindar y mantener puestos de trabajo a sus asociados.

Por lo tanto, si se niega la licencia para el servicio de seguridad privada, bien podría la cooperativa reformar su estatuto y cambiar la actividad instrumental por otra, por ejemplo, servicios de mensajería, pues lo importante es encontrar una actividad para crear y mantener los puestos de trabajo.

Al modificarse la actividad instrumental no habría lugar a considerar que la cooperativa debe disolverse y liquidarse. Desde luego, si esto no fuera posible y la única actividad a desarrollar por sus trabajadores asociados, deseada por estos, fuera la de vigilancia, entonces sí, la negación de la autorización ocasionaría incurrir en imposibilidad de desarrollar el objeto, que es dar trabajo a los asociados; caso en el cual, la cooperativa tendría que disolverse y liquidarse.

8. Conclusiones

Como se observa de los aspectos particulares señalados anteriormente, se requiere hacer un análisis a nivel de la doctrina y las particularidades propias de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada para poder determinar su diferencia, no solo con las empresas comerciales de seguridad, sino con las normas generales que rigen a la mayoría de las cooperativas.

En esta forma es posible desarrollar una regulación adecuada para este tipo especial de cooperativas que debido a la gran demanda de servicios de seguridad privada en los diferentes países, está llamada a impulsar la creación cooperativas de trabajo asociado que tengan como actividad instrumental la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada.

Referencias:

Alianza Cooperativa Internacional (1995) "Declaración de Identidad Cooperativa.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C 123 de 2011.

Leonardo Rafael de Souza.O novo marco regulatório das cooperativas de crédito no Brasil: análise crítica a partir dos valores cooperativos

RESUMO:

O presente estudo faz uma análise das alterações propostas pela Resolução CMN nº 4.434, de 5 de agosto de 2015, novo marco que regula as cooperativas de crédito brasileiras, à luz do substrato axiológico presente na Declaração Sobre a Identidade Cooperativa da ACI. Reconhecendo o importante papel das cooperativas de crédito brasileiras dentro da ordem econômica posta na Constituição Federal de 1988, com a sua conseqüente necessidade de regulamentação dentro do Sistema Financeiro Nacional vigente, esta apresentação busca destacar onde as alterações propostas pela Resolução CMN nº 4.434/2015 preservam ou afrontam os consagrados valores típicos do movimento cooperativo. Para tanto, observa a Declaração Sobre a Identidade Cooperativa como fonte material de direito capaz de justificar a sua observância pelas normas legais vigentes sobre o tema também no Brasil.

Palavras-chave: Cooperativismo. Cooperativas de Crédito brasileiras. Valores Cooperativos. Resolução CMN nº 4.434/2015. Alterações.

APRESENTAÇÃO: Dentro do ambiente cooperativo das américas o Brasil é um dos países onde as sociedades cooperativas de crédito vêm evoluindo de forma mais significativa, ampliando a sua *performance* no mercado financeiro, mormente quando este tipo de empreendimento se mostra – pela sua origem e natureza – efetivo meio de desenvolvimento da sociedade, promovendo uma economia solidária baseada na autoajuda que fortalece os vínculos sociais e promove a universalização do acesso aos instrumentos de crédito.

Um dos aspectos que contribuíram para o desenvolvimento dessas sociedades cooperativas foi a evolução do seu quadro legal, principalmente a partir da Lei Federal nº 5.764/71, que instituiu o seu regime jurídico, e da Constituição Federal de 1988, que deu importância constitucional à atividade cooperativa. Foi com a promulgação da Lei Complementar 130/2009, porém, que as cooperativas de crédito brasileiras passaram a ter uma norma de regência própria, instrumentalizada pelas resoluções e circulares do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil (BACEN), dando, assim, efetividade às disposições legais do cooperativismo de crédito.

No Brasil a atividade praticada pelas cooperativas de crédito é espécie de atividade econômica – de natureza financeira e bancária – que integra a ordem econômica constitucional, disciplinada pela Constituição Federal de 1988. Por isso, através da Lei Complementar nº 130/09 se buscou cumprir a determinação constitucional de disciplinar a atuação das cooperativas de crédito dentro do sistema financeiro nacional, atribuindo expressamente a estas a execução dos objetivos constitucionais expressos nos artigos 170 e 192 da Constituição Federal como a valorização do

trabalho humano e da livre concorrência, a existência digna conforme os ditames da justiça social, o desenvolvimento do País e a busca pelos interesses da coletividade.

Também pela natureza financeira e bancária das suas atividades, as cooperativas de crédito integram o sistema financeiro nacional que, por sua vez, desenvolve-se nos ditames da Lei Federal nº 4.595/64, recepcionada pelo artigo 192 da Carta Magna. De todo modo, é a Constituição que define e reposita a finalidade do sistema financeiro, de promoção do desenvolvimento do País e dos interesses da coletividade, cabendo-lhe viabilizar o uso eficiente da moeda em todos os seus aspectos, especialmente pelo fomento de sistemas que garantam às instituições como as cooperativas de crédito criarem poupança e riqueza.

Dentro da estruturação do sistema financeiro nacional está o Conselho Monetário Nacional (CMN), órgão destinado a formular a política de moeda e crédito com vistas ao progresso econômico e social do Brasil (Lei Federal nº 4.595/64, artigo 2º, *caput*). Também como função legal, cabe ao mesmo regular a constituição, o funcionamento e a fiscalização das instituições financeiras – como são as cooperativas de crédito – na busca de tais objetivos (artigo 4º, VIII), regulações estas executadas pelo Banco Central do Brasil, com competência prevista no artigo 9º da citada lei.

Como recente ato de desenvolvimento desses quadros legais, no dia 05 de agosto de 2015, o Conselho Monetário Nacional apresentou novo instrumento normativo para as cooperativas de crédito: a Resolução CMN nº 4.434/2015, que dispõe sobre a constituição, a autorização para funcionamento, o funcionamento, as alterações estatutárias e o cancelamento de autorização para funcionamento de cooperativas de crédito.

A partir de tal norma de aplicação cogente, as cooperativas de crédito no Brasil passam a ter uma nova referência normativa específica que necessita ser analisada à luz dos preceitos identitários preconizados pela ACI. Isso porque sempre que o Conselho Monetário Nacional edita normas que tratam sobre a atividade das cooperativas de crédito, muitos se questionam até onde o Estado pode interferir no funcionamento desse modelo empresarial, principalmente quando este tipo de empreendimento detém regras, valores e princípios próprios que obtêm resultados econômicos a partir do próprio esforço humano, numa sociedade de pessoas, e não como resultado da aplicação de capitais, comuns a outras espécies societárias.

E neste sentido a própria ACI reconhece em suas diversas publicações¹⁶⁸ que as cooperativas enfrentam na atualidade o desafio de cumprir normativas que são impostas a este tipo de sociedade sem a devida compreensão da sua natureza e da sua essência, que é diferente, por

¹⁶⁸ Como a destacada por KURIMOTO, Akira et al. **Notas de orientación para los principios cooperativos**. Antalya: ACI, 2015. Disponível em: <<http://ica.coop/es/notas-de-orientacion>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

exemplo, de uma sociedade anônima de propriedade de investidores ou detentores de capital, apesar deste modelo empresarial ser o amplamente ensinado nas escolas de negócio e onde se concentram os textos econômicos.

Aliás, o que sobressai da evolução histórica das normativas publicadas pelo Conselho Monetário Nacional¹⁶⁹ é que os seus regramentos não apenas estiveram historicamente voltados às suas disposições operacionais, como também se apegaram a pragmatismos que criaram verdadeiros obstáculos ao livre exercício da cooperatividade, o que sempre fora criticado por ir de encontro ao próprio papel das cooperativas dentro do sistema financeiro nacional: agregar pequenos capitais através da mutualidade, aliviando de forma gradual e pacífica situações de abuso, escassez e inacessibilidade aos instrumentos financeiros, e, ainda, garantir – através dos seus valores e princípios – um desenvolvimento econômico, social e moral perene.

E pela leitura da Resolução CMN nº 4.434/2015, percebe-se que a nova regulamentação das cooperativas de crédito novamente dá reforçada ênfase aos aspectos operacionais das cooperativas de crédito, provocando em determinados momentos um afastamento dos preceitos axiológicos do cooperativismo preconizados desde os Pioneiros de Rochdale e ratificados quando da Declaração Sobre Identidade Cooperativa da ACI.

Reconhecida pela própria ACI como seu documento base, a Declaração sobre a Identidade Cooperativa, de redação coordenada pelo canadense Ian MacPherson, foi aprovada pela entidade máxima do cooperativismo em seu Congresso de Centenário e Assembleia Geral de 1995, realizada em Manchester, na Inglaterra. Acompanhada de um informe complementar na qual a ACI aprofunda, explica, interpreta e aclara seus termos, a Declaração Sobre a Identidade Cooperativa está dividida em três partes, tendo cada uma delas equivalente grau de importância: o conceito de cooperativa, os valores cooperativos e os princípios cooperativos.¹⁷⁰

Ao apresentar a estruturação axiológica da ideologia cooperativa, bem como ao distinguir o que lhe é essencial e imutável ou o que pode ser modificado, abandonado ou acrescido, não restam dúvidas de que a Declaração sobre a Identidade Cooperativa da ACI é fonte de Direito. Isso porque caracterizada está uma das formas de expressão do direito positivo, pois exterioriza e reconhece um marco base de onde é possível extrair informações e o próprio conhecimento sobre o Direito.¹⁷¹ Outrossim, é fonte material por servir de substrato à criação do próprio Direito, dando

¹⁶⁹ Normas estas compiladas por PINHEIRO, Marcos A. Henriques. **Cooperativas de crédito: História da evolução normativa no Brasil. 6. ed.** Brasília: BCB, 2008.

¹⁷⁰ KURIMOTO, Akira et al. ob. cit.

¹⁷¹ KÜMPPEL, Vitor Frederico. **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Método, 2007.

origem aos dispositivos válidos que nortearão as autoridades, pessoas, grupos e situações que influenciam a criação do Direito em determinada sociedade e guiam o legislador.¹⁷²

E não bastasse todos esses argumentos, por se tratar o cooperativismo de um movimento global, é natural que a Declaração Sobre a Identidade Cooperativa inspire legislações e recomendações supranacionais que regulem e incentivem o Cooperativismo como modelo alternativo aos efeitos do capitalismo, os quais estudados de forma sistematizada através do Direito Comparado conformam o Direito Cooperativo Internacional, cujo núcleo é a Resolução nº 193 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), intitulada *Promotion of Cooperatives Recommendation*.¹⁷³

Tais esclarecimentos são importantes na medida em que ao possuir legitimidade normativa e fiscalizadora sobre as cooperativas de crédito, é obrigação constitucional e legal do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil não apenas conhecer o cooperativismo e o cooperativismo de crédito, mas principalmente compreender o papel das sociedades cooperativas de crédito na execução dos objetivos constitucionais expressos tanto nos artigos 170 e 192 da Constituição Federal de 1988 quando na Lei Federal nº 4.595/64. Isso significa dizer que a vinculação legal que legitima as competências desses órgãos é a mesma que obriga tais entidades a compreenderem que as cooperativas de crédito são instituições financeiras *sui generis* que levam consigo os próprios objetivos da ordem econômica constitucional, pois enquanto junção de pequenos capitais valorizam a autoajuda e a solidariedade no engrandecimento da economia solidária.¹⁷⁴

E tanto isso é verdade que em seu item 6, a Recomendação nº 193 da OIT afirma que uma sociedade equilibrada necessita de cooperativas fortes e independentes. Para tanto, afirma ser dever dos Estados-membros formular não apenas políticas de apoio, mas também enquadramentos legais consistentes com a natureza e a função dessas cooperativas no objetivo de facilitar sua criação e funcionamento, guiando suas normas pelos valores e princípios da cooperação já estabelecidos. Ademais, também o item 10.1 da mesma Recomendação é preciso ao dispor que os Estados-membros devem não apenas adotar legislação e regulamentação específica sobre cooperativas a partir dos valores e princípios preconizados pela ACI, mas também revisar as leis e os regulamentos existentes a partir desses preceitos, como também indica o item 11 da Resolução 56/114 da ONU.¹⁷⁵

¹⁷²DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁷³CRACOGNA, Dante et al (Ed.). **International Handbook of Cooperative Law**. Berlin: Springer, 2013.

¹⁷⁴GAUDIO, Ronaldo Chaves; MEINEN, Ênio. Sobre o diferencial estrutural e desafios das instituições financeiras cooperativas no ambiente regulatório brasileiro. **Boletín de La Asociación Internacional de Derecho Cooperativo: 2015 – Sistemas de crédito cooperativo**. Bilbao, p. 137-179. dez. 2015.

¹⁷⁵STIRLING SMITH. International Labour Organization. **Promoting cooperatives: an information guide to ILO Recommendation No.193**.Geneva: Ilo, 2014.

Não obstante tudo isso, o que se pode perceber com a Resolução CMN nº 4.434/2015 é que antes de permitir o registo das cooperativas de modo rápido, simples e acessível, seus dispositivos revelam justamente o contrário. Ao invés de buscar metas de inclusão que fortaleçam a autoajuda, a solidariedade e a mutualidade, a norma parece ignorar tais preceitos para incentivar um grande sistema cooperativo de formato único, vinculado, bancarizado. Em vez de incentivar a junção de pequenos capitais com o fito de pacífica e gradualmente promover o acesso a instrumentos financeiros através de cooperativas autônomas e autogeridas, o Estado estabelece como único modelo viável as grandes e complexas cooperativas.

Importante destacar que tais percepções não criticam os importantes avanços da Resolução CMN 4.434/2015, como a total abertura dos quadros sociais (artigo 16), sua classificação de acordo com a complexidade das suas operações (artigos 15), a ampliação dos preceitos de governança (artigo 26 ao artigo 31) e a criação de regras específicas de desfiliação das cooperativas singulares junto às centrais (artigos 40 a 42), por exemplo. De igual forma, não existem motivos para se criticar o modelo cooperativo de crédito atual baseado numa estrutura sistêmica, de dois ou três níveis, organizado como forma de se valer adequadamente dos benefícios do ganho de escala e da sinergia entre as diferentes entidades associadas, como bem defendem, por exemplo, Meinen e Port¹⁷⁶. O que é digno de crítica é justamente a construção de toda uma estrutura normativa voltada exclusivamente para este modelo centralizado e verticalizado em detrimento do estímulo a pequenas cooperativas de crédito que não demandem tão complexa regulamentação e fiscalização, que atendam aos mais variados serviços financeiros demandados pela população em menor escala.

Em outras palavras, a crítica está no fato da Resolução CMN nº 4.434/2015 olvidar que a construção histórica e principiológica do cooperativismo ocorreu em cenários ou momento de crises que ressaltaram o potencial emancipatório desse tipo de empreendimento através da posse coletiva dos meios de produção existentes, solidificou nas urgentes necessidades dos modestos proprietários do campo ou dos pequenos comerciantes das cidades e demonstrou que “la cooperativa supone la acción de sus miembros para mejorar su suerte y la de sus semejantes. El cooperador forja su propio destino, no espera su salvación de la caridad de los demás.”¹⁷⁷

Da mesma forma, o Conselho Monetário Nacional parece ignorar que o sucesso, a perenidade e a sustentabilidade econômica e social de qualquer instituição financeira dependem não apenas do seu capital financeiro fortalecido, do seu tamanho, patrimônio ou ativos, mas também de diversos outros fatores que devem ser observados pelas suas normativas a fim de garantir um sistema financeiro estável. No entanto, para as cooperativas de crédito essa percepção deveria restar

¹⁷⁶MEINEN, Enio; PORT, Márcio. **Cooperativismo financeiro: percurso histórico, perspectivas e desafios**. Brasília: Confedbrás, 2014.

¹⁷⁷LAMBERT, Paul. **La Doctrina Cooperativa**. 4. ed. Buenos Aires: Intercoop, 1975, p. 270.

latente na Resolução CMN nº 4.434/2015, visto que numa sociedade cooperativa – ao contrário dos demais modelos de instituição financeiras existentes no Brasil, conformadas como sociedades anônimas – os seus associados assumem função de viabilidade do negócio ante a sua dupla qualidade de dono e usuário, ou seja, no exercício de um papel que une interesses jurídicos, econômicos e sociais numa mesma pessoa. E a busca pela preservação de tal característica em toda e qualquer norma cooperativa – como a referida resolução – é essencial para evitar a produção de externalidades negativas com graves consequências não apenas à cooperativa de crédito, mas também ao Cooperativismo e, conseqüentemente, à toda sociedade.¹⁷⁸

O que a Resolução CMN nº 4.434/2015 ressalta como preceito, como já dito, são apenas os aspectos operacionais das cooperativas, pautando quase que exclusivamente a partir das suas atividades os processos de criação, desenvolvimento e fiscalização destas instituições financeiras. E daqui parte novacrítica na medida em que órgão regulador parece também esquecer que antes de operarem junto ao sistema financeiro nacional as cooperativas de crédito são sociedades de pessoas que se reúnem voluntariamente a partir de valores e princípios próprios que precisam ser necessariamente observados, preservados e incentivados.¹⁷⁹

Um grande exemplo dessa desconexão entre as regras operacionais impostas pelo Conselho Monetário Nacional e a realidade da opção cooperativa está na complexa tentativa de profissionalizar a criação de cooperativas. Pela Resolução CMN nº 4.434/2015, a criação de uma cooperativa de crédito está obrigatoriamente condicionada não apenas na existência de um responsável técnico para o acompanhamento do processo de autorização junto ao BACEN (artigo 4º), mas também que pelo menos um dos fundadores da cooperativa tenha conhecimento e certificação profissional sobre os aspectos relacionados à dinâmica de mercado (artigo 6º, III). Embora justificáveis do ponto de vista operacional e exigíveis em toda qualquer empresa mercantil, nota-se que numa empresa cooperativa – onde as cooperativas de crédito são espécie – tais exigências não encontram fundamento nos princípios constitucionais da igualdade e da livre iniciativa, muito menos observam importantes valores cooperativos como da democracia, igualdade e autoajuda.

Como bem destaca Miranda¹⁸⁰, a autoajuda parte da percepção de que o a criação e o desenvolvimento das cooperativas depende necessariamente de uma ação conjunta e de responsabilidade mútua baseada na liberdade em busca do desenvolvimento. Para tanto, a

¹⁷⁸MIRANDA, José Eduardo de et al (Ed.). **Ordem Econômica Constitucional: compreensão e comparativo da ordem econômica na Constituição de 1988 com outros sistemas jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2016.

¹⁷⁹OLIVEIRA, Alexandre Miranda. **A evolução do cooperativismo de crédito no Brasil e na Europa: Algumas considerações para o seu fortalecimento**. In: LEITE, Jacqueline Rosadine de Freitas; SENRA, Ricardo Belízio de Faria (Org.). Aspectos jurídicos das cooperativas de crédito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 21-56

¹⁸⁰MIRANDA, José Eduardo de. **De la crisis de identidad al rescate de la génesis del cooperativismo**. Madrid: Dykinson S.L., 2012.

igualdade entre os seus membros e o espírito democrático e emancipatório devem restar preservados como forma de promoção da iniciativa cooperativa. Sendo assim, impor profissionalização no processo de constituição significa destacar dos seus associados qualidades discriminatórias que ferem o sentido axio-principiológico da cooperatividade e induzem a uma falsa necessária expertise que, historicamente, foi dispensável para o sucesso dos empreendimentos cooperativos de crédito.

Aliás, mesmo quando se propõe a ampliar a participação da população nas cooperativas de crédito a nova Resolução CMN nº 4.434/2015 parece não compreender valores cooperativos como a responsabilidade pessoal, que fundamenta o ingresso do associado de forma consciente quanto ao seu papel, a sua importância e a responsabilidade.

Antes da nova resolução, toda a construção do quadro societário das sociedades cooperativas necessitava de apreciação do Conselho Monetário Nacional, nos exatos limites da Resolução CMN nº 3.859/2010, o que representava verdadeiro retrocesso. Pelo artigo 16 da Resolução CMN nº 4.434/2015, porém, todas essas exigências até então existentes desapareceram, passando a caber exclusivamente à assembleia geral das cooperativas de crédito, ou seja, aos próprios associados, a soberana decisão sobre as suas regras de admissão e área de atuação. É inquestionável que tal mudança representa um formidável avanço no respeito a valores intrínsecos ao exercício da autonomia cooperativa, como a democracia, a responsabilidade pessoal e a equidade.

Entretanto, ao se observar a regra do artigo 16 dentro do contexto hermenêutico da norma, o que infelizmente se percebe é que a total abertura do quadro social das cooperativas – ainda que absolutamente necessário, elogiável e salutar, repita-se – visa tão-somente a simples abertura de um mercado, e não o despertar de consciência do agir cooperativo. E isso é perigoso ao se imaginar que numa sociedade cooperativa a *affectio societatis* deve se estabelecer não a partir da vontade desses mercados ou de eventuais interesses, mas sim um ambiente mutualístico único que busque não apenas a cooperação, mas a clara intenção de se contribuir para o proveito comum dos associados de forma independente e altruísta.¹⁸¹

Assim, a crítica axiológica à Resolução CMN nº 4.434/2015 quanto ao tema está no fato do Conselho Monetário Nacional não compreender que a liberdade do quadro associativo não é uma concessão do mercado financeiro por ele regulado. Antes (e necessariamente) é um instrumento de fomento da liberdade consciente dos associados para a compreensão do empreendimento cooperativo como uma escola de democracia e autoajuda, afinal, a construção da liberdade do indivíduo no ambiente cooperativo passa pelo dever das cooperativas (e dos seus órgãos reguladores) em sinceramente compreender a importância do papel dos seus associados. E tal

¹⁸¹ BECHO, Renato Lopes. **Elementos de Direito Cooperativo**. São Paulo: Dilética, 2002.

destaque, aliás, foi importante ponto de reflexão de Sven Ake Böök quando da preparação do informativo para o XXX Congresso da ACI, em Tóquio, congresso este que deu contornos iniciais à Declaração Sobre a Identidade Cooperativa aprovada em Manchester três anos depois:

El debilitamiento de la identidad se refleja en la creciente dificultad para que los cooperativistas se conozcan entre sí, incluso para saber acerca del otro. En otras palabras, identificarse como un grupo de personas trabajando para alcanzar el mismo fin. (...) Han disminuido los incentivos para que los asociados se comuniquen con su organización, excepto como clientes. (...) Podría decirse que los miembros han llegado a ser más un objeto de la administración de las cooperativas y menos el sujeto de los esfuerzos para mejorar sus condiciones de vida.¹⁸²

Como se pode perceber, perde-se novamente a oportunidade de conciliar a abertura do quadro societário com a total liberdade de criação de novas cooperativas, fatores estes que, conjuntamente, poderiam despertar a consciência libertadora do indivíduo para escolher e organizar o ambiente cooperativo onde este quer pertencer, e não onde uma cooperativa já existente ou um sistema cooperativo quer se expandir.

Entretanto, há que novamente afirmar que esta pontual crítica quando ao tema não pode ofuscar o importante avanço da norma em garantir a Adesão Livre e Voluntária sem restrições artificiais de ingresso e, como consequência, classificar as cooperativas de acordo com as suas atividades. Tal abertura deve ser comemorada porque garantir à assembleia geral a soberana decisão sobre as suas regras de admissão e área de atuação significa amplo respeito a importantes valores do cooperativismo, como visto.

Como visto até aqui, então, o que interpretação hermenêutica da Resolução CMN nº 4.434/2015 revela – apesar dos destacados avanços –éjustamente a crítica posta pela ACI em seu *Blueprint for a co-operative decade* de que os Governos parecem continuar a não compreender de forma plena o verdadeiro propósito das cooperativas enquanto empresa social. De igual forma, o quadro normativo vigente parece esquecer que o nascimento do movimento cooperativo de crédito desde a idealização das primeiras cooperativas de crédito na Alemanha, passando pela iniciativa italiana de Luigi Luzzatti, até a criação, no Brasil, da hoje Sicredi Pioneira pelo padre Theodor Amstad, em 1902, sempre esteve pautado nas urgentes necessidades dos modestos proprietários do campo ou dos pequenos comerciantes das cidades, ainda existentes no Brasil e que podem e precisam ser atendidos pelas mais diversas formas de expressão do movimento cooperativo de crédito.¹⁸³

¹⁸²BÖÖK, Sven Ake. **Valores cooperativos para un mundo en cambio**: informe para el Congreso de la ACI. Tokio: ACI, 1992, p. 104.

¹⁸³PINHO, Diva Benevides. **Economia e cooperativismo**. São Paulo: Saraiva, 1977.

E não diga o Estado brasileiro que tamanha regulamentação se fundamenta pela busca da estabilidade do sistema financeiro nacional, afinal, ainda que esta seja, de fato e justificadamente, a prioridade do Conselho Monetário Nacional, há que se entender que o controle sobre a criação e a atuação das cooperativas de crédito não pode ser tão excessiva ao ponto de sufocar toda e qualquer iniciativa cooperativa que vise tão somente reunir pequenos capitais. Assim, aceitar a desregulamentação de pequenas cooperativas de crédito que apresentam menos risco do que as cooperativas atualmente estruturadas em grandes sistemas cooperativos de crédito seja talvez uma possível alternativa, muito embora se reconheça que tal medida prescindia de maiores estudos e aprofundamentos, inclusive a partir de reconhecidas experiências internacionais.

O Brasil possui a dimensão territorial de um continente e uma população na casa dos milhões que ainda precisa acessar o sistema financeiro nacional de forma equilibrada e responsável, expressões estas que conformam as diversas possibilidades de ampliação do movimento cooperativo brasileiro. Por isso, impor através de disposição normativa um modelo cooperativo de crédito único parece afrontar os preceitos do próprio cooperativismo, fato que também revela a necessidade de desregulamentação de parte desse mercado, sob pena de se caminhar pelo perigoso trilho da reserva de mercado, típico dos movimentos mais avassaladores do capitalismo moderno.

Em suma, ao se propor a regulamentar as cooperativas de crédito, silenciando porém em relação a algum dos seus fatores condicionantes e determinantes – como são os valores e princípios –, o órgão regulador falha no seu papel constitucional e legal de impulsionar o cooperativismo como meio de consecução da pacificação social dentro da ordem econômica constitucional. Retarda-se assim o progresso das ideias tão bem conformadas pelo Direito Cooperativo Internacional e compiladas por Cracogna et al¹⁸⁴.

REFERÊNCIAS:

BECHO, Renato Lopes. **Elementos de Direito Cooperativo**. São Paulo: Dilética, 2002.

BÖÖK, Sven Ake. **Valores cooperativos para un mundo en cambio**: informe para el Congreso de la ACI. Tokio: ACI, 1992, p. 104.

CRACOGNA, Dante et al (Ed.). **International Handbook of Cooperative Law**. Berlin: Springer, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁸⁴Ob. cit.

GAUDIO, Ronaldo Chaves; MEINEN, Ênio. Sobre o diferencial estrutural e desafios das instituições financeiras cooperativas no ambiente regulatório brasileiro. **Boletín de La Asociación Internacional de Derecho Cooperativo: 2015 – Sistemas de crédito cooperativo**. Bilbao, p. 137-179. dez. 2015.

KURIMOTO, Akira et al. **Notas de orientación para los principios cooperativos**. Antalya: ACI, 2015. Disponível em: <<http://ica.coop/es/notas-de-orientacion>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Método, 2007.

LAMBERT, Paul. **La Doctrina Cooperativa**. 4. ed. Buenos Aires: Intercoop, 1975, p. 270.

MEINEN, Enio; PORT, Márcio. **Cooperativismo financeiro: percurso histórico, perspectivas e desafios**. Brasília: Confebrás, 2014.

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

MIRANDA, José Eduardo de et al (Ed.). **Ordem Econômica Constitucional: compreensão e comparativo da ordem econômica na Constituição de 1988 com outros sistemas jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2016.

OLIVEIRA, Alexandre Miranda. **A evolução do cooperativismo de crédito no Brasil e na Europa: Algumas considerações para o seu fortalecimento**. In: LEITE, Jacqueline Rosadine de Freitas; SENRA, Ricardo Belízio de Faria (Org.). Aspectos jurídicos das cooperativas de crédito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 21-56

PINHEIRO, Marcos A. Henriques. **Cooperativas de crédito: História da evolução normativa no Brasil**. 6. ed. Brasília: BCB, 2008.

PINHO, Diva Benevides. **Economia e cooperativismo**. São Paulo: Saraiva, 1977.

STIRLING SMITH. International Labour Organization. **Promoting cooperatives: an information guide to ILO Recommendation No.193**. Geneva: Ilo, 2014.

Fernando Delgado Soares Netto-Alberto Raffo Ballesteros. Notas sobre un interesante ejemplo de propiedad colectiva : las cooperativas de viviendas de usuarios en Uruguay

Resumen

En el presente trabajo se abordarán algunos aspectos principales de las cooperativas de viviendas de usuarios, fenómeno de relevancia en Uruguay que ha dado solución habitacional a miles de familias. Se encaran cuatro ejes temáticos: 1) Los antecedentes normativos y las distintas modalidades de cooperativas de viviendas, 2) Las características del vínculo que se traba entre los socios y la Cooperativa, 3) La naturaleza jurídica del derecho de uso y goce cooperativo y sus diferencias con otras figuras tradicionales previstas en el Código Civil 4) Algunos problemas que se plantean en la práctica en la aplicación concreta de las normas cooperativas.

Summary

In this paper some main aspects of housing cooperatives will be addressed. Tthese cooperatives are a relevant phenomenon that has given housing solution to thousand of families in Uruguay. Four themes will be addressed: 1) Regulatory background and the different types of housing cooperatives,2)The characteristic of the link locks between the partners and the cooperative, 3)The legal nature of the right of use and enjoyment cooperative and its differences with other traditional figures of the Civil Code,4) Some problems encountered in practice in the concrete implementation of cooperative rules.

I)INTRODUCCIÓN

Las Cooperativas de Vivienda de usuarios constituyen un fenómeno de relevancia en el Uruguay, que ha suscitado gran interés desde el punto de vista académico y de políticas habitacionales a nivel latinoamericano y mundial

En el presente trabajo se pretende ver suscintamente algunos aspectos principales de la normativa que regula las mismas y que evolución se ha verificado con la aprobación de la Ley General de Cooperativas 18.407 y sus modificativas.

II) ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DISTINTAS

MODALIDADES DE COOPERATIVAS

1.)LA LEY NACIONAL DE VIVIENDA 13.728

Un mojón ineludible en el análisis histórico de este fenómeno es la aprobación en 1968 de la Ley Nacional de Vivienda No.13.768. Esta norma es dictada en cumplimiento del mandato del artículo

45 de la Constitución de la República¹⁸⁵ y abordaba el tema de la vivienda social en su integralidad.

Por un lado establecía un conjunto de normas generales sobre la vivienda social, se desarrollaba el concepto de vivienda adecuada y se definían los criterios del sistema de vivienda de interés social. Por otra parte se creaba de un sistema público de financiamiento de los planes nacionales de vivienda, préstamos y subsidios. Regulaba específicamente las Cooperativas de Viviendas y otro tipo de soluciones como los Fondos Sociales de Vivienda, donde el financiamiento estaba dado por aportes patronales y obreros de distintos sectores de actividad.

Con posterioridad a la aprobación de la norma ésta fue reglamentada (Decreto 633/969), y luego de la peripecia nefasta de la dictadura militar (1973-1968)¹⁸⁶ se dictaron múltiples disposiciones legales y reglamentarias que fueron recopilados en el Texto Ordenado de la Ley de Vivienda (TOLVI) aprobado en 1998¹⁸⁷

En el año 2008, recogiendo reclamos y propuestas de larga data del movimiento cooperativo, se aprueba la Ley General de Marco Cooperativo No.18.407, que establece por un lado una regulación general de las cooperativas y por otro normas específicas para cada una de sus clases (ahorro y crédito, consumo, producción, etc.)¹⁸⁸. En materia de cooperativas de vivienda, la nueva norma sustituye la Ley 13.728., aun cuando en términos generales reproduce lo que allí estaba previsto. Esta norma se reglamentó por el Decreto 198/2012. Se han verificado algunas modificaciones mediante la Ley 19.181.

2) LAS DISTINTAS MODALIDADES DE COOPERATIVAS DE VIVIENDAS

La Ley 18.407 en su artículo 117 define a las cooperativas de vivienda como *“aquellas que tienen por objeto principal proveer de alojamiento adecuado y estable a sus socios, mediante la construcción de viviendas por esfuerzo propio, ayuda mutua, administración directa o contratos con terceros y proporcionar servicios complementarios a la vivienda”*.

¹⁸⁵ Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin.

¹⁸⁶ En el tramo final de la dictadura se impulsó una norma que transformaba obligatoriamente a todas las cooperativas de usuarios en cooperativas de propietarios con un claro afán represivo y destructor del movimiento social. Dicha norma fue resistida por FUCVAM y otras organizaciones sociales realizando una histórica recolección de firmas en febrero de 1984

¹⁸⁷ Decreto 76/998

¹⁸⁸ Entre otros trabajos al respecto se destacan: REYES, Sergio; LAMENZA, Alfredo, GUTIERREZ, Danilo y MACHADO, Jorge; *Derecho Cooperativo Uruguayo* FCU 2011, AMORÍN, Marcelo, y ALGORTA, Paula; *Sociedades cooperativas, Sistema y Derecho Cooperativo*; La Ley 2009 y GONZÁLEZ CHIAPPARA, Miguel “A propósito de la sanción de la Ley General de Cooperativas” en *Revista Judicatura* No.43 (2009), págs 39 y ss.

Sin perjuicio de esa definición general, las cooperativas de viviendas no constituyen un formato único, sino que pueden asumir distintas modalidades atendiendo a diversos parámetros. Señalaremos las clasificaciones más importantes

2.1.)Según su modalidad jurídica, tenemos por un lado las Cooperativas de

Viviendas de propietarios y por otro las Cooperativas de Viviendas de usuarios. Las *cooperativas de propietarios* otorgan a sus socios la propiedad exclusiva de la vivienda. Estas pueden ser de entrega inmediata, donde la propiedad se obtiene una vez adjudicada la vivienda o de entrega diferida, donde se da un período de transición con el régimen de usuarios y recién al finalizar el pago del préstamo.

En las *cooperativas de viviendas de usuarios*, los socios no adquieren la propiedad de las viviendas, (la que siempre permanece en poder de la Cooperativa), sino que obtienen un derecho de uso y goce respecto de la misma al cual nos referiremos más adelante.

2.2.)Según la modalidad de construcción, tenemos las de ayuda mutua,

autoconstrucción y ahorro previo. En las cooperativas de vivienda por ayuda mutua, la misma financia buena parte de sus viviendas con horas de trabajo en obra que realizan sus socios en forma solidaria, trabajando en las viviendas de todos y no específicamente en la que a la postre va a ser la suya, sin perjuicio que se contrate un pequeño grupo de trabajadores como dependientes. Como señala José Luis CAZERES, “*los socios y sus familiares, aportan el trabajo en forma comunitaria para construir los conjuntos colectivos*”¹⁸⁹. En las de autoconstrucción también existe trabajo de los socios pero específicamente para la que será a la postre su casa. Por otra parte, en las cooperativas de ahorro previo, se realiza un aporte dinerario por los socios anterior y concomitante a la obra, en cuyo desarrollo, control y gestión interviene fuertemente la Cooperativa.

Las dos clasificaciones mencionadas anteriormente son independientes, por lo que pueden darse distintas combinaciones entre ellas. No obstante ello, las organizaciones sociales más representativas del movimiento agrupan a las cooperativas de usuarios, F.U.C.V.A.M.¹⁹⁰ en el caso de las de ayuda mutua y FECOVI¹⁹¹ en las de ahorro previo.

Nuestro análisis abarcará únicamente a las cooperativas de usuarios en algunos aspectos puntuales. que se detallarán a continuación.

III) EL VÍNCULO CON LA COOPERATIVA CON LOS SOCIOS

¹⁸⁹ CAZÉRES, José Luis; *Manual de Derecho Cooperativo*, F.C.U. 1994, pág 93

¹⁹⁰ Federación Uruguaya de Cooperativas de Vivienda por Ayuda Mutua, fundada en 1970

¹⁹¹ Federación de Cooperativas de Vivienda fundada en 1984 cuyo antecedente es FENACOVI (1969)

Las cooperativas de viviendas de usuarios, constituyen un régimen de propiedad colectiva de la vivienda que reside en la persona jurídica “cooperativa”, por lo cual a la hora de contraer el préstamo para construir existe una hipoteca única a favor del organismo financiador del plan constructivo de las viviendas¹⁹².

Esta modalidad si bien es privada, es claramente divergente del concepto de propiedad individual propia del sistema capitalista, basándose en la autogestión y la democracia participativa

Los socios no son “dueños” de las viviendas adjudicadas, sino que poseen un derecho de uso y goce sobre las mismas cuya forma de instrumentación y naturaleza jurídica ha variado con el tiempo.

1) EL CONTRATO DE USO Y GOCE DE LA LEY 13.728

La antes mencionada Ley 13.728 disponía que en la hipótesis de cooperativas de usuarios, las mismas debían celebrar con sus socios un “contrato de uso y goce”.

En tal sentido, el artículo 150 establecía que tales contratos debían firmarse “con carácter previo a la adjudicación de las respectivas viviendas” y que los mismos tendrían, “una duración indefinida mientras las partes cumplan con sus obligaciones”. Debían otorgarse en instrumento privado, con certificación notarial e inscribirse en el Registro de Arrendamientos.

2) LAS OPINIONES DOCTRINARIAS AL RESPECTO

Se buscó por parte de la doctrina delinear esta figura contractual tan curiosa y diferente. Se destacan especialmente los trabajos realizados por GONZÁLEZ CHIAPPARA¹⁹³ quien señaló sus principales características, realizando también una labor de divulgación de la normativa cooperativa en el mundo local forense.

Por otra parte, algunas opiniones doctrinarias buscaron ubicar el contrato en examen dentro de la tipología negocial del derecho civil. Se lo definió como “un contrato de crédito con plazo indeterminado (indefinido) cuyas obligaciones principales son (cosa por precio) esto es la de entregar el uso (en forma transitoria aunque con plazo incierto) de la cosa al usuario a cambio del pago por parte de éste de la amortización por parte de éste de la amortización del costo de la

¹⁹² Cfme MALEL, Enrique; “Cooperativas de Vivienda” en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, Tomo 84 (No. 1-12) 1998*

¹⁹³ GONZÁLEZ CHIAPPARA, Miguel; “Cooperativas de vivienda” en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay Tomo XXI No.4/1992*, “Régimen de Cooperativas de Vivienda.Generalidades, Marco Jurídico. Clasificación y procedimientos jurisdiccionales” en *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, Nos57-58.

vivienda y servicios conexos”¹⁹⁴ Se lo calificó como contrato bilateral (oneroso y conmutativo) principal aunque complementario al contrato de sociedad cooperativa y consensual.

Otras posiciones hicieron énfasis en que el vínculo de uso y goce entre la Cooperativa y el socio no podía verse desde el prisma tradicional del derecho privado, sino dentro del concepto de acto cooperativo concepto totalmente diverso y específico¹⁹⁵..

En tal sentido señalaban MACHADO y MALEL que *“tratándose de un negocio jurídico celebrado entre la cooperativa y el socio entre quienes no existen intereses contrapuestos se debe descartar de plano que se esté frente a un contrato, sin duda se trata de un acto cooperativo, de un acto originado en cumplimiento del objeto social y en el caso también de cumplimiento de obligaciones de fuente legal”*¹⁹⁶. Afirmaban que se trataba de un negocio jurídico de cumplimiento del contrato social y que deriva de la relación societaria.

3) EL “DOCUMENTO DE USO Y GOCE” EN LA LEY 18.407

La Ley 18.407 modificó las disposiciones sobre el vínculo entre la Cooperativa y los socios en su artículo 135

En tal sentido:

- a) Pasó a denominar la figura como “documento de uso y goce”
- b) Le dio a esta figura a texto expreso el carácter de “acto cooperativo”.

atendiendo parcialmente algunas de las observaciones doctrinarias antes apuntadas. Dentro del concepto de acto cooperativo, algunos autores han expresado que se trata de un acto de cumplimiento, no teniendo carácter obligacional ya que al suscribir el documento el usuario no adquiere nuevos o más derechos de los que poseía en su carácter de socio al adjudicársele la vivienda¹⁹⁷

c) Tiene carácter consensual, siendo la suscripción del documento en todo caso un requisito de prueba¹⁹⁸, pero no de solemnidad.

d) En la reforma de la Ley 19.181 se establece que se otorgará en

¹⁹⁴ SCONFianza, Roberto “El contrato de uso y goce de vivienda en régimen cooperativo en el derecho positivo uruguayo” en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo (A.D.C.U.)*, Tomo XXXV, pág 799

¹⁹⁵ Definido entre otros por la Comisión Jurídico Asesora de CUDECOOP en “Naturaleza jurídica de las Cooperativas” en *Digesto Cooperativo*, FCU 1992, pág 298

¹⁹⁶ MACHADO, Jorge y MALEL, Enrique; “De la naturaleza jurídica del llamado contrato de uso y goce y otras consideraciones relativas a las cooperativas de usuarios” en A.D.C.U. Tomo XXXVII, pág 639.

¹⁹⁷ REYES, Sergio y otros, ob.cit., pág 287

¹⁹⁸ REYES, Sergio y otros, ob.cit. pág 288

documento público o privado con certificación notarial de su otorgamiento y suscripción, eliminando la obligación de inscripción prevista en la normativa anterior.

Estas mudanzas constituyeron un salto de calidad dentro de la especialidad del derecho cooperativo que alejaría a esta herramienta de las nociones civilistas y contractualistas más tradicionales.

No obstante ello, la modificación antes apuntada, no se ha visto acompañada (ni en la propia Ley ni en el Decreto reglamentario) de un desarrollo complementario del concepto de acto cooperativo, ya que prácticamente se repitieron las disposiciones sobre este tema que existían en la normativa anterior.

Esto es, le damos el carácter de acto cooperativo pero en lo demás replicamos el esquema jurídico anterior, lo que nos exige un esfuerzo conceptual para armonizar las normas y por otro lado nos formula el desafío por proponer algunos cambios.

IV) SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE USO Y GOCE

Habiendo hecho mención al vínculo que une a las cooperativas de usuarios con sus socios, corresponde referirnos a las características del derecho de uso y goce de ostentan estos últimos. Cabe consignar que en este tema no han existido modificaciones con la nueva normativa.

1) LAS CARACTERÍSTICAS GENERALES DE ESTE DERECHO

Las notas típicas del derecho de uso y goce cooperativo que ha señalado la doctrina son las siguientes:

- a) Se trata de un derecho derivado de la calidad de socio de la

Cooperativa ya que no es posible que una persona sea titular de un derecho de uso y goce no teniendo la condición de asociado¹⁹⁹.

- b) No debe confundirse con la participación social del socio cooperativista, aun cuando los dos conceptos están estrechamente vinculados.

- c) No puede ser ejercido por dos o más personas, sino únicamente por el socio titular

¹⁹⁹ CAZÉRES, José Luis, ob. cit. pág 95

d) Es un derecho personal, no se trata de un desmembramiento del dominio.

d) Es por tiempo ilimitado.

e) Es transmisible a herederos de conformidad con el artículo 141 de la

Ley 18.407²⁰⁰. En tal caso los herederos deberán optar por retirarse de la vivienda o continuar en la misma y en esta última hipótesis deberán designar de común acuerdo a un nuevo socio de la Cooperativa.

2) LAS DIFERENCIAS CON LOS DERECHOS REALES DE USUFRUCTO Y USO DEL CÓDIGO CIVIL

El derecho de uso y goce, además de que como señalamos anteriormente se divorcia claramente del derecho de propiedad, también presenta claras diferencias con derechos reales de menor cuantía (o desmembramientos del dominio) como los derechos de usufructo y uso definidos en el Código Civil

2.1.) RESPECTO DEL USUFRUCTO

El Código Civil uruguayo define el derecho de usufructo en su artículo 493 como un derecho real que consiste en gozar de la cosa ajena con cargo de conservar su forma y sustancia y de restituirla a su dueño, suponiendo necesariamente dos derechos, el del nudo propietario y el de usufructuario.

Veamos las diferencias

a) Se trata de un derecho limitado en el tiempo, al cabo del cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad. El derecho de uso y goce es ilimitado. conforme al artículo 135 de la Ley 18.407

b) El artículo 500 establece que este derecho puede constituirse bajo condición, tiempo y en caso de no fijarse plazo se entiende constituido por toda la vida del usufructuario.

c) Los artículos 495 y 497 establecen que el usufructo se puede constituir

²⁰⁰ Según algunos autores en puridad lo que se transmite son las partes sociales en la Cooperativa no exactamente el uso y goce. Cfme MACHADO y MALEL, ob.cit

por ley, por acto entre vivos, por última voluntad y por prescripción. Esto no es posible en el caso del derecho de uso y goce cooperativo, donde la permanencia en la vivienda de quien no es socio no genera derechos por el mero transcurrir del tiempo

d)El artículo 511 permite al usufructuario arrendar y enajenar el derecho.

El artículo 136 de la Ley General de Cooperativas prohíbe expresamente la cesión (directa o indirecta) y el arrendamiento de la vivienda, considerando nulas tales eventuales disposiciones.

2.2.) RESPECTO DEL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN

Por su parte el derecho de uso consiste en “servirse de la cosa de otro o de exigir una porción de los frutos que ella produce” y el de habitación en “habitar gratuitamente la casa de otro” (artículo 541). El artículo 542 dispone que estos derechos “se constituyen y pierden de la misma manera que el usufructo”. Caben entonces las mismas consideraciones realizadas respecto del usufructo.

Asimismo, el artículo 549 establece que los derechos de uso y habitación son intransmisibles a herederos, lo que como vimos no ocurre en el derecho de uso y goce cooperativo.

VI) ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS

Consideramos de interés mencionar algunos problemas que se observan en la aplicación práctica de la normativa.

1)En primer término, la especialidad y peculiaridad de la normativa

hace que la misma sea desconocida por parte de los operadores jurídicos, lo que lleva a confusiones y complejidades a la hora del asesoramiento de las cooperativas y sus socios.

2) Por tratarse de un sistema atípico inserto en un régimen de propiedad privada individual clásico, los cooperativistas muchas veces utilizan criterios y conceptos del derecho común (“compra” o “venta” de las casas, etc.) También existen distorsiones entre el valor de las partes sociales y los valores inmobiliarios del mercado.

3) En el artículo 140 de la Ley 18.407 está previsto que en caso de que las viviendas estén adjudicadas, la exclusión de los socios deba tramitarse por vía judicial a través de dos procedimientos: a) En caso de deudas de tipo económico el procedimiento de desalojo por mal pagador, b) En caso de otro tipo de infracciones graves que perjudiquen a la Cooperativa, debe realizarse un proceso ordinario de rescisión de contrato de uso y goce. Esta última hipótesis puede deberse a diversas circunstancias como que el socio no viva

en la vivienda, que haya habido perjuicios a otros socios o que en su gestión haya estafado a la cooperativa.

4) En la práctica estos procedimientos se vuelven tortuosos e interminables en cuyo transcurso el socio permanece viviendo en la cooperativa, lo que provoca no pocos problemas de convivencia. Asimismo a veces puede apreciarse cierta incomprensión de algunos sectores de la jurisprudencia acerca de cómo funciona una cooperativa como organización, así como las reglas a armonizar. No es lo mismo la rescisión de un contrato de tipo comercial o de compra-venta común que el fin del vínculo de una cooperativa con un socio.

VII) BREVES REFLEXIONES

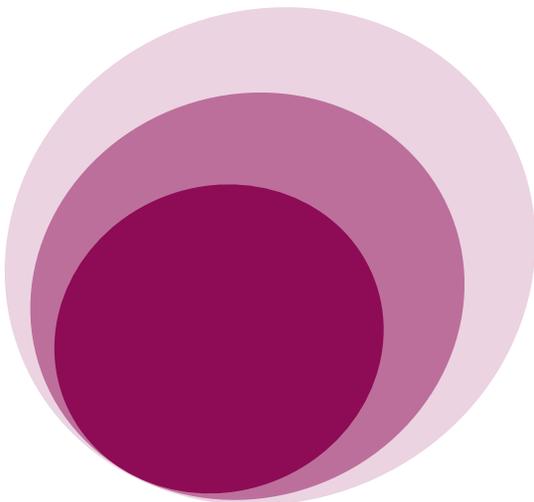
El cooperativismo de vivienda de usuarios es una realidad fermental y pujante en nuestro país y se ha constituido en una solución para miles de uruguayos de acceder a una vivienda digna.

Desde el punto de vista jurídico constituye una normativa especial y diferente del sistema de propiedad tradicional. Este sistema, la Cooperativa que es propietaria de las unidades y los socios adjudicatarios son un todo indivisible que en su accionar y desarrollo transforman el concepto de propiedad privada tradicional, dando forma a un nuevo concepto de propiedad colectiva de tipo social.

Tema 3

(Ponencias del Congreso de Derecho Cooperativo)

**Supervisión estatal y autonomía de
las cooperativas. El autocontrol..**



La supervisión cooperativa: una propuesta para el caso peruano.

Alonso Morales Acosta.

Control y autocontrol Uruguay: 10 años de cooperativas sociales.

Antonio Rammauro.

Supervisión estatal y autonomía de las cooperativas a través del autocontrol.

Arrillaga Álvaro

Bemposta Macarena

Colman Mónica

Márquez Ana Karina

Pinato Ana-Sosa Flavia.

El control gubernamental de las cooperativas un cambio que debe propiciarse.

Edgardo René Ramos Carmona.

Tema 3: Supervisión estatal y autonomía de las cooperativas. El autocontrol. Alonso Morales Acosta .La supervisión cooperativa: una propuesta para el caso peruano

Resumen.

La ponencia presentada desarrolla ideas en relación a la necesidad de la supervisión, el universo de cooperativas a supervisar y las modalidades de supervisión existentes, para finalmente esbozar una propuesta en torno a la supervisión de las cooperativas para el caso peruano.

Así, para el caso peruano, concluimos que resulta de interés público y conveniente para el movimiento cooperativo, que se ejerza una supervisión de las cooperativas en general, independientemente de la “importancia económica” de las mismas. Asimismo, concluimos que la modalidad de supervisión más conveniente es la de control mixto, referida en el literal c.2. del capítulo IV del artículo (denominada “Supervisión diferenciada”), en la que entidad pública que se cree, se encargaría solo de la supervisión de las cooperativas no afiliadas a una federación nacional; mientras que las cooperativas afiliadas a una federación, serían supervisadas precisamente por las federaciones nacionales a las que se encuentren afiliadas. Cabe precisar que la entidad pública supervisora, controlaría a su vez a las federaciones nacionales, y tendría la facultad de supervisar extraordinariamente a las cooperativas afiliadas a una federación, en el supuesto en que tenga indicios de irregularidades en las mismas.

I. Introducción

La supervisión o el control externo de las cooperativas resulta ser uno de los pilares de toda la legislación cooperativa, sin embargo, no hay un consenso sobre cuál es la forma más eficiente y adecuada de ejercerla en América Latina ni en el mundo.

El presente artículo desarrolla ideas en relación a la necesidad de la supervisión, el universo de cooperativas a supervisar y las modalidades de supervisión existentes, para finalmente esbozar una propuesta en torno a la supervisión de las cooperativas para el caso peruano.

Cabe precisar que el análisis presentado a continuación versará sobre la supervisión de las cooperativas en general, en tanto como sabemos, las cooperativas que se dedican a actividades como las de ahorro y crédito o seguros, suelen tener una regulación en materia de supervisión muy particular, en atención a la relevancia de dichas actividades para la sociedad, y el correlativo interés del Estado de ejercer un mayor control respecto a las mismas.

Asimismo, es pertinente señalar que no se analizará la supervisión de aspectos respecto a los cuales las cooperativas son controladas como cualquier otra sociedad en razón a su actividad económica y su interrelación con terceros (por ejemplo: supervisión en materia de prevención de lavado de activos, laboral, tributaria, protección al consumidor, etc.), sino solamente la supervisión

que se realiza en atención a la especial naturaleza de las cooperativas (aspectos asociativos de las mismas).

II. Necesidad de supervisión: ¿Por qué supervisar?

La necesidad de supervisión o control externo de las cooperativas es un tema discutido por algunos, en tanto que en la mayoría de legislaciones las sociedades en general no son supervisadas en aspectos asociativos, por un organismo especial, siendo solo el control interno (de los propios socios) y la vía judicial, el poder coercitivo (por así decirlo) para que dichas sociedades cumplan con la legislación en materia asociativa. A excepción, como sabemos, de las sociedades que cotizan en bolsa o participan en el mercado de valores, respecto a las que, considerando la invitación a invertir que hacen al público y la asimetría informativa de los inversores, el Estado efectúa una supervisión especial.

Ahora bien, es relevante tener presente que las cooperativas tienen importantes aspectos que las diferencian de las sociedades en general, en virtud a los que el Estado les brinda un régimen de protección y beneficio especial, que se materializa por ejemplo en: un régimen tributario de inafectaciones, permisibilidad de efectuar retenciones respecto a remuneraciones, accesos a financiamientos especiales, etc.

En ese sentido, resulta importante que un organismo supervisor vigile que solo las auténticas cooperativas gocen de dicho régimen especial de protección y beneficio regulado para las mismas. Así, la supervisión resulta ser una herramienta fundamental para garantizar que solo las cooperativas que cumplen la legislación y los principios cooperativos, que tienen una estructura cooperativa, y que carecen de ánimo de lucro, aprovechen el régimen y ventajas especiales reguladas para ellas.

Ahora bien, cabe tener en cuenta, como señala Antonio Fici²⁰¹, que *“...estas ventajas no son solo las que el Estado podría proveer a las cooperativas, sino también las que son consecuencia del propio uso de la denominación de cooperativa, puesto que esta denominación (en razón de los valores y principios que lleva consigo) ejerce una fuerte atracción sobre terceros como son los consumidores, trabajadores, financiadores, etc., y de la pertenencia de cada cooperativa individual aun sistema cooperativo, a un movimiento cooperativo, que de por sí es fuente de ventajas (...)*

²⁰¹Fici, Antonio. (2015). “Tendencias y perspectivas del derecho cooperativo en el contexto global y la supervisión como oportunidad para el sector de la economía solidaria”. Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo. Edición 49/2015, pág. 242.

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

En esa línea, nos parece bastante acertada la legislación colombiana en materia cooperativa, al estipular los siguientes objetivos y finalidades para su organismo supervisor estatal²⁰² cooperativo:

- *Proteger los intereses de los asociados de las organizaciones de la economía solidaria, de terceros y de la comunidad en general.*
- *Velar por la preservación de la naturaleza jurídica de las entidades sometidas a su supervisión, en orden a hacer prevalecer sus valores, principios y características esenciales.*
- *Supervisar el cumplimiento del propósito socioeconómico no lucrativo que ha de guiar la organización y funcionamiento de las entidades vigiladas.*

En ese orden de ideas, consideramos que la supervisión o control cooperativo externo, además de ser una necesidad pública (en tanto que resulta de interés para el Estado), resultar ser conveniente para las cooperativas y el movimiento cooperativo en general, en tanto que la sociedad y los consumidores en general percibirán que la denominación “cooperativa” es una “marca” colectiva que solo puede ser usada por auténticas cooperativas.

Finalmente, cabe tener en cuenta las opiniones favorables de los organismos internacionales en torno a la supervisión o control externo de las cooperativas. Así, la Organización Internacional del Trabajo (“OIT”), mediante la Recomendación N° 193 del año 2002: “*Recomendación sobre las promoción de las Cooperativas*”, señaló que los gobiernos deben tomar medidas para la supervisión de las cooperativas en concordancia con su naturaleza y funciones, respetando su autonomía y en conformidad con la legislación, asegurando que tales medidas no sean menos favorables que las aplicables a otras formas de empresa. Asimismo, la Alianza Cooperativa Internacional (“ACI”), mediante la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina, señala que debe haber una autoridad de aplicación de la legislación cooperativa que supervise el cumplimiento de la misma, supervisión de deberá realizarse con adecuación a la naturaleza especial de las cooperativas.

²⁰²Regulado en el artículo 35 de la Ley 454 de 1998 de Colombia.

En resumen, podemos señalar que la supervisión o control externo de las cooperativas es de interés público, y además conveniente para el prestigio del movimiento cooperativo, debiendo ser ejercida considerando la naturaleza especial de las cooperativas y respetando la autonomía de las mismas.

III. Supervisión general o discriminada: ¿Cuáles cooperativas supervisar?

Unas interrogantes que surgen en torno a la supervisión son: ¿debe supervisarse a todas? ¿Solo a las más “importantes”?

En cuanto a esta última interrogante, por ejemplo la legislación chilena considera pertinente que su organismo supervisor estatal (cooperativo) ejerza la supervisión solo respecto a las cooperativas de “importancia económica”, definiendo como tales a las de ahorro y crédito, las de vivienda y todas aquellas cuyos activos superen determinado importe o que tengan más de 500 socios.²⁰³ Presumimos que el legislador chileno debe haber considerado que la utilización de recursos públicos para las labores de supervisión, encuentra justificación solo en el caso de las cooperativas que tengan una mayor “importancia económica” para la sociedad.

Ahora bien, no compartimos dicha política por las siguientes razones:

- a) Puede generar el incentivo perverso a las cooperativas de no superar determinado monto de activos o número de socios, a fin de gozar del régimen de protección y beneficio de las cooperativas sin ser fiscalizadas.
- b) Podría constituir una afectación al principio de igualdad, en tanto que se estaría tratando de forma desigual a entidades que tienen la misma naturaleza y realizan las mismas operaciones.
- c) Bajo la misma lógica referida en el literal precedente, coincidiendo con Matthias Arzbach y Álvaro Durán²⁰⁴, consideramos que no sería neutro desde el punto de vista de competencia, que se apliquen diferentes reglas de juego para entidades que tienen la misma naturaleza y realizan las mismas operaciones

En ese orden de ideas, consideramos que la supervisión debería efectuarse a todas las cooperativas en general, y no solo a las de mayor “importancia económica”.

²⁰³De acuerdo a lo regulado en el artículo 109 del Decreto con fuerza de ley N° 5 de Chile.

²⁰⁴Confederación Alemana de Cooperativas. (2012). Regulación y Supervisión de Cooperativas de Ahorro y Crédito en América Latina. Disponible en: <http://www.cemla.org/actividades/2012/2012-10-cooperativas/2012-10-cooperativas-23.pdf> [Revisada el 30 Sep. 2016].

IV. Modalidades de supervisión: ¿Cómo supervisar?

En primer lugar, cabe precisar que las modalidades de supervisión que se indican a continuación, se llevan a cabo sin perjuicio del control que debe efectuarse al interior de cada cooperativa, el cual está a cargo del Consejo de Vigilancia (o también llamado Junta de Vigilancia en algunas legislaciones).

Ahora bien, en cuanto a las modalidades de supervisión, nos parece oportuno recoger la siguiente clasificación propuesta por Antonio Fici²⁰⁵:

a. Control público

En este modelo el Estado no solo regula el fenómeno de la supervisión, sino también la ejerce directamente mediante un ente especial (ubicado en el área de un ministerio o en otro lugar). Este modelo es el más difundido, aunque con diferente intensidad, siendo utilizado en la mayoría de países de América Latina, y en países con un movimiento cooperativo bastante consolidado, como el Reino Unido o Japón.²⁰⁶

b. Control privado (supervisión auxiliar)

En este modelo el Estado solamente regula el fenómeno de la supervisión, previendo que esta sea ejercida por el propio movimiento cooperativo, siendo específicamente las federaciones o asociaciones nacionales de cooperativas (no las centrales) las que se encarguen de supervisar a las cooperativas afiliadas a ellas. Cabe precisar que en este modelo, la afiliación a una federación es una condición necesaria para la constitución y existencia de una cooperativa, y que las entidades cooperativas supervisoras son controladas a su vez por el Estado. El ejemplo más claro de este modelo se encuentra en la legislación alemana.

c. Control mixto

Entre los modelos extremos antes referidos, se ubican los siguientes modelos intermedios que combinan la presencia pública y privada en el desempeño de la supervisión:

c.1. Participación cooperativa en entidades de supervisión estatal

Un modelo intermedio es aquel en el que la supervisión la ejerce un ente público especial instituido por la ley cooperativa, pero cuyo directorio o consejo directorio está integrado, en algunos casos

²⁰⁵Fici, Antonio. (2015). "Tendencias y perspectivas del derecho cooperativo en el contexto global y la supervisión como oportunidad para el sector de la economía solidaria". Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo. Edición 49/2015, 244-245.

²⁰⁶Cf. I. SNAITH, «United Kingdom», en D. CRACOGNA, A. FICI, H. HENRY (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, cit., p. 735 y ss.

incluso en mayoría, por representantes del movimiento cooperativo. Dicho modelo puede encontrarse en las legislaciones de Argentina, Brasil, Bélgica y Portugal.

c.2. Supervisión diferenciada

En este modelo la ley estipula que las federaciones o asociaciones nacionales de cooperativas, reconocidas por el Estado como organismos de supervisión, ejerzan el control de las cooperativas afiliadas a las mismas; mientras que el Estado ejerce la supervisión de las cooperativas no afiliadas a ninguna federación, además de supervisar a las federaciones de cooperativas reconocidas como organismos de supervisión.

Cabe señalar que en este modelo el Estado puede someter a inspección extraordinaria a toda cooperativa, afiliada y no afiliada, cuando tenga un temor fundado de irregularidades. Asimismo, en este modelo, a la hora de ejercerse la supervisión de cooperativas no afiliadas, la ley permite al Estado servirse de supervisores procedentes de las federaciones²⁰⁷. Este modelo es seguido por la legislación italiana.

Ahora bien, coincidiendo con Antonio Fici²⁰⁸, no creemos que una modalidad sea mejor que otra, en tanto que cada una presenta posibles ventajas y desventajas, dependiendo la efectividad de cada una principalmente del contexto en el que ha de aplicarse, es decir, de la consolidación del movimiento cooperativo en cada país, la visión de cada Estado respecto al movimiento cooperativo, el tipo de regulación cooperativa existente, entre otros factores.

V. Propuesta de supervisión para el caso peruano

En primer lugar, resulta pertinente hacer una breve referencia a la evolución de la supervisión cooperativa en la legislación peruana. Así, inicialmente fue el Instituto Nacional de cooperativas (“INCOOP”) y luego los Gobiernos Regionales los encargados de efectuar una supervisión y control de todas las cooperativas. Sin embargo, mediante D. Ley N° 25879, del 06 de diciembre de 1992, se declaró en disolución y liquidación el INCOOP y se derogaron todas las disposiciones de la Ley General de Cooperativas relativas al INCOOP y a las facultades otorgadas a los Gobiernos Regionales. El mismo D. Ley N° 25879, dispuso que la supervisión y fiscalización de las Cooperativas de Ahorro y Crédito sería efectuada por la SBS y con relación a los demás tipos de Cooperativas, estas facultades recayeron en la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y

²⁰⁷Véase A. FICI, «Italy», en D. CRACOGNA, A. FICI, H. HENRY (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, cit., p. 479 y ss.; A. FICI y «La cooperación entre cooperativas en el derecho italiano y comparado»

²⁰⁸Fici, Antonio. (2015). “Tendencias y perspectivas del derecho cooperativo en el contexto global y la supervisión como oportunidad para el sector de la economía solidaria”. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*. Edición 49/2015, pág. 245.

Valores del Perú (“CONASEV”), actualmente denominada Superintendencia del Mercado de Valores (“SMV”).

Ahora bien, la Ley Orgánica de la CONASEV estableció que correspondía a esta institución, la supervisión de las personas jurídicas organizadas de acuerdo a la Ley General de Sociedades, de sucursales de empresas extranjeras en el país y de las cooperativas; entendiéndose a todos los tipos con excepción de las de ahorro y crédito. Sin embargo, la Decimocuarta Disposición Final de la Ley de Mercado de Valores, D. Leg. N° 861 del 21 de octubre de 1996, precisó que la función supervisora que ejercía la CONASEV sobre las personas jurídicas mencionadas, entre las que se encuentran las cooperativas, con excepción de las de ahorro y crédito, se circunscribía (o más bien, limitaba) a la simple presentación de la información financiera de parte de las mismas. En ese marco, el Directorio de la CONASEV aprobó la suscripción de un Convenio de Asistencia Institucional con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), a fin de que las funciones de procesamiento de información financiera de las empresas sea centralizada por el INEI.

En consecuencia, actualmente las facultades de supervisión de las cooperativas, con excepción de las de ahorro y crédito, ya no corresponden a la SMV sino al INEI, empero, como señalamos ella comprende únicamente exigir la presentación de información financiera²⁰⁹.

En ese orden de ideas, podemos señalar que en el Perú actualmente solo se encuentra regulado el control interno de las cooperativas, el cual es ejercido por el Consejo de Vigilancia de las mismas²¹⁰, no existiendo una supervisión o control externo, a excepción del caso de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, las cuales son supervisadas por la Federación Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito, en la medida que se encuentren afiliadas a ella. Cabe señalar que, además de la peruana, otras legislaciones como las de Finlandia, Holanda, y México, tampoco regulan la supervisión o control externo de las cooperativas, siendo controladas únicamente por sus propios órganos internos.

Ahora bien, como hemos señalado en el capítulo II precedente, consideramos de interés público y conveniente para el movimiento cooperativo, que se ejerza una supervisión o control externo de las cooperativas. Así, nuestra propuesta sería que en el Perú se cree una entidad pública (que podría denominarse “Superintendencia Nacional de Cooperativas”) que se dedique especialmente a la

²⁰⁹ Torres Morales, Carlos. (2014). El Reconocimiento del Acto Cooperativo en la Legislación Peruana. Grafimag SRL. Lima, pág. 34-35.

²¹⁰ De conformidad con el D.S. 04-91-TR (publicado en el Diario Oficial “El Peruano” del 25.01.91), que aprobó el “Reglamento de Autocontrol Cooperativo”, el Consejo de Vigilancia es el órgano encargado de supervisar la legalidad de las acciones de la cooperativa, la veracidad de las informaciones proporcionadas a los socios, a las autoridades y a la comunidad en general y la seguridad de los bienes de la cooperativa.

supervisión o control externo de las cooperativas²¹¹. Dicha supervisión deberá ser ejercida respecto a las cooperativas en general, independientemente de la “importancia económica” de las mismas.

Cabe indicar que la creación de un organismo público supervisor cooperativo, se encuentra en armonía con el artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas peruana, aprobado mediante Decreto Supremo N° 074/90-TR, el cual declara de necesidad nacional y utilidad pública la protección del Cooperativismo.

Ahora bien, para el caso peruano, consideramos conveniente seguir la modalidad de control mixto referida en el literal c.2. del capítulo IV precedente (denominada “Supervisión diferenciada”), así, la entidad pública que se cree, se encargaría solo de la supervisión de las cooperativas no afiliadas a una federación nacional; mientras que las cooperativas afiliadas a una federación, serían supervisadas precisamente por las federaciones nacionales a las que se encuentren afiliadas (en atención a la actividad económica que realiza cada cooperativa)²¹². Asimismo, la entidad pública supervisora, controlaría a su vez a las federaciones nacionales, y tendría la facultad de supervisar extraordinariamente a las cooperativas afiliadas a una federación, en el supuesto en que tenga indicios de irregularidades en las mismas.

Creemos conveniente esta modalidad, en tanto que las federaciones nacionales conocen bien la naturaleza especial de las cooperativas y los principios que las rigen, lo que les permitirá hacer una adecuada labor de supervisión.

Asimismo, creemos que la modalidad escogida, en comparación con la modalidad de control público (referida en el literal a) del capítulo IV precedente), guardaría una mejor correspondencia con la autonomía e independencia que debe tener el movimiento cooperativo, de conformidad con el artículo 4 de la Declaración de Identidad Cooperativa adoptada por la II Asamblea General de la ACI²¹³, el cual señala: “*Las cooperativas son organizaciones autónomas de ayuda mutua, controladas por sus miembros.*”, y de conformidad con la Recomendación N° 193 de la OIT, la cual señala que los gobiernos deben tomar medidas para la supervisión de las cooperativas respetando su autonomía.

Adicionalmente, tal como señalan Antonio Fici²¹⁴ y Dante Cracogna²¹⁵, para que la autonomía de las cooperativas esté mejor garantizada, y para prevenir posibles conflictos de interés al interior de

²¹¹ En cuanto a la supervisión de las cooperativas de ahorro y crédito, sí consideramos que debería seguir siendo regulada por un marco normativo especial, debiendo ser la supervisión ejercida por la Federación Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito y/o por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

²¹² En el caso peruano, será necesario una adecuada organización de las instituciones cooperativas, a fin de que se constituyan federaciones nacionales para cada actividad económica realizada por las cooperativas.

²¹³ Que se realizara en el mes de setiembre de 1995 en la ciudad de Manchester, en oportunidad de la celebración del Centenario de la ACI.

²¹⁴ Fici, Antonio. (2015). “Tendencias y perspectivas del derecho cooperativo en el contexto global y la supervisión como oportunidad para el sector de la economía solidaria”. Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo. Edición 49/2015, pág. 246.

un ente público, es conveniente que la entidad pública supervisora que se cree no se encargue a su vez de las funciones de promoción y fomento cooperativo (como acertadamente se ha regulado en el caso de Colombia²¹⁶ y Uruguay²¹⁷).

Finalmente, consideramos que debería permitirse al organismo público supervisor que se cree, solicitar colaboración técnica a instituciones cooperativas (como las federaciones nacionales o la confederación nacional de cooperativas), respecto a la supervisión a las cooperativas no afiliadas a las federaciones nacionales, en tanto que naturalmente dichas instituciones conocen bien la naturaleza de las cooperativas y sus principios (tal y como se ha regulado en la legislación colombiana²¹⁸ y chilena²¹⁹). Cabe precisar que dicha solicitud de colaboración sería en buena cuenta encargar la ejecución técnica de la supervisión, mas no delegar la facultad de supervisar e imponer sanciones.²²⁰

²¹⁵Cracogna, Dante. (2003). "La supervisión de las cooperativas en América Latina". Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa. Edición núm. 46, pág. 249

²¹⁶Conforme se señala el artículo 30 de la Ley 454 de 1998 de Colombia, el organismo promotor cooperativo es el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, mientras que, conforme a lo estipulado en el artículo 34 de la norma referida, el organismo supervisor cooperativo es la Superintendencia de la Economía Solidaria.

²¹⁷ Conforme a lo estipulado en el artículo 186 de la Ley N° 18.407, el organismo promotor es el Instituto Nacional del Cooperativismo (INACOOP), mientras que conforme al artículo 211 de la misma norma, el organismo supervisor es la Auditoría Interna de la Nación, excepto respecto de las cooperativas sociales que serán controladas por el Ministerio de Desarrollo Social.

²¹⁸ Regulado en el párrafo 2° del artículo 36 de la Ley 454 de 1998 de la Ley Colombiana.

²¹⁹Regulado en el art. 105 del Decreto con fuerza de ley N° 5 de Chile.

²²⁰Ramírez Baracaldo, Benjamín. (2001). La supervisión y el control de las cooperativas y organizaciones solidarias. ARFO Editores e Impresores Ltda. Bogotá, pág. 35.

Antonio Rammauro. Control y autocontrol Uruguay: 10 años de cooperativas sociales.

Las opiniones y valoraciones vertidas en este documento son de su exclusiva responsabilidad del autor y no necesariamente expresan la posición de MIDES

RESUMEN:

Las cooperativas sociales son un tipo de cooperativas de trabajo con algunas importantes características que las diferencian del resto. Una de esas diferencias radica en que al menos un 75% de sus socios debe pertenecer a sectores en situación de vulnerabilidad social. Esto puede explicar que se asigne al Ministerio de Desarrollo Social todo lo relativo a la promoción, formación, acompañamiento y control de las mismas. La intervención va desde que nace la idea hasta que la cooperativa se transforma o muere. Podríamos decir que el MIDES se ocupa aún más allá del ciclo vital. En la tarea, el MIDES recurre a Organizaciones de la Sociedad Civil, tercerizando buena parte del trabajo. Intentaremos dar cuenta de experiencias en que los propios principios cooperativos parecen quedar en jaque y cómo el control a las cooperativas se vuelve espejo revelador de los debilidades y fortalezas de procesos donde el MIDES y las políticas públicas, son actores fundamentales. Nos proponemos reflexionar sobre prejuicios, estigmatizaciones y tensiones. Ensayaremos algunas respuestas. Otras preguntas quedan planteadas. En clave de políticas públicas que promuevan la Economía Social y Solidaria la conclusión no puede ser otra: queda mucho por hacer.

CONTROL and SELF-CONTROL

URUGUAY: 10 years of social cooperatives.

ABSTRAC: Social cooperatives are a kind of work cooperatives with some important characteristics that distinguish them from the rest. One of those differences lies in the fact that at least 75% of its associates must belong to sectors in social vulnerability. This can explain why everything related to its promotion, construction, accompaniment and control is assigned to the Ministry of Social Development. The intervention starts with the conception of the idea and ends with the transformation or end of the cooperative. We might say that the MSD takes care of far more than its life cycle. In the task, MSD uses Civil Society Organizations, outsourcing a good part of the work. We will try to describe experiences in which the cooperative principles themselves seem to be in check, and how the control of cooperatives becomes a revealing mirror of the strengths and weaknesses of processes where the MSD and the public policies are key actors. We aim to reflect

on prejudices and tensions. We will rehearse some answers. Other questions are raised. In terms of public policies that promote the Social and Supportive Economy, the conclusion cannot be other than: there is much to be done.

LAS COOPERATIVAS SOCIALES (I)

Nacen hace 10 años de la mano de la ley 17.978, y más tarde son incorporadas como un capítulo particular en la ley marco general del cooperativismo – 18.407 – por lo que le son de aplicación también las normas generales.

El artículo 172 de la ley marco se encarga de la definición y objeto:

“Las cooperativas sociales son aquellas cooperativas de trabajo que tienen por objeto proporcionar a sus socios un puesto de trabajo para el desarrollo de distintas actividades económicas, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, con el fin de lograr la inserción social y laboral de los jefes y jefas de hogares pertenecientes a sectores con necesidades básicas insatisfechas, jóvenes, discapacitados, minorías étnicas y todo grupo en situación de extrema vulnerabilidad social”.

Aquí aparecen dos características específicas de este tipo de cooperativas de trabajo: el objeto es lograr la inserción social y laboral de sus integrantes, y al menos un 75 % de ellos, deben integrar sectores en situación de vulnerabilidad social (arts. 172 y 174).

Algunas otras particularidades relevantes son:

- que están exonerada de todo tributo nacional, incluido los aportes patronales a la seguridad social y el FONASA. También están exoneradas de la prestación coactiva.
- que el Estado puede contratarlas en forma directa hasta un monto inferior al de la licitación abreviada.
- que a los efectos de ser proveedores del Estado se las considera como empresas con solvencia y responsabilidad demostradas, aunque se trate de empresas nuevas.

De esta forma, no solo se considera a las cooperativas sociales *como “instrumentos eficaces para contribuir al desarrollo económico y social, al fortalecimiento de la democracia y a una más justa distribución de la riqueza”* concepto que alcanza en la ley a todas las modalidades cooperativas, sino que se manifiesta una intención explícita de intervenir en la estructura de oportunidades, favoreciendo grupos en situaciones de vulnerabilidad socio-económica para que disputen ciertas oportunidades de trabajo formales, compitiendo de forma protegida en la oferta de bienes y

servicios demandados por un Estado que se convierte en espacio de incubación y práctica de grupos de personas organizados jurídicamente bajo un formato cooperativo. Y se propone que el acceso a esas oportunidades se produzca en un marco que de garantía de sustentabilidad.

Este es el escenario en que se asigna al MIDES la tarea de acompañar a las cooperativas sociales desde su gestación hasta que dejan de ser.

POR QUÉ EL MIDES?

Porque por ley 17.866 es el responsable de la coordinación de las políticas sociales nacionales, y le corresponde contribuir al desarrollo de escenarios de participación social que permitan el fortalecimiento de la ciudadanía activa. El Mides crea la Dirección Nacional de Economía Social e Integración Laboral (DINESIL), cuyo cometido es facilitar la inclusión al mundo del trabajo de las personas en condiciones de exclusión y/o vulnerabilidad social, económica y territorial, contribuyendo a la construcción de trayectorias socio laborales, para el fortalecimiento y restitución de ciudadanía, en clave de protección y acceso a derechos.

En esta Dirección se desarrolla el programa de Cooperativas Sociales encargado de la Calificación de los aspirantes a integrar la cooperativa • Capacitación en cooperativismo • Formalización y Registro • Seguimiento y Asistencia Técnica • Control.

Pero el programa se ocupa también de informar y promocionar esta herramienta a participantes de otros programas del MIDES. Además articula con la institucionalidad y la sociedad cuando la demanda para cubrir servicios que podrían brindarse a través de una cooperativa social, llega antes que la oferta, cuando no hay grupo y a veces ni siquiera una lista de personas para formarlo, en esas situaciones el programa procura dar respuesta, para hacer valer la oportunidad.

El programa, de alcance nacional, se organiza internamente en tres departamentos para realizar su labor: Promoción, Difusión y Formalización; Fortalecimiento, Desarrollo, Supervisión y Transformación; Notarial, Auditoría y Administración. Se trata de un equipo multidisciplinario integrado por poco menos de 30 técnicos, del área social, económica, jurídico-notarial y administrativa. Decir además que se apela a la contratación de Organizaciones de la Sociedad Civil reforzando al equipo técnico del MIDES, en particular en la tarea de "seguimiento y asistencia técnica".

DEL CONTROL.

Cuentan los que saben que el termino auditoría, viene del verbo latino *audire*, que significa 'oír', que a su vez se origina en que los primeros auditores ejercían su función juzgando la verdad o falsedad de lo que les era sometido a su verificación principalmente oyendo. Hay que remontarse hasta la edad media para entenderlo mejor. En aquella época la realeza y la nobleza para sostener

su buen vivir establecieron el pago del diezmo, impuesto que consistía en el pago de la décima parte de los bienes que se poseyeran o produjeran. Esto obviamente no hizo feliz a los obligados que buscaron la forma de evadirlos o reducirlos, escondiendo o disimulando sus bienes. Los encargados de recaudar los impuestos enviaron a servidores poco conocidos para que disimuladamente oyeran murmuraciones e historias que ayudaran a delatar y descubrir a los transgresores. Aparecida la contabilidad de doble columna - "pérdidas y ganancias" - los auditores dejaron de oír solamente para convertirse en revisores de cuentas. Instalaron un sistema de registro con duplicado, utilizando dos rollos de papel, el original, que en el latín vulgar de la época llamaban rotulus "rollo de papel", y la copia, que llamaban contrarotulus "rollo de verificación". Esto enseña el origen del término "control" y nos ayuda a introducirnos en tema.

Más cercano en el tiempo, resultado de la evolución del derecho Administrativo se incorpora la definición de control como "comprobación de regularidad de una función propia o ajena". Comprobación de regularidad supone reglas, normas a seguir. Función está asociada a tarea, actividad. En definitiva comprobar que la actividad respeta las reglas que le son propias. En este sentido se podría decir que estamos hablando del objeto del control. En este caso control de juridicidad, diferente a aquel otro donde se juzga la oportunidad o conveniencia, lo que se ha dado en llamar "control de mérito". Y cuando existe control, existe un órgano de controlador, procedimientos y medios.

DEL CONTROL A LAS COOPERATIVAS SOCIALES.

Cuando hablamos de autoridades de contralor, el artículo 211 de la ley 18.407 en la redacción dada por ley 19.181 expresa que *"La fiscalización sobre las cooperativas estará a cargo de la Auditoría Interna de la Nación, excepto respecto de las cooperativas sociales que serán controladas por el Ministerio de Desarrollo Social y de las cooperativas de vivienda que serán controladas por el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente..."*

Sin perjuicio de las atribuciones y cometidos asignados al Ministerio de Desarrollo Social en relación a las cooperativas sociales, la Auditoría Interna de la Nación podrá establecer criterios técnicos de contralor...."

Sucede que cuando la ley dice *"sin perjuicio de las atribuciones y cometidos asignados al Ministerio de Desarrollo Social en relación a las cooperativas sociales..."* no se refiere solamente a las que se enumeran en el capítulo "Control Estatal de las Cooperativas", normas comunes a todas las modalidades de cooperativas.

Veamos más en detalle que le encarga la ley al MIDES, en términos de "control".

1- El grupo pre cooperativo, previa a su formalización como cooperativa, debe acreditar ante el Ministerio de Desarrollo Social su viabilidad social y económica.

En el análisis de la viabilidad social se indaga entre otras cosas acerca del conocimiento mutuo entre quienes se proponen formar el grupo, la forma de relacionarse, el tiempo que llevan reuniéndose en torno al proyecto, cómo toman las decisiones. El proceso de capacitación en cooperativismo a cargo de los técnicos del MIDES revela información importante en ese sentido. Aquí se interviene activamente en la construcción del grupo, contribuyendo a la creación y fortalecimiento de vínculos. Respecto a la viabilidad económica se indaga sobre el bien o servicio que se proponen ofrecer, experiencia y capacitación específica, aspectos relacionados a la producción y comercialización, consejo de salario que corresponde. Pero resulta determinante la existencia efectiva de un cliente. No alcanza una buena idea, ni alcanza un grupo consolidado. Tampoco es suficiente tener la personería jurídica abajo del brazo. La capacitación y la experiencia no alcanzan como sostén. Si no hay cliente los números no cierran.

2- Aprobada la viabilidad social y económica, las cooperativas sociales deben presentar los estatutos al MIDES, previo a la inscripción, para que califique la vulnerabilidad socioeconómica de los socios y para que verifique que se han incluido en el proyecto de estatuto, otras dos características diferenciales de este tipo de cooperativa: que los excedentes, si los hubiera, en ningún caso serán repartidos entre los socios y que no puede existir remuneración por ejercer cargos de dirección en la cooperativa. Recordar que al menos el 75 % de los socios deben integrar hogares en situación de vulnerabilidad social. El tema de los excedentes responde al valor que se le da a la capitalización en términos de fortalecimiento grupal y empresarial. Pensemos en capacitación, marketing, máquinas y herramientas, imprevistos asociados en ocasiones a una precaria gestión por falta de experiencia.

3- El MIDES debe controlar que el trámite de formalización ha culminado exitosamente a efectos de incorporarla al Registro Nacional de Cooperativas Sociales y para comunicárselo a los ordenadores de gastos para que puedan ser invitadas a participar de las licitaciones abreviadas según el giro productivo al que pertenecen.

4- Cuando la cooperativa pretenda incorporar un asociado, debe presentar al MIDES, en forma previa a su incorporación social, solicitud de habilitación de la persona para ser socio, a efectos del control previsto respecto a la situación de vulnerabilidad.

5- Dentro de los primeros diez días hábiles de cada mes, la cooperativa debe comunicar al MIDES los cambios ocurridos en el padrón social, por ingreso o egreso de nuevos socios, como asimismo la modificación en la integración del Consejo Directivo. Esta norma de control tiene al menos dos propósitos. Por una parte conocer en tiempo real quien es representante, y por lo mismo referente, interlocutor por la cooperativa frente al MIDES. Por otra parte porque importan las altas y bajas de

socios a efectos de controlar que se cumple con la ley en cuanto a que el número de trabajadores en relación de dependencia no podrá superar el 20% de los socios de la cooperativa.

6- Cualquier modificación al estatuto social, debe presentarse al MIDES, en forma previa a su inscripción en el Registro Nacional de Cooperativas y luego la cooperativa debe acreditar ante el MIDES la formalización de la modificación. Esta intervención se propone controlar que se mantengan aquellos requisitos exigidos por la ley a este tipo de cooperativas pero al mismo tiempo tiene una importancia práctica relevante. Las cooperativas sociales buscan permanentemente mejorar su estabilidad laboral y sus ingresos. Un recurso que utilizan es modificar el objeto social en el estatuto para ampliar el rubro y mejorar así la oferta de bienes y/o servicios. Y el MIDES se presenta como uno de los principales articuladores entre oferta y demanda. Conocer oportunamente cual es la oferta puede implicar que la cooperativa concrete un contrato.

7- Corresponde al MIDES verificar que se mantiene la vulnerabilidad de los socios porque de no ser así el pasaje a cooperativa de trabajo es preceptivo, salvo cuando dicho pasaje los vuelva a poner en situación de vulnerabilidad.

8- La ley ordena que el MIDES debe dar de baja a la cooperativa en su registro y comunicarlo al Registro Nacional de Cooperativas, en cualquier momento de la vida de ésta en que aparezcan vulneradas las condiciones requeridas para su calificación como tal o en caso que se compruebe su disolución por la vía de los hechos.

9- La misma obligación de darle de baja en el registro tiene el MIDES cuando la cooperativa se transforma en cooperativa de trabajo, ya sea por dejar de pertenecer al sector de población vulnerable, o por la intención de distribuir excedentes o de superar los toques de remuneración fijados por laudo. Aparece entonces otra característica distintiva de este tipo de cooperativas de trabajo: los salarios de los trabajadores socios y no socios no puede ser ni inferior ni superior a los mínimos acordados por convenio colectivo para la actividad y categoría que corresponda. Están topeados.

UNA FORMA DE HACER.

Hasta aquí las responsabilidades de control propias del MIDES respecto de las cooperativas sociales. Ahora corresponde abordar aquellas comunes a todas las autoridades de control de las cooperativas, el capítulo "Control Estatal de las Cooperativas". La intención no es abundar sobre estos controles. Partimos del supuesto de que al ser comunes a todos los tipos cooperativos, un poco más un poco menos, en el mundo del derecho cooperativo todos los conocemos.

Sí nos interesa detenernos en el cómo se realizan esos controles. Del intercambio mantenido con la Auditoría Interna de la Nación surge que la intervención del MIDES tiene algunas particularidades. Eso es lo que queremos compartir ahora.

Recordemos que el programa de Cooperativas Sociales del MIDES se organiza en tres departamentos y por lo que venimos viendo a todos, en algún momento, les toca asumir tareas de contralor. En lo que tiene que ver con estos controles comunes a todo el sistema cooperativo, la tarea principal está a cargo del área de auditoría propiamente.

Integran el equipo de auditoría cuatro técnicos. Dos del área social y dos del área económica. Hablamos de 400 cooperativas dispersas por todo el país. No decimos esto para revelar que nos preocupa la necesidad de más recursos. Tampoco lo decimos “abriendo algún paraguas”. Todo lo contrario. Con este dato solo queremos representar el acumulado de estos trabajadores y trabajadoras, la confianza que se deposita en ellos, el grado de responsabilidad que asumen, la capacidad de trabajar en equipo porque de otra forma no sería posible, y por sobre todas las cosas el compromiso.

a) El objeto: verificar la adecuación al marco legal y contable atendiendo no solo a aspectos que puedan parecer más formales - aunque son mucho más que eso-. Tal es el caso de los libros sociales, balances y documentación respaldante de la contabilidad, actas, recibos de sueldo, nómina de BPS y contratos vigentes, entre otras cosas. Decimos que son mucho más que aspectos formales porque representan, simbolizan, ayudan a ver y entender los otros aspectos que se auditan como lo es la integración y comportamiento grupal, pero muy especialmente el apego o el apartamiento a los principios y valores cooperativos.

b) El origen y la oportunidad: La regla es sean de oficio, a partir de una planificación que se propone optimizar re cursos, en particular y en la medida de lo posible, visitando a más de una cooperativa cada vez que se viaja al interior. Pero también las auditorias pueden proceder a solicitud de la cooperativa o de un grupo de socios como señala la ley. La planificación inicial puede verse alterada para atender situaciones emergentes que demandan un abordaje prioritario.

c) El procedimiento: Se comunica de la visita al menos a dos integrantes de la cooperativa, telefónicamente o vía mail, con una antelación no menor a una semana informándoles de la documentación que deben tener disponible. La convocatoria puede ser a la Directiva, Comisión Fiscal o incluso a todos los socios según sea el propósito de la intervención específica. La visita es en dupla uno de perfil social y otro de perfil económico. Se explica a la cooperativa la razón de la auditoría, con todo lo que tiene de control, alcance y consecuencias, pero poniendo énfasis en los aspectos de orientación y apoyo para resolver las situaciones que se presenten. Los errores que se detectan en el momento se explican en el momento, así como la forma de subsanarlos y se procura dar respuesta a todas las consultas que se formulan. También se les informa como sigue

el procedimiento: evaluación de la información recogida, eventualmente solicitud de ampliación de datos, elaboración de informe conteniendo valoraciones desde el punto de vista social y económico, notificación a la cooperativa del resultado de la auditoría. En caso de constatar irregularidades se explican las mismas, se sugiere como resolverlas y se da un plazo razonable para corregirlas. Se les hace saber que cuentan con los técnicos en el territorio (MIDES y OSC) para el apoyo en el levantamiento de las observaciones que se hubieran formulado. La dupla, en ocasión de la visita y según las circunstancias, puede trabajar simultáneamente con la Directiva y la Comisión Fiscal por un lado, en el análisis de la documentación, y con el resto de la cooperativa por otro lado, relevando aspectos más relacionados con algunos principios y valores. Cuando se requiere se utilizan dinámicas grupales y se incorporan incluso aspectos lúdicos que faciliten la comunicación y permitan visibilizar aspectos que de otra forma pueden no aflorar.

Notificados, transcurrido el tiempo sin que las observaciones sean levantadas o lo sean solo parcialmente, se los intima concediéndoles un nuevo plazo perentorio bajo apercibimiento de proceder a la baja en el registro o bien se los contacta nuevamente para explorar las posibilidades de apoyo para que puedan resolver las situaciones pendientes, según los casos.

Nunca se ha recurrido a atribuciones legales como solicitar a un Juez la suspensión de resoluciones de los órganos sociales o la intervención judicial de su administración. Mucho menos la disolución y liquidación de la cooperativa. Tampoco se ha negado un certificado regular de obligaciones, aunque en más de una ocasión se ha entregado en forma provisoria por plazos que no exceden los 90 días. Pueden ensayarse algunas explicaciones al respecto. De aquí en más el trabajo versa sobre eso: plantear preguntas, ensayar respuestas y reflexionar acerca de la pertinencia de algunas propuestas.

DEL CONTROL y EL AUTOCONTROL.

El autocontrol en las cooperativas, está dado por la interacción de sus órganos, a los cuales la ley atribuye roles, forma de actuación y de vincularse que le son propios. Derechos y obligaciones, atribuciones y límites. A la Asamblea, Consejo Directivo y Comisión Fiscal, hay que sumar a la Comisión de Educación y Fomento Cooperativo que juega o puede jugar un papel importante en el logro efectivo de esa interrelación. Un adecuado funcionamiento de estos órganos contribuye a consolidar prácticas acordes con los principios y valores cooperativos. No alcanza con eso, no se puede sin eso. Pero no es éste el autocontrol del que nos ocuparemos en las líneas que siguen.

Cuando desde el MIDES se sale a auditar, las situaciones con las que se encuentra el equipo son dispares. Desde el programa se informa que las principales observaciones formuladas a las cooperativas tienen relación con libros presentados en situación irregular, confusión de tipos de actas, falta de contabilidad básica, atrasos en los balances, dificultades para mantener al día y comunicar bajas y altas en el padrón social, exceso de empleados, reparto de excedentes y robos.

Los principios y valores más vulnerados – además de los implícitos en estas situaciones - hacen al control y gestión democrática; la autonomía en particular respecto del cliente; la participación económica, la cooperación y el intercambio cooperativo. También se visualizan dificultades relacionadas al principio de educación y capacitación por los costos de esta.

El MIDES controla a las cooperativas sociales, estudia la viabilidad social y económica del proyecto, las capacita, las asesora y les brinda asistencia técnica. Acompaña a las cooperativas durante todo el ciclo vital. La ley le hace ese encargo al MIDES porque se valora que, tratándose de personas en situación de vulnerabilidad socio económica, es probable que existen factores culturales e ideológicos, que se traducen en hábitos y comportamientos, que pueden obstaculizar la gestión y organización del trabajo que define a los proyectos cooperativos. Sumado a eso, como regla, no han contado ni cuentan con recursos, capacidades y destrezas básicas para iniciar y sostener el proceso.

Cuando el equipo del MIDES audita no solo se encuentra con una cooperativa social. Se encuentra con un proceso. Proceso en el cual intervino, en muy diversas formas y en distintos momentos. Con esto queremos significar – en términos legales a los que hemos recurrido muy poco – que al MIDES le corresponden las generales de la ley. Que puede, viendo los resultados, identificar en el proceso dónde la intervención fue suficiente y dónde hacía falta más o diferente, porque la cuestión no es necesariamente cuantitativa. Debe quedar claro que no estamos diciendo que las debilidades y fortalezas de las cooperativas son responsabilidad del MIDES. Decimos que el MIDES puede tener su cuota parte. Recogerá verdes y también maduras. Es así que el control que practica el MIDES brinda elementos para verificar también cómo el MIDES cumple con lo que la ley le encarga, convirtiéndose este “autocontrol” en una oportunidad para reflexionar, ratificando o rectificando acciones y estrategias.

Como decíamos antes el MIDES apela a la sensibilización, la información y la formación antes que a la sanción para procurar que las cooperativas modifiquen comportamientos que las apartan de lo que las normas establecen. Por eso es que algunos instrumentos legales de persuasión o corrección no se han puesto en práctica. Sucede también lo que acabamos de ver. En el análisis de una situación concreta puede concluirse que una intervención más oportuna o sostenida del MIDES pudo evitar el desvío que ahora habría que sancionar. Y ese puede ser el momento en que el MIDES brinda el apoyo que debió ser antes. Pero también aparece una tensión muy difícil de resolver. No podemos olvidar que estamos refiriendo a mujeres y hombres que integran hogares en situación de vulnerabilidad social y económica. Una pequeña multa puede desestabilizar un presupuesto ajustado, agravando los incumplimientos, así como la pérdida de un contrato puede ocasionar un daño irreparable.

Igualmente hay que tener presente que la vulnerabilidad tampoco es un pase libre para apartarse de todo y contra todo. Corresponde al MIDES velar porque las cooperativas sociales no se conviertan en fachada de un trabajo dependiente y precarizado, que no sean un medio para que algunos se apropien del resultado del trabajo de los otros. Ante esos casos hay que tener la capacidad técnica para discernir cuando estamos frente a desviaciones que, con voluntad de la cooperativa y apoyo, pueden corregirse y cuando estamos frente a situaciones en que la voluntad es que las cosas sigan igual. La respuesta no deber ser la misma en uno y otro caso, porque el poder de algunos instrumentos se debilita si se les da un mal uso o si no se usan. Dicho esto sin perjuicio del poder discrecional del Estado de resolver situaciones por razones de oportunidad y/o conveniencia, apartándose de lo que pueda sugerir un dictamen técnico, siempre que la acción no vulnere el principio de transparencia ni se transforme en arbitrariedad.

PRINCIPIOS y continuaciones.

Decíamos que uno de los principios que aparece más vulnerado en estas cooperativas es el de control y gestión democrática. El análisis y sistematización de prácticas del equipo del MIDES a cargo del acompañamiento a las cooperativas ha permitido visualizar que el respeto a otros principios y caracteres de las cooperativas son factores que inciden en esta situación no deseada. En concreto el principio de libre adhesión y el carácter de ilimitado del número de socios. Cuando mayor es el número de integrantes, mayores y más complejas son las dificultades para la consolidación y desarrollo del grupo. Más son los problemas para organizar el trabajo frente a la falta de experiencia en la gestión y se presentan problemas de relacionamiento en términos de disputas de poder entre sus integrantes, con tendencia a que los consejos directivos se perciban, por ellos mismos y por los demás, como los dueños de la cooperativa. Por otra parte, como alternativa laboral que es, logra seducir a personas unidas por lazos de parentesco a conformar o integrarse a un grupo cooperativo. Así las relaciones de afecto y/o poder que se dan a la interna de la familia muchas veces se trasladan y reproducen a la interna de la cooperativa, resultando en alianzas familiares que asumen posturas corporativas.

Puede ser posible contribuir a aliviar esta tensión desde la revisión de las prácticas de intervención, pero pensamos que la adecuación del marco legal es necesaria, determinando un número máximo de integrantes, de la misma forma que existe un mínimo, y prohibiendo que existan lazos de parentesco entre socios dentro de un mismo órgano de dirección, o entre integrantes de órganos de contralor y órganos controlados.

Existe una tensión muy importante en cuanto al ejercicio efectivo del principio de autonomía e independencia que nos interesa dejar planteado para que nos ayuden a reflexionar. Resulta difícil a las cooperativas percibirse y comportarse con autonomía por la influencia institucional ejercida a través del apoyo, seguimiento y control, cuando además el cliente es el Estado y cuando las

normas señalan que uno puede ponerle valor al trabajo, pero el precio ya viene dado. Nos preguntamos cuánto podría contribuir que estas cooperativas se asociaran en un colectivo que les otorgue identidad corporativa y de representación de ese universo. También nos preguntamos si los privados no contratan cooperativas sociales porque las estigmatizan debido a la situación de vulnerabilidad de sus integrantes, o es más simple aún y no las contratan porque un cooperativismo que se fortalece y crece reduce los espacios que el capital se reserva para seguir acumulando. Entender esto nos puede ayudar a definir si el camino es insistir con la sensibilización, la información y los incentivos, o si hay que buscar otras alianzas, dentro del propio sector cooperativo y con los consumidores, que somos todos.

LA POLÍTICA PÚBLICA.

Cuando el MIDES controla, no solo revela lo que la cooperativa esta pudiendo o lo que el MIDES ha hecho. También evidencia cuestiones que hacen a la política pública. Si la política pública representa un compromiso del Estado de impulsar determinadas acciones para enfrentar determinadas situaciones, debe esperarse que actúe como uno solo en consonancia con esos postulados. En lo que respecta a las cooperativas sociales pretendemos detenernos brevemente en dos aspectos en que parece que aplica para el Estado aquello de “puede rendir más”. Por un lado se dispone que el Estado pueda contratar a una cooperativa social mediante compra directa hasta el monto de la licitación abreviada. El Estado es el principal consumidor de bienes y servicios. Muchos de los cuales producen o brindan estas cooperativas. Sin embargo el comportamiento del Estado es muy desigual a la hora de privilegiar la compra a una cooperativa social. Esto sucede aún cuando es muy difícil competir contra una oferta de estas cooperativas que presentan magros presupuestos en tanto el componente salarial se reduce a los mínimos determinados por la ley, no se facturan impuestos, ni se incluyen aportes patronales a la seguridad social. Y donde tampoco aparece la ganancia patronal propia de las empresas capitalistas. Pero además en situaciones en las que está por demás acreditada la calidad de esos bienes y servicios porque otros sí las han contratado y re contratado. Desde la economía social se entiende el consumo como acto político. Elegir comprar a cooperativas es promover un tipo de sociedad. Y elegir comprar a cooperativas sociales es además hacerse cargo de una deuda histórica con los más vulnerabilizados. Por otro lado, la ley señala que en ningún caso podrán repartirse entre los socios los excedentes en caso de que los hubiera. Medida que compartimos ya que supone, como la ley señala, que deban “*destinarse a crear reservas o a la consolidación y mejora del servicio prestado*”. Porque esto representa ni más ni menos que la posibilidad de salir de la situación de vulnerabilidad a partir del propio trabajo. La mala noticia es que va ganando terreno la idea de que un presupuesto conveniente deja de serlo si existe la posibilidad de reducirlo aún más. Así se exige a las cooperativas sociales que reduzcan los pequeños márgenes de excedentes que presupuestaron o incluso que se eliminen. Así estas cooperativas no crecerán, no se fortalecerán,

y peor aún se exponen a caer en incumplimientos al no tener la mínima posibilidad de capitalizarse mínimamente, para poder afrontar siquiera mínimos imprevistos, valga el juego de palabras. Vale decir que imprevistos pueden ser las propias multas que les cobran organismos públicos por servicios que las cooperativas no pagaron en fecha porque el Estado no les pagó en fecha a ellas.

LAS COOPERATIVAS SOCIALES (II)

Según información del programa a octubre de 2016 son 437 las cooperativas sociales que han completado el proceso de formalización y 399 permanecen activas. Reúnen a 3852 socios y a 813 trabajadores contratados. Hacen un total de 4.665 personas. El MIDES le ha visto la cara a todos alguna vez. Un 58 % del total son mujeres. Se conocen del barrio o por compartir historias de un empleador en común, son derivados desde otros programas, se juntan por iniciativa y necesidad de algún cliente. Son también los que producen bienes y se organizan buscando un marco adecuado para ofrecer su producción en el mercado. No hay departamento del país donde no haya cooperativas sociales. Las hay de 5 socios y las hay de más de 100. Trabajan en el mantenimiento integral, áreas verdes, construcción y afines, limpieza, limpieza hospitalaria, gastronomía, portería y conserjería. Las podemos encontrar además en el cuidado de personas, en la prevención y promoción de salud, clasificando residuos, realizando mantenimiento eléctrico, como toma consumos, en la recolección de residuos, call center, recreación, camilleros, enfermería, administración, serigrafía, cadetería, mensajería, como cuida parques, guías turísticos, o elaborando productos de panadería, dulces, artesanías, son metalúrgicos, carpinteros, trabajan en la pesca, en la lechería y la lista sigue. En el 93 % de los casos el principal cliente es el Estado: ministerios, entes autónomos y servicios descentralizados, intendencias, municipios y alcaldías. Son datos relevantes a la hora pensar el alcance de la política social, para diseñar las estrategias de intervención, para definir acciones, para medir los resultados, para evaluar y seguir haciendo.

A MODO DE REFLEXIONES FINALES.

Quedan muchas cosas por decir y muchas más aún por hacer. Puede haber quienes saquen cuentas de cuánto se ha invertido en este programa y quienes se apresuren a concluir que se ha fracasado porque en 10 años muy pocas se han transformado en cooperativas de trabajo. Nos quedamos - aunque no nos conformamos – con que hoy casi 5000 mujeres y hombres sostienen un trabajo formal al que seguramente no hubieran podido acceder de otra forma. Nos quedamos con la apuesta a fortalecer y restituir ciudadanía a partir de la construcción de trayectorias laborales que, dada la centralidad del trabajo, terminan siendo trayectorias de vida. También nos quedamos pensando en la posibilidad de incorporar herramientas como el balance social y la auditoría social, para evaluar en debida forma el impacto de estos procesos colectivos en cada cooperativista, saber que cambió desde su primera asamblea, que cambió a partir de esta experiencia cooperativa en sus vínculos familiares, en las relaciones de vecindad, en el

compromiso con la comunidad, cuánto más conscientes de las relaciones de producción hegemónicas y cuánto más críticos de la vida cotidiana resultan hoy. Nos quedamos con la señal política que ha dado el Estado al pensar en el cooperativismo como instrumento de inclusión e integración, de fortalecimiento de la democracia y distribución de la riqueza. Nos quedamos con la idea de que la economía social y solidaria y el cooperativismo deben ocupar un lugar más privilegiado en la agenda pública y en la agenda social. Quedan, para todas y todos, las preguntas planteadas. Nos llevamos las respuestas que ensayamos, para repensarlas.

Arrillaga Álvaro-Bemposta Macarena-Colman Mónica-Márquez Ana Karina-Pinato Ana-Sosa Flavia. Supervisión estatal y autonomía de las cooperativas a través del autocontrol

RESUMEN:

Tiene como objetivo analizar la supervisión estatal en Uruguay y su relación con el autocontrol de las cooperativas desde la visión de AIN en función del análisis del principio de control y gestión democrática; la Comisión Fiscal como principal órgano de control interno y buenas prácticas de gobierno corporativo.

ABSTRACT:

The purpose of this analysis is the state supervision in Uruguay and its relationship with self-control of cooperatives from the vision of AIN, based on the analysis of the principle of control and democratic management; the Fiscal Commission as the principal body of internal control and good corporate governance practices.

I. CONCEPTO DE CONTROL Y SUPERVISIÓN ESTATAL.-

Delpiazzo, siguiendo a Giannini y Frugone Schiavone; toma una noción amplia de control expresando que el mismo es la “comprobación de regularidad de una función propia o ajena” y de tal concepción extrae los dos componentes básicos del mismo: Una función -toda tarea, trabajo o actividad- y un conjunto de normas -cualquiera sea su naturaleza, jurídica o no-, que rigen el desarrollo de la función. En este sentido, afirma que “el control de una actividad supone un juicio lógico respecto a si dicha actividad se conforma o no a las reglas que la regulan” y la emisión del juicio lógico, es la exteriorización de la comprobación de regularidad.

Por su parte, Cagnoni habla de elementos del control y cita: el órgano controlador, el fin perseguido, la estructura, el procedimiento y los medios. La estructura del control consta de un momento preparatorio o de toma de información, de un momento lógico o nuclear en el cual se emite juicio acerca de la regularidad de la actividad que se controla y un momento eventual, de carácter conminatorio, que se dará si el juicio es desfavorable o negativo.

En Uruguay el control estatal de las cooperativas se define como el poder – deber de un organismo del Estado designado por la Ley, de hacer cumplir la misma, así como la reglamentación y los estatutos cooperativos; sea en la etapa de constitución, funcionamiento, disolución o liquidación de una Cooperativa, imponiendo asimismo sanciones en caso de infracciones a las normas citadas. Dicha función está a cargo de la Auditoría Interna de la Nación -A.I.N- (Art. 211 de la Ley General de Cooperativas N° 18.407 en redacción dada por la Ley N° 19.181, en adelante L.G.C.) para las cooperativas en general, exceptuando las cooperativas sociales y de vivienda.

El órgano de control, alineado con la Rec. OIT N° 193, debe bregar por la identidad cooperativa – partiendo de la especial naturaleza de este tipo de empresas con características y principios que le son propios- y el interés general en la existencia de este tipo de organizaciones, consideradas como “instrumentos eficaces para contribuir al desarrollo económico y social, al fortalecimiento de la democracia y a una más justa distribución de la riqueza”. Y de esta forma cumplir su función de garante de la existencia, autonomía, desarrollo y fortalecimiento de las cooperativas, velando por la transparencia del sistema cooperativo y brindando un marco de seguridad a las partes interesadas (a saber entre otras: socios, trabajadores no socios, proveedores, clientes, otras cooperativas, cooperativas de segundo grado que integran, la sociedad, el estado).

En definitiva su importancia radica en velar por el cumplimiento normativo, promoviendo buenas prácticas, armonizando criterios, monitoreando el funcionamiento del sistema.

II. AUTOCONTROL.-

Una de las formas de promover la autonomía de las cooperativas, es propender al fortalecimiento del control interno en este tipo de empresas.

El control interno es un proceso efectuado por la dirección y el resto del personal de una entidad, diseñado con el objeto de proporcionar un grado de seguridad razonable en cuanto a la consecución de objetivos, con eficacia y eficiencia de las operaciones; confiabilidad de la información y el cumplimiento de las leyes, reglamentos y normas que le sean aplicables. En tanto se considera como un proceso, es que debe visualizarse con distintos estadios, que representan el grado de madurez alcanzado por el mismo. Asimismo, para asegurar su eficacia debe gestionarse como un proceso de mejora continua.

Se entiende por autocontrol cooperativo el sistema y medios de que deben disponer las propias organizaciones cooperativas, para mantener la eficiencia y eficacia de sus empresas en armonía con el interés de sus socios y de la comunidad en general²²¹.

La existencia de un sistema de autocontrol de las cooperativas, garantiza su autonomía y viabilidad, supone el fortalecimiento de la autogestión; la existencia de buenas prácticas que se traduzcan en el cumplimiento sustancial del “principio de control y gestión democrática”, para lo cual se requiere la existencia de pesos y contrapesos entre los órganos que la componen.

En esta oportunidad se desarrollarán tres aspectos del autocontrol como lo son: a) el principio de control y gestión democrática, b) La Comisión Fiscal como principal órgano de control interno y c) Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo.

²²¹ Definición adoptada en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 004-91-TR, Reglamento de Autocontrol Cooperativo del Perú (http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/1991-01-25_004-91-TR_291.pdf).

a) Principio De Control y Gestión Democrática.-

Los principios cooperativos son lineamientos mediante los cuales las cooperativas ponen en práctica sus valores. La “Declaración Sobre Identidad Cooperativa”, en el Congreso del centenario de la ACI (adoptada en Manchester en el año 1995), definió un conjunto de valores y principios cooperativos fundamentales que fueron recogidos por la L.G.C.

A nivel de doctrina se ha estudiado el concepto e impacto de los principios cooperativos. Se ha sostenido que “(..) Los principios señalan los grandes criterios de lo que la sociedad considera como justo en su área (...)”.

En la Declaración de la ACI, respecto al principio de control y gestión democrática señala que “Las cooperativas son organizaciones democráticas controladas por sus socios, quienes participan activamente en la definición de las políticas y en la toma de decisiones. Los hombres y mujeres elegidos para representar a su cooperativa responden ante los socios. En las cooperativas de base los socios tienen igual derecho de voto (un socio, un voto), mientras en las cooperativas de otros niveles también se organizan con procedimientos democráticos”.

Alfredo Althaus²²² refiere a la “gestión democrática” y “democracia cooperativa” realizando un análisis comparativo con relación a la presencia del elemento democrático en las sociedades comerciales comunes. En ese sentido, afirma que existen diferencias importantes en varios aspectos, una de ellas radica en “*la fuente del poder en unas y otras*”. Mientras que la participación del socio en las sociedades de capital está directamente vinculada al capital aportado, en las cooperativas –en principio- se establece la característica de “un socio un voto” independientemente de su aporte, lo que conlleva a que “la democracia cooperativa tiende a ser real y a asegurar una efectiva y directa participación de los asociados en el gobierno de la empresa común (..), mientras que en las sociedades en sentido estricto...la gravitación de los socios con aportes reducidos en las decisiones colectivas no será siquiera proporcional a aquellos”.

En las disposiciones vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, que hacen al cumplimiento del principio de control y gestión democrático, encontramos instrumentos válidos para lograr un efectivo autocontrol de la entidad cooperativa, a saber:

-Convocatoria a asamblea, quórum y adecuada publicidad.- La L.G.C. y su decreto reglamentario²²³, regulan en distintas disposiciones todo lo relativo a los requisitos relacionados con la convocatoria a asamblea, quórum para sesionar y resolver.

222 Althaus Alfredo A, Tratado de Derecho Cooperativo, Ed. Zeus, 1974, páginas 177 y 178.
223 Artículo 30, 32 y 165 numeral 5) de la L.G.C., art. 13 del Decreto 198/2012.

Dichas normas tienen por finalidad fomentar la participación de la masa social en el acto asambleario, garantizando la toma de decisiones por una determinada proporción de socios y el derecho de contar en forma anticipada con la información necesaria respecto a la realización de las convocatorias a asamblea. La Asamblea General, es el instrumento primario de manifestación de la voluntad de la cooperativa, es la autoridad máxima de la entidad y el ámbito de participación natural de los socios en la gestión de la misma. Su correcto funcionamiento garantiza el cumplimiento del principio cooperativo de control y gestión democrática de los socios que como vimos es un importante indicador de un correcto sistema de autocontrol.

- Asamblea de Delegados.- Nuestra legislación también regula la posibilidad de que la representación en asamblea recaiga en Delegados (artículo 31 de la L.G.C.). Si bien el ideal es contar con la participación directa del socio en las asambleas y demás actos sociales, en casos de cooperativas con elevado número de socios o con una importante descentralización territorial de la masa social -que puede obstar a la presencia de los mismos en las asambleas- se regula esta alternativa como forma de mantener la representación de los socios.

- Voto por poder limitado.- en este ámbito se establece que un socio puede ser representado por otro mediante poder escrito, pero *“Ningún apoderado podrá representar a más de un socio”* y *“No se admite el voto por poder en las Asambleas de Delegados”* (Artículo 33 L.G.C.). Es decir, como otra forma de buscar la participación del socio en la asamblea, si bien se admite esta alternativa a diferencia de ordenamientos jurídicos que la prohíben, la misma está sujeta a las restricciones antes mencionadas.

- Representación proporcional.- Esta es una particularidad que se regula con la finalidad de tutelar la representatividad y participación de los socios de las cooperativas de segundo o ulterior grado. En ese sentido, el artículo 88 de la L.G.C., en forma excepcional al régimen general regulado para las cooperativas, establece que las cooperativas antes mencionadas *“...podrán establecer un régimen de representación proporcional al número de socios, al capital aportado, uso de los servicios u otros criterios que establezca el estatuto”*.

b) La Comisión Fiscal como principal órgano de control interno.-

La Comisión Fiscal, como órgano de control interno y de fiscalización de la actividad económica y social de la cooperativa, debe dar cumplimiento a sus cometidos, asignados legal (arts. 45 a 47 L.G.C.) y estatutariamente. Para ello es necesario que el propio órgano sea consciente de la importancia de su rol y procure el cumplimiento de los mismos, con una adecuada capacitación para su eficaz y eficiente ejercicio²²⁴.

224 “Eficiencia”: en cuanto al óptimo y racional uso de los recursos materiales y humanos de la cooperativa y “eficaz” para lograr el objetivo del socio –desarrollo personal y económico- y de la organización.

Dentro de sus cometidos está el de fiscalizar la dirección y administración de la cooperativa, supervisar la legalidad de las acciones ejecutadas por los demás órganos, que la información proporcionada al socio sea veraz, entre otras. Su función la cumple a través de diferentes técnicas de verificación (ej. arqueos de caja, controles legales y contables periódicos, inspecciones, comparación, observación, revisiones selectivas, etc.).

Si bien la función de la Comisión Fiscal es preponderante en el ámbito del control interno, no es exclusiva ni excluyente. Por el contrario, los órganos integrantes del autocontrol son todos los órganos de la cooperativa, a quienes se les asignan funciones y responsabilidades propias dentro de la estructura orgánica.

Así, la Asamblea General debe supervisar la eficacia de la empresa cooperativa, es decir, que se cumpla con el objeto social, sea viable y sustentable.

El Consejo Directivo supervisa la eficiencia, es decir el óptimo y racional uso de los recursos materiales y humanos del que dispone la cooperativa.

Por otro lado, el Comité de Educación y Fomento Cooperativo, debe difundir las buenas prácticas y proporcionar herramientas de capacitación a la Comisión Fiscal y otros órganos. Asimismo, debe garantizar que el socio tenga conocimientos de los derechos, deberes y requerimientos necesarios para participar de la gestión de la cooperativa, integrando comisiones u órganos de administración.

Algunos países han adoptado reglamentos de control interno²²⁵ que dan los lineamientos principales a cada órgano, fijan los límites y operaciones para el ejercicio del autocontrol y el papel del órgano de control en función de la existencia de este sistema de control interno. Sin embargo, en Uruguay, si bien existe regulación respecto a dicho sistema, no existen disposiciones legales ni reglamentarias relativas a la implementación de reglamentos de este tipo. Sin perjuicio de ello, las cooperativas podrían crear normas y/o reglamentos internos de control, dentro del ámbito de su poder normativo negocial y autonomía.

El cumplimiento de los cometidos asignados a cada uno de los órganos de la cooperativa, da garantías a la puesta en funcionamiento de un sistema de control interno satisfactorio. El hecho de que las cooperativas cuenten con un adecuado sistema de autocontrol permitiría al órgano de control confiar en dichos controles y desarrollar su mecanismo de control y/o supervisión tomando tales resultados como insumos²²⁶. Es decir que los procedimientos aplicados en la fiscalización

225 Véase: Decreto Supremo N° 004-91-TR, Reglamento de Autocontrol Cooperativo del Perú (http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/1991-01-25_004-91-TR_291.pdf).

226 “el objeto de estudio y de la evaluación del sistema de control interno de la empresa o entidad a auditar, cuya implantación y mantenimiento es responsabilidad de su dirección, es determinar en qué grado depositar su confianza en dicho control”. En Revista Española de Financiación y Contabilidad, Vol. XV, n. 46 pág. 183-190. Año 1985.

externa, tendrían un alcance diferente de acuerdo a los resultados que arroje la evaluación de dicho sistema.

Así, frente a un sistema de autocontrol fiable, el alcance de la supervisión estatal podrá disminuir y por el contrario, cuando éste sea deficiente o inexistente, éste debería acentuarse a fin de lograr cumplir el objetivo de la misma. En tal caso, se deberá corregir las situaciones patológicas, y/o formular recomendaciones en pro de la mejora de las entidades sujetas a su control.

c) Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo.-

El gobierno corporativo es el sistema de reglas, normas y/o estándares por los cuales las empresas dirigen su actividad y son controladas. Refiere a los mecanismos que previenen y corrigen los posibles desvíos y conflictos que pueden existir entre los órganos de una empresa, así como las partes interesadas (socios, inversores, proveedores, consumidores y/o clientes, ciudadanía en general, etc.)²²⁷. Cabe mencionar que dentro del movimiento cooperativo se identifica este concepto como “gobierno cooperativo”.

Su puesta en práctica impacta en la actividad económica en general; en el qué y cómo se gestiona; en la estructura y/o cronograma de la organización, la distribución de roles, funciones y cargos, así como en los controles por competencia. Ello brinda garantía y transparencia a la gestión, optimiza los resultados de la empresa y todo ello viabiliza la inversión externa y posibilidades de financiamiento. La implementación del gobierno corporativo en las empresas uruguayas es reciente e incipiente, dada la realidad del mercado nacional²²⁸.

La primera regulación del gobierno corporativo en nuestro ordenamiento, fue a través de la ley de mercado de valores N° 18.627²²⁹. Si trasladamos los conceptos de dicha norma al ámbito de la empresa cooperativa, podríamos afirmar que si bien uno de los caracteres de la cooperativa es la igualdad de derechos y obligaciones entre los socios, la existencia de buenas prácticas de gobierno corporativo, garantiza que dicho carácter se efectivice en la práctica y no sea una mera declaración.

Es el Consejo Directivo quien debe liderar su implementación con compromiso y recursos suficientes.

227 Uno de los pioneros en la formulación de buenas prácticas de gobierno corporativo, como lo fue Adrián Cadbury, definió el gobierno corporativo como “el sistema mediante el cual se ejerce la dirección y control de las empresas”.

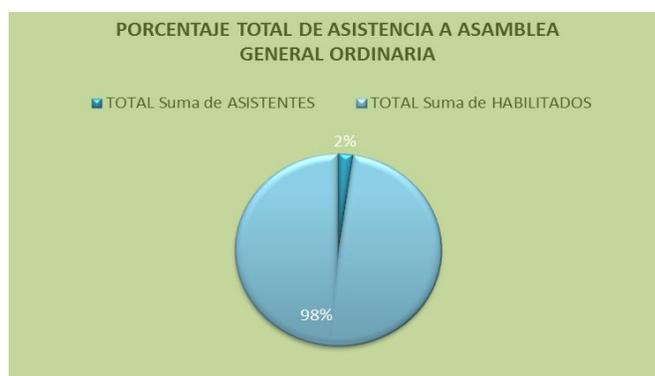
228 Ver en Trabajo “El Gobierno corporativo y el Uruguay opaco” por Alejandro Hernández en publicación Estado de Derecho, Ferrere Abogados.

229 Establece el deber de las bolsas de valores, instituciones privadas que constituyan mercados de negociación de valores de oferta pública y los emisores de valores de oferta pública, de adoptar las prácticas de gobierno corporativo, refiriendo a los procesos de supervisión y los controles de la gestión por parte de la dirección, asegurando el trato justo e igualitario de los “accionistas”.

III. RELACIÓN ENTRE AUTOCONTROL Y SUPERVISIÓN ESTATAL.-

En el marco del cumplimiento de sus cometidos, la AIN tiene atribuciones, que le fueron asignadas por vía legal y que se enumeran en el artículo 212 de la LGC. Una de ellas, es la fiscalización de las Asambleas que celebre la cooperativa.

De las fiscalizaciones realizadas por AIN²³⁰, se constata la escasa participación de los socios en la Asamblea.



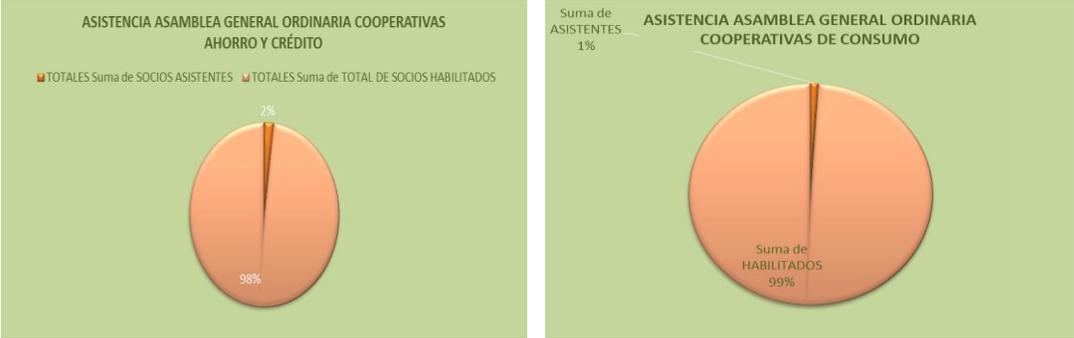
La participación social varía según la actividad –objeto- que desarrolla la cooperativa; es decir aquellas en las cuales el socio obtiene su medio de vida o insumos directamente relacionados con la actividad que constituye su medio de vida (cooperativas de trabajo, cooperativas agrarias), la participación en la gestión es sensiblemente mayor, tanto en términos numéricos así como en su voluntad de involucrarse con las cuestiones sociales.



230

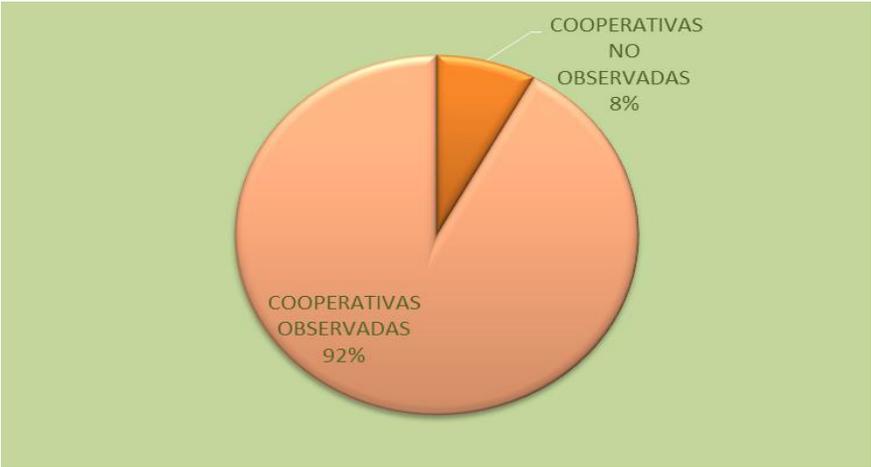
Se analizan Asambleas Ordinarias realizadas en 2015 y comunicadas a AIN.

Por el contrario, en aquellas cooperativas en las cuales el socio obtiene bienes de consumo o servicios, la participación es muy baja (cooperativas de ahorro y crédito y consumo).



En definitiva, si bien formalmente se cumple con el quórum requerido para constituirse válidamente; sustancialmente la participación en las Asambleas no es representativa de la masa social.

Por otra parte, a través de las fiscalizaciones se puede constatar que las Comisiones Fiscales de las cooperativas en un alto porcentaje no funcionan adecuadamente porque no cumplen cabalmente con sus cometidos de control, no se encuentran debidamente capacitados o tienen otras debilidades en su funcionamiento.



IV.- CONCLUSIONES.-

En virtud al desarrollo y relevamiento efectuado, podemos concluir lo siguiente:

- 1) Existen herramientas en la LGC, que viabilizan la existencia de un sistema de autocontrol en las cooperativas. El éxito del mismo, dependerá entre otros factores, del efectivo cumplimiento del principio de control y gestión democrático, así como de la eficacia del sistema de control interno y de buenas prácticas de gestión.
- 2) Para hablar de autonomía de las cooperativas a través del autocontrol es necesario reconocer que es un “proceso” que requiere cierto grado de madurez. Es decir, tener cooperativas que funcionen bajo lineamientos de gobierno corporativo y con eficacia en su sistema de control interno. Para ello es necesario el correcto oportuno funcionamiento de sus órganos de gobierno: Asamblea, como órgano decisorio, Consejo Directorio como órgano ejecutor y Comisión Fiscal como órgano de control interno.
- 3) La supervisión estatal debe ejercerse para garantizar la identidad cooperativa, para lo cual debe disponer de herramientas que le permita actuar con alcance y profundidad diferente en función al nivel de madurez y eficacia que tenga el sistema de control interno de las cooperativas.
- 4) Se reconocen los esfuerzos del movimiento cooperativo por fortalecer el sistema de control interno de las entidades integrantes; no obstante ello, se ha constatado que existe una escasa participación de la masa social en las asambleas generales celebradas por las cooperativas, así como un alto porcentaje de cooperativas en los cuales la actuación de la Comisión Fiscal es escasa o inexistente. En consecuencia, resulta necesario mejorar en estos aspectos, entre otros, para lograr un buen funcionamiento del sistema de autocontrol.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.-

ALIANZA COOPERATIVA INTERNACIONAL. “Identidad y principios cooperativos” (1996), Montevideo: Nordan Comunidad: CUDECOOP.

ALTHAUS ALFREDO A, Tratado de Derecho Cooperativo. Ed. Zeus. 1974. Rosario, Argentina.

ALZOLA IZASKUN; REYES LAVE GA SERGIO “Estudio comparado del proyecto de ley general de cooperativas de Uruguay del 2004 y la normativa vasca sobre cooperativas”. Montevideo: CUDECOOP, 2006.

AMORÍN PISA, MARCELO JUAN, ALGORTA PAULA “Regímenes jurídicos actualizados: sociedades cooperativas: sistema y derecho cooperativo” Montevideo: La Ley Uruguay, año 2010.

CAGNONI, JOSÉ ANIBAL, Introducción a la teoría del control. 1996. Editorial Universidad. Montevideo, Uruguay.

CAJARVILLE PELUFFO, JUAN PABLO. Sobre Derecho Administrativo. Tomo I. 2ª Edición ampliada. 2008. FCU. Montevideo, Uruguay.

CASSINELLI MUÑOZ, HORACIO. Derecho Público. FCU. 2002. Montevideo, Uruguay.

CAZÉRES OTEIZA, JOSÉ LUIS. "Manual de derecho cooperativo" Montevideo: Fundación De Cultura Universitaria FCU, año 1994.

DELPIAZZO, CARLOS E, Desafíos actuales del Control. 2001. FCU. Montevideo, Uruguay.

GODOY EMILIANO, "Contabilidad para Abogados" Editorial Valletta Ediciones. Primera Edición Noviembre 2009.

GUTIÉRREZ DANILO, LAMENZA ALFREDO, MACHADO JORGE, REYES LAVEGA SERGIO, "Derecho Cooperativo Uruguayo". FCU. 2011. Montevideo, Uruguay.

HERNANDEZ, ALEJANDRO, "El Gobierno corporativo y el Uruguay opaco", Publicación Estado de Derecho, Ferrere Abogados. Montevideo, Uruguay

KORZENIAK, JOSÉ, Primer Curso de Derecho Público – Derecho Constitucional. 4ª Edición. 2008. FCU. Montevideo, Uruguay.

REVISTA ESPAÑOLA DE FINANCIACIÓN Y CONTABILIDAD. Vol. XV, n. 46. Año 1985.

REYES LAVEGA, "Derecho cooperativo uruguayo" Montevideo: Fundación De Cultura Universitaria FCU, 2011.

RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos; Manual de Derecho Comercial. V.4. T.7. Sociedades Comerciales. Cooperativas; F.C.U. 1º edición - Mayo de 2013.

SAYAGUES LASO, ENRIQUE, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. 9ª edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo Martins. 2010. FCU. Montevideo, Uruguay.

Edgardo René Ramos Carmona. El control gubernamental de las cooperativas un cambio que debe propiciarse

SINTESIS.

El debilitamiento de las estructuras convencionales y formales de poder, propiciado por la expansión del conocimiento, las nuevas formas de producción y comercialización de productos y servicios; los cambios exponenciales en las relaciones sociales; producto de un proceso sin retorno llamado globalización; obliga a las Cooperativas a replantearse su papel frente a los Gobiernos, sobre todo en aquellos países en donde existen entidades públicas, legalmente facultadas para determinar qué actuación es propiamente cooperativa y cuál no lo es.

Es el momento de dar la mayor relevancia a la autonomía de las Cooperativas frente a los Gobiernos y de propiciar las nuevas formas de organización cooperativa, que habrán de practicar los cooperadores contemporáneos y del futuro.

PLANTEAMIENTO.

Las Cooperativas como forma de organización social, son una más de las múltiples derivaciones del “*collegium*” originario del Derecho Romano; en tal sentido, al igual que le sucedió al “*collegium*” en los distintos estadios de la organización política romana, las Cooperativas so pretexto del resguardo al interés superior del orden público, han sido objeto de la tutela estatal, haciendo prevalecer este orden público, incluso sobre el mismo derecho de asociación que es por antonomasia un derecho humano fundamental.

Actualmente las Cooperativas han alcanzado un elevado desarrollo jurídico y organizacional, llegando incluso a conformar estructuras supranacionales, con reconocimiento en diferentes instancias de integración económica y política, lo que permite afirmar que el cooperativismo como movimiento social, ya goza de una maduración necesaria para ser un actor relevante en la construcción de los nuevos paradigmas, que establecerán las relaciones entre las distintas culturas y formas de generación de riqueza.

En este orden de ideas y tomando como referencia la cada vez más débil posición que enfrentan los Gobiernos en la era de la globalización, de la expansión del conocimiento, y de los inminentes cambios que se deriven de los adelantos tecnológicos tan vertiginosos que enfrenta el mundo, es necesario modificar la relación que se ha dado entre las Cooperativas y los Gobiernos, cualquiera que sea su manifestación ideológica.

La supervisión estatal sobre las Cooperativas, ostenta el aval de la Organización Internacional del Trabajo, que ha emitido recomendaciones al respecto, esto ha llevado a que en diferentes

ordenamientos, las Cooperativas además de la supervisión que reciben por la actividad que desarrollan, sean también supervisadas en razón de su naturaleza y actividad cooperativa.

La existencia de entidades públicas destinadas al control de las Cooperativas en razón de su naturaleza, constituye en los tiempos modernos un exceso del poder de imperium, que no debe ser admitido, aún y cuando estas entidades tengan en sus órganos de dirección, representantes electos por los órganos cúpula o de integración cooperativa en su respectivo país.

Asumir que existe idoneidad por parte de una entidad administrativa, para calificar el grado de legitimidad o apego a valores cooperativos, en la constitución y actuación de un grupo humano organizado como cooperativa, significa colocar en manos de operadores políticos de turno actuaciones que deben corresponder únicamente a entidades estrictamente cooperativas, siendo éstas las capacitadas y especializadas en su respectivo modelo de gestión.

Esta tendencia a depender de los Gobiernos como valuadores de lo que puede constituir una actuación típicamente cooperativa, tiene su origen en el impulso que se otorgó en algunos países al cooperativismo como instrumento de desarrollo económico social, este apoyo en algunos casos fue positivo, pero *“se ha presentado el caso de organizaciones cooperativas auspiciadas y, a veces financiadas en buena parte por entidades oficiales o semificiales, que en cierta medida se resienten también en la influencia de sus patrocinadores y suelen llevar a la opinión pública una idea equivocada sobre la verdadera naturaleza cooperativa”*²³¹

La actividad registral, el control especializado por actividad e incluso la sujeción a la normativa que emane de las superintendencias especializadas, son suficientes instrumentos de control al que son sometidas las Cooperativas por parte de los Gobiernos. Lo relacionado con el control de la actividad cooperativa, debe corresponder en primera instancia a los cooperadores y adicionalmente a las entidades de integración o los organismos auxiliares del cooperativismo que se constituyan con tales fines.

Procede analizar si las Cooperativas en razón de su naturaleza, han de ser proclives a una sujeción especial para el control de los Gobiernos²³², o si por el contrario las Cooperativas deben ya enrumbarse como alternativa ante la débil legitimación de las estructuras formales de Gobierno. Esta discusión revitaliza el tema de la autonomía e independencia de las Cooperativas, que ha sido tratado por larga data y del que existen reveladores criterios manifestando que, *“los recursos, las*

²³¹ Bases del Cooperativismo. C. Uribe G. p14. 4ta ed. SF de Bogotá.

²³² “La categoría de las relaciones de sujeción especial es una parte central de Derecho Administrativo contemporáneo. La misma representa la divergencia existente entre la posición de la Administración y del administrado cuando, dada la proximidad jurídica entre ambos, se da un fortalecimiento a los intereses de la primera que va más allá del balance normal existe entre dos sujetos.” LAS RELACIONES DE SUJECION ESPECIAL EN EL DERECHO PUBLICO ECONOMICO. Manuel Enrique Ventura. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica.

*directrices y las decisiones que el cooperativismo necesita no pueden esperarse de agentes externos del sector en aras de mantener la independencia y autonomía cooperativa. Son los propios asociados, convencidos de la bondad de su organización, quienes a través de su aporte económico y humano, se convierten en agentes y responsables de su propio desarrollo...Debe señalarse que sólo propiciando la autonomía de las empresas cooperativas podrá asegurarse, por ejemplo la equidad, la igualdad y el sentido solidario en el sector. Formar a los miembros cooperativos con un criterio de independencia, aunque no de individualismo, y capacitarlos para ejercer su autonomía a través del conocimiento entendido como la única ventaja competitiva que perdura en el tiempo, es entonces una tarea central...La autonomía va de la mano de la autoayuda y la responsabilidad: no encuentra un clima propicio en el paternalismo, el intervencionismo o el subsidio no generador de procesos de autosuficiencia.”*²³³

En el informe denominado, “Valores Cooperativos Para un Mundo en Cambio” elaborado por Sven Ake Book para el Congreso de la ACI realizado en Tokio en 1992, el autor aconseja con bastante propiedad que, “ *una declaración sobre autonomía puede ayudar, más que nada con respecto de las relaciones con gobiernos y autoridades locales. El Principio puede expresarse según la siguiente formulación preliminar: Para desarrollarse efectivamente las cooperativas necesitan un grado de autonomía adecuado en sus asuntos internos. En consecuencia, deben buscar una independencia apropiada en sus relaciones con gobiernos, autoridades estatales y partidos políticos. Así también sería posible tomar en cuenta el viejo Principio de -neutralidad política-. En mi trabajo preparatoria observé que hay una* Luis Arturo Muñoz C. Ponencia elaborado por ALCECOOP con motivo del CONGRESO CONTINENTAL DE EDUCACION COOPERATIVA. Cartagena de Indias-Colombia.1996 *demanda general para reintroducir ese Principio, pero reformulado como independencia política”*

Bajo el título de “Las Cooperativas en el año 2000” publicado por la entonces oficina regional de la ACI para Centroamérica y El Caribe, Alex .F. Laidlaw al referirse a la relaciones entre las cooperativas y el estado manifestó: “*Existen diversas razones del porqué este es uno de los problemas más difíciles en las discusiones acerca de la teoría y la práctica cooperativa: 1) Es el área fundamental de disputa y diferencias ideológicas en el seno del cooperativismo. 2) Existe la variación más amplia posible de un país a otro, desde aquellos en los que las cooperativas están relativamente libres de control estatal y la interferencia política, a aquellos donde está totalmente dominadas y dirigidas por el gobierno. 3) El problema es complejo en sí, dado a que la situación varía no sólo de un país a otro sino también de una región a otra dentro del mismo país, de un tipo de cooperativa a otro en muchos países, y de un conjunto de circunstancias a otras en diferentes épocas. En resumen es un tema para el cual no pueden existir respuestas fáciles”*

²³³ Luis Arturo Muñoz C. Ponencia elaborado por ALCECOOP con motivo del CONGRESO CONTINENTAL DE EDUCACION COOPERATIVA. Cartagena de Indias-Colombia.1996

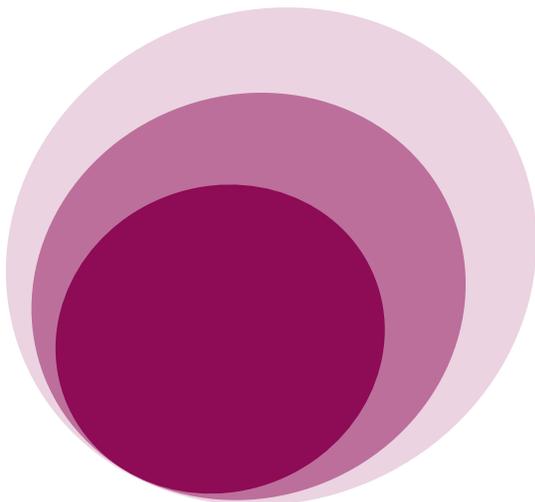
El mundo camina hacia nuevos paradigmas en las relaciones de producción y de interacción social, el poder en todas sus manifestaciones comienza a ser más cuestionado y el conocimiento es cada vez más extendido y de mayor acceso a grandes sectores de la población. En esta dinámica de cambio acelerado, los Gobiernos procuran legitimar su relacionamiento vertical con las organizaciones sociales, las controlan en formas diversas y las involucran en tareas que nos les corresponden. En el caso de las Cooperativas, las manifestaciones de control a la actividad asociativa, son diversas; las administraciones públicas se arrogan la facultad de resolver por vía de pronunciamiento administrativo, cuál actuación corresponde a una forma legítima de organización cooperativa, eluden la actividad, sus conflictos y determinar sus procesos internos de estructuración empresarial.

Solamente las Cooperativas a través de sus propios asociados y con el soporte de sus organizaciones de integración, pueden ejercer el control de su actividad asociativa, los Gobiernos pueden y deben controlar a las Cooperativas únicamente en lo relacionado con su actividad ante la colectividad. Las distintas manifestaciones de la actividad Cooperativa que habrán de surgir en el futuro inmediato, corresponde propiciarlas y calificarlas sólo a los cooperativistas del futuro.

Tema 1

(Ponencia del Congreso de Derecho Cooperativo en conjunto con el I Foro Internacional)

Las cooperativas en las constituciones nacionales. Diversas modalidades.



Las cooperativas en las constituciones nacionales.

Dante Cracogna

Tema 1: (Congreso y Foro Internacional).Las cooperativas en las constituciones nacionales. Diversas modalidades. Dante Cracogna. Las cooperativas en las constituciones nacionales.

Síntesis. Se suele postular la incorporación de las cooperativas en el texto de las constituciones nacionales, pero también suele señalarse la irrelevancia de tal inclusión. Esta ponencia apunta a analizar, en forma general, ambas situaciones a la luz de la teoría constitucional y a formular algunas apreciaciones acerca de los modelos de esa incorporación y sus posibles consecuencias.

1. Significado de la constitución

La constitución constituye el alma del Estado, como se la definió en la Grecia clásica.. Desde ese punto de vista, no puede existir Estado sin constitución toda vez que ésta le brinda su forma, en el sentido aristotélico de la palabra; es decir hace al Estado ser lo que es.

Tal acepción de la palabra constitución inviste sentido neutro, vale decir que no implica abrir juicio de valor acerca de su contenido; simplemente, la constitución existe como dato empírico. Y desde ese punto de vista puede tener diferentes características según los casos, de la misma manera que hay personas de diferentes texturas física, estados de ánimo y apariencias externas.

Sin embargo, se ha considerado que la constitución es una suerte de pacto -real o imaginario- que celebran quienes forman una comunidad nacional a fin de dar origen y forma a la sociedad en que la viven. Las teorías del pacto o acuerdo social tienen profundo arraigo en la tradición filosófica política de Occidente y ayudan a concebir a la sociedad como un producto de la creación voluntaria de sus miembros, a diferencia de la concepción clásica que la concebían como un dato de la naturaleza humana.

A la luz de la nueva concepción, la constitución deviene un acuerdo o contrato que se modela según al gusto y la voluntad de los integrantes de la sociedad, en el que se plasman sus ideas y aspiraciones. Por lo tanto, ese pacto es renovado permanentemente y puede ser adecuado o modificado en razón de las circunstancias históricas puesto que para continuar vigente debe ser ajustado. Ello explica que la sociedad permanece pero su organización se adapta.

En las sucesivas adecuaciones se van incorporando algunos rasgos que modelan la convivencia , a la vez que se descartan otros que se consideran superados o contraproducentes.

El llamado constitucionalismo moderno le ha conferido a la constitución una elevada carga emotiva positiva al atribuirle a ella un significado universal de preservación de las libertades humanas básicas con el correlativo freno a los excesos del Estado. Las constituciones que no se ajustan a ese modelo no merecen nombre de tales. A ello se fueron agregando notas relativas a la

promoción de las personas por vía del constitucionalismo social que vino a completar la noción política anterior.

De todas maneras, con el fenómeno de la integración supranacional, crecimiento de los organismos y de los convenios internacionales, la dureza con la que se solía concebir a las constituciones nacionales fue perdiendo su rigidez. Contribuyó asimismo a ese cambio la globalización creciente y la consiguiente aparición del *soft law*.

2. La noción política y jurídica de constitución

Paulatinamente la noción de constitución ha ido circunscribiéndose al ámbito de su significado jurídico y político, por lo que vino a ser considerada como uno de los elementos configurantes del Estado. Incluso Kelsen llegó a identificarla con éste puesto que -según su teoría- el Estado no es otra cosa que el propio orden jurídico.

La distinción entre las partes dogmática y orgánica de la constitución fue asimismo profundizada de tal manera que sólo la última llegó a ser considerada como verdadera constitución en tanto establece el procedimiento para la creación de las leyes e, indirectamente, para la creación de todas las normas que por esa razón integran el ordenamiento jurídico.

En cambio, la parte dogmática, a la que la teoría constitucional había adjudicado la mayor importancia, pasó a ser considerada como un apéndice más ideológico que jurídico arbitrado por la burguesía triunfante con miras a asegurar que el legislador no traspasara los límites allí impuestos. No obstante, esa misma imputación vino a convertirse en un reconocimiento de que el llamado Estado de derecho es aquél cuya estructura de poder se desenvuelve estrictamente dentro del marco impuesto por la constitución. Aparecía ésta, pues, como garante de sus propios contenidos.

La generalizada aceptación de que la constitución consiste en el último y máximo escalón de la jerarquía normativa en el orden nacional le confiere a ella el carácter de un cartabón para juzgar si las normas inferiores pueden considerarse como parte del ordenamiento jurídico que representa. Y, por consiguiente, si resultan válidas y obligatorias.

Como consecuencia, las propias constituciones crearon mecanismos conducentes a asegurar su supremacía evitando que las instancias inferiores crearan normas legales, administrativas o judiciales en contradicción con aquéllas. A tales efectos surgieron los mecanismos difusos o centralizados de control constitucional, administrados por tribunales comunes o especializados, con miras a garantizar el respeto de las normas constitucionales.

3. Contenidos constitucionales relacionados con las cooperativas

Por lo general, cuando se hace referencia a la incorporación de las cooperativas en las constituciones se piensa en disposiciones específicas acerca de ellas, nombrándolas y asignándoles determinados roles o tratamientos.

Sin embargo, existen aspectos más amplios en los cuales las cooperativas se hallan, o pueden hallarse, involucradas, y que condicionan su propia existencia aun cuando el texto constitucional no las mencione de manera expresa. En efecto, la existencia misma de las cooperativas como expresión libre y voluntaria de los ciudadanos, depende de que se encuentren reconocidos y garantizados ciertos derechos fundamentales, tales como los de asociación, de trabajar libremente, de libre expresión, de igualdad de trato, de libre iniciativa y otros de esa índole. Tales derechos forman el ambiente propicio para que las cooperativas puedan crearse y desarrollarse. Más aun, son la condición para ello.

De allí que, aun cuando la constitución con tuviera disposiciones alusivas a las cooperativas —y aunque lo fueran en términos favorables— la inexistencia o el desconocimiento de los derechos fundamentales antes mencionados opondría un obstáculo insalvable para el desarrollo de las auténticas cooperativas. La naturaleza de estas entidades es consistente con tales derechos y aunque la constitución no las mencionara en absoluto, ellas tendrían un amplio campo de desarrollo si los aludidos derechos fueran cabalmente reconocidos.

4. Razones para incluir a las cooperativas

Cabe, pues, preguntarse si es necesario o conveniente que las constituciones incluyan disposiciones relacionadas con las cooperativas. Sobre el punto existen distintas opiniones, desde las que enfatizan la conveniencia de hacerlo y, de ser posible, en forma prolija y minuciosa, de tal suerte que no queden dudas acerca de la voluntad del constituyente, hasta las que consideran que resulta innecesario y hasta inconveniente tal incorporación. Sostienen estos últimos que las cooperativas son una creación libre de los ciudadanos y que a éstos corresponde orientarlas y desarrollarlas y que la inclusión de las cooperativas en el texto constitucional de alguna manera las convierte en entidades dependientes del Estado.

Es obvio que la posición que se adopte en esta materia habrá de depender del papel que se adjudique al Estado y que se expresa en la constitución. Ello conduce inevitablemente a una suerte de politización del asunto puesto que hay quienes sostienen que el Estado debe ser prescindente en materia económica, en tanto que otros postulan un alto grado de regulación y otros, por fin, afirman que debe intervenir para corregir las deficiencias del funcionamiento de la economía y salvaguardar los intereses de la población en general.

Más allá de las discusiones ideológicas, resulta que en nuestros días el Estado ha asumido una creciente intervención económica y social y que, por ende, dicha intervención y las modalidades

que puede asumir deben estar previstas en el acuerdo máximo sobre la organización política del país .es decir en la constitución- a fin de evitar que puedan ser decididas al calor de las cambiantes circunstancias y de la voluntad de los gobiernos de turno. Vale decir que la constitución debe erigirse en una suerte de proyecto de vida en común en el que queden claramente delineados los elementos básicos de la organización nacional, no solamente política, sino también económica y social a fin de que la convivencia discurra por carriles conocidos y aceptados por todos.

Dentro de ese marco quedarán asimismo claramente establecidas las líneas fundamentales relacionadas con la actividad del Estado como así también las orientaciones generales según las cuales los ciudadanos acuerdan mantenerse dentro de la organización política y desenvolver libremente su quehacer económico y social. Siendo así, parece evidente y razonable que las cooperativas tengan un lugar dentro de la constitución toda vez que ellas son, al igual que otros sectores, parte de la organización social y económica.

5. Modelos de incorporación de las cooperativas

Los casos en que las constituciones acogieron a las cooperativas dentro de sus respectivos textos son numerosos, especialmente desde la segunda postguerra y con intensidad creciente en las últimas décadas.

La variedad del contenido y de las menciones es muy grande. Van desde el solo reconocimiento de las cooperativas y de su papel económico y social mediante una escueta mención hasta una gran profusión de disposiciones con un alto grado de detalle y reiteradas protestas de apoyo y fomento.

Resultaría difícil reconducir esa variedad a una clasificación ordenada y comprensiva, pero puede hablarse *lato sensu* de un modelo europeo representado fundamente por la constitución italiana de postguerra y la constitución española de 1987, por una parte, y de un modelo latinoamericano dentro del cual sobresalen las constituciones federal de Brasil de 1988, la de Colombia de 1991 y otras más recientes como las de Ecuador y Bolivia.

El caso europeo, dentro del cual Portugal constituye excepción, expresa una recepción sintética del tema. limitándose a normas muy concisas que reconocen el papel de las cooperativas y, en todo caso, encomiendan al legislador dictar las normas infraconstitucionales apropiadas para que ese reconocimiento se materialice en medidas concretas.

Los países latinoamericanos exhiben, en cambio, una línea de abundantes disposiciones que van desde pronunciamientos de carácter general a pautas o reglas de naturaleza muy específica relativas a determinados sectores o actividades cooperativas.

Tanto en uno como en otro modelo, y en las variantes intermedias, existen disposiciones de carácter programático, es decir orientaciones que el legislador o el gestor administrativo deberán

traducir en normas concretas a fin de cumplir la voluntad del constituyente, y también disposiciones de naturaleza operativa que la constitución establece para ser aplicadas en forma inmediata, sin necesidad de dictar nuevas normas. Estas disposiciones operativas no suelen ser comunes, habida cuenta de la dificultad de que el texto constitucional resulte directamente aplicable, pero sí pueden existir como normas impeditivas del dictado de otras que sean contrarias a ellas.

4. Compliance

De todas maneras, lo que realmente importa es que la constitución oriente, y aun imponga, al legislador directivas acerca de las normas que debe dictar a fin de cumplir sus mandatos. Ello debe traducirse en la legislación de grada inmediata inferior de la constitución, pues al legislador van dirigidos primeramente los mandatos constitucionales que deben expresarse tanto en la legislación específica sobre cooperativas como en la legislación general que a ellas afecte.

Sin embargo, no es solamente el legislador el destinatario de las mandas constitucionales. El gobierno, es decir la administración, desempeña un papel de enorme importancia para lograr que el contenido de la constitución se convierta en realidad y no quede solamente en los textos escritos. Y por cierto que la labor de la jurisprudencia, es decir la actuación de los tribunales de justicia, también cumple una función relevante puesto que ellos son los encargados de juzgar si las normas legales y las medidas administrativas son conformes con la constitución nacional. Esta última es una función de la mayor importancia, puesto que los tribunales son los custodios de la vigencia de la constitución y garantes de que la estructura jerárquica de normas que expresa el Estado sea auténticamente coherente con el contenido de aquélla.

El control de constitucionalidad resulta, pues, la llave maestra para asegurar que la constitución se cumpla y evitar así que ningún funcionario del Estado pretenda escabullirse de su imperio bajo cualquier pretexto.

5. Conclusiones

La inclusión de las cooperativas en las constituciones no parece ser un requisito para que las cooperativas puedan existir y desarrollarse.

No obstante, el reconocimiento de determinados derechos y garantías fundamentales en las constituciones resulta un requisito que condiciona la existencia y la actividad de las cooperativas.

La mayor o menor extensión de la presencia constitucional de las cooperativas no determina por sí misma el grado de posible desarrollo de las cooperativas.

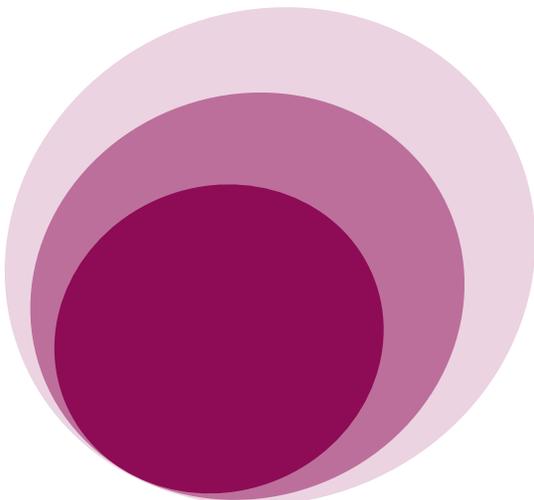
El reconocimiento constitucional de las cooperativas es coadyuvante a que los niveles legislativo, administrativo y judicial tengan que actuar de manera consistente con las disposiciones constitucionales.

De todas maneras, lo que resulta determinante es el grado de cumplimiento de las normas constitucionales, toda vez que la sola mención no es suficiente para garantizar que las cooperativas sean efectivamente reconocidas como actoras del desarrollo económico y social.

Tema 2

**(Ponencias del Congreso de
Derecho Cooperativo en conjunto
con el I Foro Internacional)**

**Tributación cooperativa. Incidencia
de los impuestos a los capitales, a
las transacciones y a las rentas.**



El acto cooperativo. La no sujeción tributaria.

Jorge Armando Vallati.

Cooperativas e madalenas

Guilherme Krueger.

A identidade cooperativa e o tratamento tributário adequado. Cooperative identity and an
adequate tax treatment.

Mario de Conto -Ana Paula Andrade Rodrigues Ramos .

Tema 2: (Congreso y Foro Internacional) Tributación cooperativa. Incidencia de los impuestos a los capitales, a las transacciones y a las rentas. Jorge Armando Vallati. El acto cooperativo. La no sujeción tributaria.

Síntesis

Tal como lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) el acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación, extinción de relaciones o situaciones jurídicas. (art. 259 C.C. y C.N.).-

La exigencia normativa es que los hechos del ser humano sean voluntarios, y en tal sentido reúnen ese recaudo, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.

Por último, deben ser lícitos, es decir no estar prohibidos por la ley.-

Además de los actos jurídicos en general, existen, los actos administrativos, los laborales, los procesales, etc. cada uno con su particularidad propia.-

En materia cooperativa la Ley 20.337 en su art. 4), regula al acto cooperativo que además de reunir los requisitos comunes de los actos jurídicos en general, tiene la especificidad de ser el que se ejecuta entre la cooperativa y sus asociados, y las cooperativas entre sí, en el cumplimiento del objeto social y la consecución de los fines institucionales.-

La naturaleza esencial del acto cooperativo es que se lleva a cabo mediante una entidad autogestionada por sus propios asociados y no tiene como finalidad el lucro sino el propósito de prestar servicios.-

La ausencia de especulación lucrativa, ganancia, utilidad, participación, dividendo, rentabilidad o beneficios económicos, torna a las cooperativas en sujetos de derecho o personas jurídicas o entes ideales no alcanzados por los impuestos.-

La autonomía creciente del Derecho Cooperativo, el Reconocimiento Doctrinario, Legal y Jurisprudencial del Acto Cooperativo dan respaldo a sostener con convicción que el sistema tributario sea nacional o de las distintas provincias del sistema representativo, republicano y federal que se adoptó en la República Argentina vayan consagrando en forma incuestionable y legítimamente, la no sujeción de las cooperativas a impuesto alguno.-

Introducción

Actos Jurídicos (arts 259, 260 y 280 del Código Civil y Comercial de la Nación- Ley 26.994).-

El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación, o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.-

Los hechos humanos son voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad y son lícitos, si no están prohibidos por la ley.-

Los actos jurídicos son unilaterales o bilaterales, según que requieran para formarlos la voluntad de una sola persona o el consentimiento de dos o más personas.-

Los actos jurídicos, para ser válidos, deben tener como límites de su objeto:

- que no sean hechos imposibles,
- que no estén prohibidos por la ley,
- que no sean contrarios a las buenas costumbres,
- que no sean contrarios al orden público
- que no sean lesivos de los derechos ajenos,
- que no sean lesivos de la dignidad humana,

Entre los Actos Jurídicos podemos contemplar:

- El acto civil y comercial (art. 250 del Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994).-
- El acto administrativo (art. 7, Procedimiento Administrativo: Ley 19.549)
- El acto procesal (arts. 115 y ss. C.P.C. y C.N. y C.P.C. y C. Bs. As.)
- El acto cooperativo (art. 4, Ley 20.337)

Acto Cooperativo:- Desarrollo - Elementos que integran la noción de Acto Cooperativo “Carta Jurídica de San Juan”- 2º Congreso Continental Derecho Cooperativo - Puerto Rico - 1.976.-

Los elementos que integran la noción del Acto Jurídico Cooperativo deben reunir los siguientes caracteres:-

- 1) Necesidades Individuales Comunes;
- 2) Propósito de Obrar Conjuntamente;

- 3) Solidaridad;
- 4) Servicios Sin Finalidad de Lucro;
- 5) Bienestar General.-

Acto Cooperativo:-

Antecedentes Legales:-

a) El Código de Comercio sancionado en 1.889 (Capítulo VI), regulaba en forma incipiente a las Sociedades Cooperativas en los arts. 392; 393 y 394, sin mención del acto cooperativo;

b) La Ley 11.380 (1.926) sobre Préstamos a las Sociedades Cooperativas establecía exenciones de impuestos nacionales:- Papel Sellado y Timbre para los actos de constitución, reconocimiento, registro y funcionamiento interno; Contribución sobre el valor de los edificios y construcciones; y Patentes, con lo cual se reconocía la naturaleza jurídica diferente de las Cooperativas.-

c) La Ley 11.388 (1.926):- Primera Ley de Cooperativas de la República Argentina no reguló el acto cooperativo, pero en el vertebral art. 2 inc. 17, estableció que la distribución de las utilidades realizadas y líquidas, el 5% por lo menos, se destinaba al fondo de reserva y se distribuía el 90% entre los socios, en proporción a las operaciones efectuadas en la Cooperativa (Principio de Justicia Económica Distributiva).-

d) La Ley 20.337 (1.973), regula por primera vez el acto cooperativo, en su artículo 4) y lo conceptualiza así:-

Son Actos Cooperativos, (art. 4, Ley 20.337):-

- a) Los realizados entre las cooperativas y sus asociados;
- b) Los realizados por las Cooperativas entre sí;
- c) Los realizados con terceros no asociados;
- d) En todos los casos, en cumplimiento del objeto social y la consecución de los fines institucionales;
- e) Adicionalmente cabe destacar que el Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia el 1° de Agosto de 2.015, reconoce como Personas Jurídicas Privadas a las Cooperativas (art. 148 inciso g) lo que tiene significativa trascendencia que comprende no

solamente al régimen legal sino a su naturaleza y caracteres y entre otros aspectos, al específico del Acto Cooperativo.-

Ejemplo de Acto Cooperativo:-

Organización de Consumidores:-

1) Elaborar por sí en la Cooperativa o adquirir en conjunto las mercaderías al mayorista, lo que disminuye el costo que hubieran debido pagar por las compras, si cada uno hubiera efectuado individualmente la operación con el comerciante minorista;

2) Los productos, elaborados o adquiridos, posteriormente son distribuidos entre los asociados al precio de costo, cargados los gastos de la necesaria administración para prestar el servicio.-

Características:-

1) Actuación en conjunto: Se co-opera; se opera con otro.-

2) Distribución al costo: En la distribución la Cooperativa fija un precio provisorio o estimativo del servicio para determinar, al cierre del ejercicio, el precio final o definitivo, que será igual al costo del producto más los gastos inherentes a su propia organización, necesaria para cumplir con el fin previsto.

En esta etapa si existe una diferencia entre el precio reembolsado y el costo definitivo del servicio quedará un excedente, el que una vez hechas las reservas de ley, se distribuirá entre los asociados en proporción a lo operado en concepto de retorno.

El retorno es la diferencia de lo cobrado por sobre el costo del servicio, a diferencia de la utilidad, que es la diferencia originada en la interposición, en el cambio. La utilidad es propia de las entidades que persiguen fines de lucro.

3) Acto de Administración: El proceso precedente entre cooperativa y asociados, es un acto de administración y no de disposición, pues los bienes que la cooperativa adquirió no deben ingresar al patrimonio de ella sino al de los asociados. En las operaciones entre la Cooperativa y los asociados no hay contrato alguno por el cual se transfiera el dominio de los bienes.

La organización administra los bienes de los asociados, tanto los que retiran para su uso como los que entregan para su comercialización.-

No hay venta; los bienes se distribuyen al costo; no hay intermediación u operación de mercado. La actividad de la cooperativa no es especulativa.-

4) Solidaridad: Satisfacción de necesidades individuales comunes:- El objeto del acto cooperativo es la satisfacción de necesidades comunes, pero la ley exige además que se deba cumplir con los fines institucionales. Y ello requiere que se trascienda en lo económico, la antinomia de la competencia.-

5) Bienestar General:

- a. En lo interno:- El acto cooperativo es el resultado de conductas integradoras de esfuerzos individuales y compartidos, es la concreción de la cooperación por interacción del grupo.-
- b. En lo externo:- En su proyección social configura un intento cierto de restablecer el valor justicia, al anteponer conductas solidarias tendientes a la satisfacción de los intereses del grupo y de la sociedad a las conductas individualistas que privilegian intereses particulares sobre el general.

Lo que distingue al acto cooperativo de los demás actos jurídicos es su característico contenido axiológico.-

Elementos Tipificantes del Acto Cooperativo:-

- 1) Necesidades individuales comunes (presupuesto y objeto básico del acto cooperativo).-
- 2) Ausencia de finalidad de lucro (como sistema económico y socialmente más justo para concretar el bien particular del grupo por medio de la satisfacción de las primeras).-
- 3) Solidaridad (como valor esencial permanente e indispensable para el logro de la integración social, el bienestar particular de los miembros del grupo y el general de la comunidad).-
- 4) Integración social (del grupo a través del espíritu de colaboración activo y como técnica de transformación de la sociedad política en comunidad).-
- 5) Bienestar general (como fin del sistema).-

Cada uno de los componentes del grupo actúa porque a su vez el otro ha de actuar voluntariamente como medio, como instrumento suyo y recíprocamente, ello en virtud de la valoración del fin cooperativo, que es lo que impulsa las conductas de los miembros del grupo y el elemento que permite anteponer el “nosotros” al “yo”. No es otro el significado de la incorporación del séptimo principio, “Preocupación por la Comunidad” efectuada por el Congreso del Centenario de la Alianza Cooperativa Internacional, celebrado en Manchester, Inglaterra, en 1.995.-

Jurisprudencia sobre el Acto Cooperativo:-

1) La Cámara Primera Apelación Civil y Comercial Bahía Blanca - J.A., T. 1.979-I, p. 490. Fallo 28.096 (15/09/77)

- Autos: “Cooperativa Agropecuaria de Tres Arroyos c/Colantonio, Américo L.”, con voto del Dr. Adolfo Pliner dijo:-

“Las operaciones realizadas entre los asociados de una cooperativa y esta son actos intrasociales que se diferencian de las relaciones entre un comerciante y sus clientes. Las primeras responden a la idea de servicio que la comunidad cooperativa presta a sus socios para eliminar una intermediación onerosa y procurarles un ahorro que se traducirá en el retorno, por lo que la relación comprende ingredientes del mandato y de la gestión asociativa que la distancia de la compra-venta y excluye decididamente el acto de comercio”.-

2) El Juzgado Federal Número Dos, de Bahía Blanca, con fecha 30/03/2.006.-

- Autos: “Cooperativa A. G. Borlenghi de Trabajo Ltda. c/ I.E.R.I.C.-s/Apelación de Multa”, declaró la inconstitucionalidad del Decreto 2.015/94 y afirmó que:-

“El art. 4 de la Ley 20.337 establece que son actos cooperativos - respecto a las cooperativas- los actos jurídicos que realicen los asociados con la finalidad de cumplimiento del objeto social con personas extrañas a la cooperativa”.

3) La Cámara Federal de Apelación Bahía Blanca.- Fallo del 8-3-85, en J.A., 1.985,- III-508 y en E.D. 116-148,

- Autos: “Asociación Sureña de Empresas de Pompas Fúnebres de la Provincia de Buenos Aires s/Apelación Resolución de la Secretaría de Comercio”, con voto del Dr. José Cafasso, sostuvo:-

“Las cooperativas recurrentes se encuentran reguladas por la Ley 20.337 a la que deben su existencia y a cuya autoridad de aplicación se encuentran sometidas, integrando por consiguiente el ámbito de la economía cooperativa que reconoce en el acto cooperativo su naturaleza. Es así que la operatoria se realiza entre la entidad y sus asociados, reuniendo estos el doble carácter de empresarios y usuarios, vale decir, sus actos constituyen un servicio que los asociados se prestan a sí mismos. En consecuencia cumplen un fin preponderantemente económico y de utilidad social, ausente de lucro, siendo por esta cualidad que la Exposición de Motivos ha conceptualizado a dicho acto como teoría económica solidaria, ajena a la zona de la economía concurrencial o de mercado, que es el ámbito propio de la ley 22.262. En el sistema cooperativo, en cambio, el lucro ha sido sustituido por la solidaridad.”

4) La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As:- D.J.B.A., t.119,p.831 (9/1.980), ha sostenido:-

“Los actos que las cooperativas realizan con sus asociados tienen una naturaleza jurídica peculiar, no pueden reputarse como operaciones de mercado, ni contratos de compraventa, y no pueden en consecuencia, ser identificados con un contrato civil o comercial”.-

5) La Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

- Autos: “Ríos, O.M., c/Coop. de Transportes Automotores de Cuyo Ltda” con fecha 15 de Abril de 1.991, con voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci dijo:

“Las Cooperativas de Trabajo, también denominadas de producción, industriales, cooperativas obreras de producción, de autogestión, etc., son las agrupaciones de trabajadores que, organizadas bajo la forma de cooperativas, prestan sus servicios personales al grupo para que, este a su vez, negocie con terceros el producto objetivo o los servicios mismos y distribuya luego entre los cooperativistas, toda o la mayor parte de la utilidad obtenida en proporción al trabajo realizado”. “Los actos de las cooperativas son cooperativos. Por ello el acto de prestación de servicios a terceros no asociados es cooperativo en la medida en que deben realizarse para cumplir con el objeto de las cooperativas.” “Resulta claro que las cooperativas no persiguen fines de lucro y sus actos no constituyen actos de comercio, situación que muchas veces no es tenida en cuenta a la hora de analizar una situación jurídica compleja. En tal inteligencia, los actos realizados por las asociaciones cooperativas, cuando se realiza entre la institución y un socio, son cooperativos”.

6) Por último:- La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Causa L. 15. XLII. Recurso de Hecho:-

- Autos: “LAGO CASTRO Andrés Manuel c/ COOPERATIVA NUEVA SALVIA LTDA. y Otros” con fecha 24/11/2.009, admitió con meridiana claridad la Autonomía del Régimen de las Cooperativas, su especial naturaleza de servicio no lucrativo, los pilares fundantes del “esfuerzo propio y la ayuda mutua”, los caracteres distintivos previstos en el medular art. 2 de la Ley de Cooperativas N° 20.337, la especificidad del “Acto Cooperativo”, el significado mayúsculo del art. 42 de la norma legal, respecto de la regulación de los “excedentes repartibles” y su desenvolvimiento interno propio de una autogestión democrática y participativa de los asociados.

Trascendencia Jurídica del Acto Cooperativo y el Tratamiento Impositivo:-

La trascendencia jurídica del acto cooperativo consiste en que al reconocerse la naturaleza jurídica propia y específica de las cooperativas como entidades de la economía social, cuyo propósito es el servicio y no de lucro, convierten a las mismas, en personas jurídicas, sujetos de derecho o entes ideales, que realizan actos cooperativos con sus asociados y con otras cooperativas entre sí, en cumplimiento del objeto social o de sus fines institucionales, (art. 4. Ley de Cooperativas 20.337) diferenciándose en su forma y fondo, de quienes lleven a cabo hechos y/o actos con fines de lucro.-

Este es el camino que se ha venido transitando en el Código de Comercio de 1.889, cuando incluye escuetamente el Régimen de las Sociedades Cooperativas, pasando al inicio de la autonomía con la primera Ley de Cooperativas Nº 11.388, sancionada en 1.926, hasta lograr una regulación legal más plena e independiente con la Ley Nº 20.337 del año 1.973, que rige hasta la actualidad.-

Esta proyección debe proseguirse con la finalidad de lograr la Autonomía del Derecho Cooperativo, como una rama más del Derecho, no sólo en la Doctrina, o en el Ámbito Académico y aún en diversos pronunciamientos de la Justicia, sino más allá con la obtención del Fuero Judicial Especializado.-

La consagración constitucional y legal de las cooperativas conducirá a que estas entidades con su naturaleza jurídica diferente por su propósito de servicio y no de lucro, no deben estar sujetas, ni alcanzadas por los impuestos, sean nacionales o provinciales.

En otros términos, las cooperativas merecen legítimamente un tratamiento tributario acorde a su naturaleza de servicio no lucrativo.-

El lucro, ganancia, utilidad, dividendo, o rentabilidad, con la razón de ser de la actividad comercial del hombre de negocios o empresario individual y de la General de Sociedades Nº 19.550, sean de Hecho, o de las incluidas en la Tipología de la citada Ley, y que por tal motivo deben ser pasibles de la aplicación de los respectivos impuestos.-

Varias constituciones provinciales de la República Argentina reconocen con diferentes alcances que las cooperativas no están sujetas o se encuentran exentas de todos o algunos de los impuestos y otras se complementan por Ley (Ej. Provincia de Buenos Aires mediante la Ley Nº 13.360).-

Resta que las cooperativas tengan incorporado su rango y rol en la Constitución Nacional para que la pirámide jurídica de la Nación, desde su cumbre, reivindique -como es debido y natural- a estas representantes de la Economía Social, estableciendo que no estarán sujetas o alcanzadas por los

tributos de su Jurisdicción y Competencia, reservada al Congreso de la Nación. (art. 75 inc. 2 de la C.N.).-

Conclusión:

En el ámbito doctrinario, constitucional, legal jurisprudencial, fiscal, administrativo y académico, se ha abierto un espacio de reconocimiento del Acto Cooperativo y por ende de las entidades Cooperativas integrantes del Sector de la Economía Social, conjuntamente con las Mutuales; Fundaciones; Consorcios de Propiedad Horizontal; Consorcios Vecinales; Proveedurías Sindicales; y otras organizaciones económicas- sociales no lucrativas, que se basan en valores como la democracia, igualdad, equidad, solidaridad, responsabilidad social y preocupación por la comunidad y cuyos servicios carentes de lucro institucional, no deben ser pasibles de carga impositiva alguna, sea a nivel nacional, como en las provincias, con sus respectivas atribuciones e incumbencias, conforme lo prevé el sistema representativo, republicano y federal. (arts. 1, 5, 121 y siguientes de la Constitución Nacional).-

Bahía Blanca, 27 de Septiembre 2.016.

Guilherme Krueger. Cooperativas e madalenas

Resumo

A constituição da sociedade cooperativa como objeto só pode aparecer nas relações de identidade e diferença; texto e contexto; percepção e comportamento. O que se põe em questão é tanto a autossuficiência do dado, quanto a prioridade lógica e epistemológica do fatural sobre o possível. O que se postula é uma atividade constitutiva operante desde sempre. O comportamento de uma coisa nos confrontos com outras coisas que constituem seu mundo circundante precisa ser pensado também em relação imediata aos corpos que percebem as relações entre as coisas. E os confrontos entre as coisas percebidas e os corpos não são inteiramente explicitadas por efeitos de ações causais. Sem o primado da consideração sincrônica, qualquer análise diacrônica não encontra garantia para seu rigor. Este é um sentido diacrítico das madalenas de Marcel Proust com relação às literaturas jurídica e econômica predominantes que abordam as cooperativas. Apresentando as diferenças em julgamentos ocorridos num intervalo de 10 anos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a mesma matéria tributária aplicada às sociedades cooperativas, o artigo alerta que a atitude informativa presente nos argumentos usuais para o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo é limitada para uma resposta fenomenológica ao problema implícito de identidade cooperativa nos julgamentos ocorridos nos Tribunais.

Palavras-chave

Cooperativa - hermenêutica - Direito Tributário - jurisprudência

"Quando se analisa o empreendimento cooperativo pode-se entender que há a necessidade de crescimento intrínseco dessas organizações em consequência da 'mão invisível do mercado' e em razão da lógica econômica explicada e modelada pela economia neoclássica.

"Assim, percebe-se que cooperativas que se formaram como importantes coalizões de interesses em um mesmo grupo étnico, solidário e voluntário, com um forte código de ética, crescem economicamente impulsionadas pelo mercado e pela necessidade de geração de renda e riquezas, e nesta trajetória internalizam necessariamente a lógica econômica de maximização de resultados".

BIALOSKORSKI, Sigismundo. *Economia e Gestão de Organizações Cooperativas*

"Em breve, maquinalmente, acabrunhado com aquele triste dia e a perspectiva de mais um dia sombrio como o primeiro, levei aos lábios uma colherada de chá onde deixara amolecer um pedaço de madalena. Mas, no mesmo instante em que aquele gole de envolta com as migalhas do bolo tocou meu paladar, estremei, atento ao que se passava extraordinário em mim. Invadira-me um prazer delicioso, isolado, sem noção de sua causa. Esse prazer logo me torna indiferente às vicissitudes da vida, inofensivos os seus desastres, ilusória sua brevidade, tal como faz o amor, enchendo-me de uma preciosa essência: ou, antes, essa essência não estava em mim, era eu mesmo. Cessava de me sentir medíocre, contingente, mortal. De onde me teria vindo aquela poderosa alegria? Senti que estava ligada ao gosto do chá e do bolo, mas que o ultrapassava infinitamente e não devia ser da mesma natureza. De onde vinha? Que significava? Onde apreendê-la? Bebo um segundo gole que me traz um pouco menos que o primeiro. É tempo de parar, parece que está diminuindo a virtude da bebida. É claro que a verdade que procuro não está nela, mas em mim. A bebida a despertou, mas não a conhece, e só o que pode fazer é repetir indefinidamente, cada vez com menos força, esse mesmo testemunho que não sei interpretar e que quero tornar a solicitar-lhe daqui a um instante e encontrar inato a minha disposição, para um esclarecimento decisivo. Deponho a taça e volto-me para meu espírito. É a ele que compete achar a verdade. Mas, como? Grave incerteza, todas as vezes em que o espírito se sente ultrapassado por si mesmo, quando ele, o explorador, é ao mesmo tempo o país obscuro a explorar e onde todo o seu equipamento de nada lhe servirá. Explorar? Não apenas explorar: criar. Está diante de qualquer coisa que ainda não existe e a que só ele pode dar realidade e fazer entrar em sua luz."

PROUST, Marcel. *No Caminho de Swann em Busca do Tempo Perdido*.

Introdução: a racionalidade está em jogo

Num movimento de redefinição da identidade, entes cooperativos passam a reivindicar para si uma terminologia própria: *cooperativas financeiras, cooperativismo financeiro e sistema financeiro cooperativo*²³⁴. Essa mudança no "cartão de visita" explicita razões mercadológicas e não evidencia interesse por fundamentação, pois o *logos* está voltado a um projeto funcional. É claro que isso não denota, por si mesmo, algum desprezo à principiologia corrente desde as formulações da Aliança Cooperativa Internacional²³⁵. Ao contrário, é ilustrativo um *"feixe de diferenciais estruturais e de propósitos [que] projeta uma clara distinção entre as instituições*

²³⁴ Conferir: www.cooperativismodecredito.coop.br, endereço do *Portal do Cooperativismo Financeiro*.

²³⁵ Uma análise axiológica da principiologia da Aliança Cooperativa Internacional foi empreendida por Juan Luis Moreno e publicada em forma de artigo pela Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, editada pela CIRIEC-Espanha em 2014 (n° 25) sob o título *Los valores según la Alianza Cooperativa Internacional*.

financeiras cooperativas e bancos" tal como proclamado por Enio Meinen e Ronaldo Gaudio em coautoria do artigo intitulado *Sobre o diferencial estrutural e desafios das instituições financeiras cooperativas no ambiente regulatório brasileiro*.²³⁶ Não é por alguma deficiência que o artigo demonstre muito mais diferenças de propósito do que de estrutura, se se entende por isso o que aparece, "dissolvido" o homem. Pela expressão "dissolução do homem", admite-se que o aparecimento de uma estrutura só acontece para o pensamento, se esse ente (ser humano), enquanto tal, não for o tema central, mas antes aquilo que se apresenta e que escapa à consciência. Uma estrutura (inconsciente) aparece para o pensamento, quando o ser humano nele se retrai. O aparecimento de estrutura, dissolvido o homem no Direito, foi reivindicado por Günter Teubner, citado pelo Min. do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes em seu voto proferido na ADI-MC 1923-5/DF:

Quiçá devêssemos ouvir o conselho do talvez maior especialista da reconstrução do direito privado, Jacques Derrida, que nos oferece a seguinte fórmula epigramática: "o laço da obrigação ou a relação de obrigação não existe entre aquele que dá e aquele que recebe, mas entre dois textos (entre dois *produtos* ou *criações*)". Essas *ipsissima verba* são novas versões da teoria do contrato relacional (*relational contracting*), que entende o contrato não mais como um mero consenso entre duas partes, mas sim como uma relação social complexa. De fato, gostaria de defender a tese de que o direito contratual deve ser reconstruído de forma relacional, mas não apenas no sentido comunitário, hoje predominante, da palavra, como uma relação cooperativa, simpática, calorosa de inter-humanismo no mercado, mas sim como uma relação fria e impessoal da intertextualidade. Gostaria de desenvolver um argumento estritamente antiindividualista, estritamente antieconômico para as muitas autonomias do direito privado, pelo qual o contrato não aparece mais como transação meramente econômica entre dois agentes, mas como espaço de compatibilidade entre vários projetos discursivos - entre dois mundos contratuais. Ao mesmo tempo, gostaria de desenvolver o argumento normativo de que os direitos de discursos que aparecem nesses contratos como meros fenômenos sociais, apenas de forma rudimentar e sem contornos fixos, necessitam de institucionalização jurídica. Dito de forma mais genérica: gostaria de colocar esses argumentos no contexto maior de um direito privado contemporâneo, que necessita de transformação em um direito constitucional de sistemas de regulação global."

Se a legitimação da cooperativa financeira aparece, por exemplo, em sua diferença aos bancos pelo propósito da inclusão financeira de pessoas de alguma região sem acesso pleno a serviços dessa natureza, trata-se de uma solução *pela* cooperativa. Mas, a otimização da eficácia

²³⁶ *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*. nº 49/2015, Bilbao, pp. 137-179

competitiva das cooperativas no mercado financeiro para aqueles que já estão incluídos por iniciativa de gerações passadas à ordem econômica desde a existência centenária de cooperativas de crédito no Brasil²³⁷, aí já é uma solução *para* cooperativa. Não é acaso que a terminologia *cooperativa financeira*, em seu próprio *logos*, reforça o alinhamento concorrencial desses entes com os empresariais diversos que fazem funcionar o mercado financeiro e são usualmente denominados como instituições financeiras - universo em que os fundos globais de investimentos ocupam uma posição mais que proeminente - verdadeiramente se revestem de uma imagem icônica. Mais do que uma questão de diversidade de propósitos, há uma questão de imaginário que se mostra numa descontinuidade de discursos cuja diacronia se apresenta como explicação no texto de Sigismundo Bialoskorski na epígrafe deste artigo (2012, p. 148).

Longe de criticar essa opção estratégica pela mudança no cartão de visita, o propósito deste artigo é indagar pelas implicações de racionalidade nas relações de identidade e diferença que tensionam o fazer de uma justiça possível e que podem ser ilustradas no quicá mais relevante julgamento da década passada em Tribunal para esses entes cooperativos. Este julgamento se deu por causa de um litígio em que o último voto proferido foi memorável por um jogo de palavras entre pães, gatos, cooperativas e bancos. É que o Ministro ocupou significativa parte de seu pronunciamento dissertando sobre gatos em seus contextos doméstico e arquetípico. Isso para se conduzir à culminância de seu voto através das reminiscências de sua infância: nas madrugadas frias, seu gato buscava conforto na cozinha. Conclusão: *"Não por um gato dormir num forno quente que amanhece pão. Cooperativa é cooperativa; banco é banco."* Importa questionar: o que estava em jogo e suscitou o então decano da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da divergência entre seus pares sobre o tratamento jurídico adequado ao caso, a partir de uma narrativa, sintetizar seu voto numa formulação argumentativa $A=A.B=B \rightarrow A \neq B$?²³⁸

Tanto mais relevante para o Direito Cooperativo se torna a indagação, quando a posição jurisprudencial uniformizada por aquele famoso julgamento, dez anos após, foi abalada por um outro julgamento no plenário do Supremo Tribunal Federal com repercussão geral sobre a mesma matéria de lei, no qual a singularidade das cooperativas face aos agentes de mercado foi colocada em xeque no que se refere aos seus significados operacionais. O Min. Luiz Fux, presente em ambos os julgamentos, votou favoravelmente em ambas as teses opostas. E como ele justificou isso? *"Trago uma mudança de concepção (...) na gênese do cooperativismo havia realmente essa ideia de solidariedade, mas que já avançou e muito. (...) Embora eu tenha achado muito sugestiva aquela afirmação (...) de que gato é gato, pão é pão; banco é banco e cooperativa é cooperativa, a*

²³⁷ É o caso da SICREDI Pioneira RS.

²³⁸ REsp 591.298/MG e REsp 616.219/MG. Sessão de julgamento em 27.10.2004.

verdade é que hoje há uma cortina de fumaça que não nos permite ver aquela velha cooperativa de outrora nas cooperativas de hoje".²³⁹

Para o que interessa a este artigo, do caso narrado, resta uma pergunta: O que há de estrutural na orientação jurisprudencial? A resposta proposta é esta: o imaginário acerca das cooperativas.

Ora, uma evidência de que uma questão de imaginário social instituinte²⁴⁰ perpassa ambos os julgamentos é o aparecimento da neologia *neocooperativismo*²⁴¹, que no tempo em que se reivindica a identidade *cooperativa financeira*, expressa com ela uma relação tensa, eis que o neologismo se presta à reivindicação de alteridade por entes cooperativos que recusam uma subordinação de sua própria identidade ao *logos* do mercado financeiro, quando assumem sua afinidade com a economia solidária. Sintomático que o neocooperativismo se afirme resgatando uma identidade originária que, de certo modo, é perdida pelas cooperativas que mudam seu cartão de visita²⁴².

Se lembrarmos que Parmênides e Heráclito têm em comum a identidade e diferença como preocupação com a qual erigiram há 26 séculos uma linguagem que deslizou dos mitos para dizerem verdades, o sintoma insinua que a racionalidade está em jogo²⁴³.

²³⁹ RE 598.085-RG e RE 599.362-RG. Sessão de julgamento em 05.11.2014

²⁴⁰ "É impossível manter uma distinção intrínseca do social e do histórico... O social é isso mesmo, auto-alteração, e nada é senão isso. O social faz-se e só pode fazer-se como história... O histórico é isso mesmo, auto-alteração desse modo específico de 'coexistência' que é o social e nada fora disso." (CASTORIADIS, 1995, p. 252). O imaginário é a *margem de indeterminação* característica do ente social-histórico (instituição) em sua compreensão diacrônica. O acesso cognitivo e formal a essa margem só é possível por significação (relações sincrônicas entre significado e significante) imbricadas no que "se dá como sentido indiscutível e indiscutido, suporte das articulações e das distinções do que importa e do que não importa, origem do aumento da existência dos objetos de investimento prático, afetivo e intelectual" (CASTORIADIS, 1995, p. 175).

²⁴¹ Cf. DE BORBA, Everton José Helfer. *A natureza jurídica especial do ato cooperativo solidário como forma de realização de políticas públicas de inclusão social realizadoras de direitos fundamentais: Um estudo de interseções entre o público e o privado*. Tese depositada no Programa de PósGraduação em Direito; Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas; Linha de Pesquisa em Diversidade e Políticas Públicas, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Orientador: Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis. Defesa: 2013..

²⁴² No REsp 1.141.667/RS, declarado representativo de controvérsia, as hipóteses tributárias objetos das decisões nos REsp 591.298/MG e REsp 616.219/MG voltaram à pauta da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no dia 27/04/2016, agora para interpretar a repercussão dos julgamentos dos RE 598.085 e 599.362 pelo Supremo Tribunal Federal. Foi fixada a tese de que não incide a contribuição destinada ao PIS/COFINS sobre os atos cooperativos *típicos* realizados pelas cooperativas. A expressão *típico* indica um esforço de compatibilização entre os precedentes do próprio STJ e a reviravolta do STF. Por que o STJ preferiu esforçar-se numa interpretação de compatibilização dos precedentes para manter afastada a tributação, ao invés de simplesmente reconhecer na reviravolta do STF uma mudança de orientação jurisprudencial em sentido inverso? O que pode significar que o *lead case* escolhido tivesse como contribuinte uma cooperativa de citricultores ecológicos? O Min. Napoleão Nunes Maia Filho, para proferir seu voto condutor, encontrou na diferença entre *Sovkhoz* e *Kolkhoz* uma introdução para polarizar essa expressão *típico*.

²⁴³ A respeito do percurso da filosofia para a compreensão da identidade e da diferença, Martin Heidegger proferiu três conferências entre 1955 e 1957. A primeira conferência é uma resposta à pergunta *O que é isto - a Filosofia?* A segunda conferência, a partir da expressão de Platão *oukoun autôn hékaston toin mèn dyoin héterón estin, autò d'heautò tautón*, discorre sobre o princípio da identidade. E a terceira conferência aborda as diferenças entre sua própria escrita e a de Hegel a partir de três perguntas: Qual é o objeto do

Identidade e Diferença

Ao se tratar da ordem econômica, é cada vez mais recorrente no Direito um discurso erigido a partir da relação funcional. A ética assim compreendida não dá conta da carga emotiva numa preferência constitutiva do que seja um instituto cooperativo (sociedade, propriedade ou ato). Nessa linguagem notadamente informativa, a cooperativa aparece como uma atividade (meio) para a felicidade e sustentabilidade (fins). A cooperação então não aparece como um bem por si, mas como uma função neutra, objetiva e racional. Aparece como atividade, pois o que é bom só é mostrado em seu resultado: numa felicidade e numa sustentabilidade como objetivos (um desejo - a *felicidade* - a ser concretizado com responsabilidade social e ambiental - a *sustentabilidade*). O pensamento que "empurra" o que é bom para além da cooperação é o mesmo que só reconhece o bem para uma pessoa por ser prática; pensamento este que torna o bom e o belo algo subjetivos. E portanto difícil a percepção do que seja um bem comum.

A polaridade da cooperação na ordem econômica pode remeter, por outro lado, a uma devoção de vida e a uma vocação, ambas dirigidas ao bem comum como consumação de uma promessa. E não somente como resultado das relações entre vantagens e ônus, incentivos e sanções disciplinares, custos e margens. Mas, é muito importante ressaltar: ambos os sentidos não são excludentes. Ao contrário, são integrados.

Uma principiologia se mostra escorregadia para que uma comunidade dê conta dos seus desafios singulares nos seus momentos de inflexão em meio às pessoas aí, outras pessoas fora daí, comunidades diferentes, entes constitutivos da sociedade civil e operações do Estado ou de mercado. Além de uma principiologia, não é ociosa uma fenomenologia dos valores consistentes dessa principiologia. Pois para afetar, quaisquer valores que essa principiologia suporte têm fundamento material, ainda que seja também idealizado.

A fenomenologia, na identificação de um ente comunitário com um valor, é um reaprendizado em lidar com os atos pela preferência mais constante. Essa preferência constante expõe um valor vital existente para uma principiologia antes mesmo de sua posituação suportada pelo ente comunitário.

pensamento? Qual a medida para o diálogo com a história do pensamento? Qual o caráter deste diálogo? As três conferências foram traduzidas para o português por Ernildo Stein e publicadas reunidas (HEIDEGGER, 1978). Especificamente sobre Parmênides e Heráclito, um brasileiro orientado pessoalmente por Heidegger se tornou notável leitor do grego arcaico (LEÃO, 2010, pp. 119-192)

A fenomenologia então é relevante, porque qualquer argumentação erigida a partir da razão prática ou pragmática entre meios e fins não vai dar conta da carga emotiva numa preferência constitutiva. Fugirá ao argumento como reconstituir uma escolha memorável. Mesmo no mais prosaico acontecimento, algo extraordinário. Para essa reconstituição, será preciso o recurso ao conceito de empatia.

A empatia (*emföhlung* = *sentir por atravessamento*) é um *sentir-com outro*. Está na categoria dos estados afetivos, e não do apreender cognoscitivo. Distingue-se da compreensão e do contágio gregário. Este último limita-se a imitação dos mesmos sentimentos, tendências ou intenções de uma coletividade. É próprio dos grupos gregários animais ou das massas humanas. A compreensão, por sua vez, é uma espécie de vivência posterior à empatia, visto que a empatia afeta a pessoa com uma identidade imediata no sentir do outro. A empatia permite, antes mesmo da sua reflexão racional, a mútua compreensão e comunicação existentes nas relações comunitárias, isto é, a empatia apresenta-se como o fundamento último destas. (KRUEGER, 2014, p. 108)

A empatia é entendida como experiência vital da alteridade e sua manifestação originária dá-se no corpo como fenômeno de situação. A empatia apresenta-se como a percepção senciente (abertura) da realidade afetiva de outro ser senciente. Mais que isso, apresenta-se como a comunhão ao ser afetado (fundamento material da transsubjetividade axiológica), isto é, ao ser atravessado na abertura ao outro (inflexão) pelo sentimento mesmo que a subjetividade do outro vivenciou ou vivencia.

Esse corpo real e pessoal, como enfatizado por Edith Stein (KRUEGER, 2014, p. 109), que é afetado pela presença do outro na empatia, pode ser correlacionado com a memória em Santo Agostinho. Para ele, as relações da memória com o conhecimento e a vontade evidenciam a unidade trinitária constitutiva da alma que também é real e pessoal²⁴⁴.

Neste ponto emerge uma importância da obra de Marcel Proust para além da arte literária. Central em sua produção uma investigação fenomenológica da relação entre tempo e memória numa diferenciação significativa que o resgata do risco de um objetivismo advindo do fetiche moderno pelo passado como sempre superado pelo presente em direção ao futuro e assim totalizar o

²⁴⁴ *"Portanto, os três: memória, inteligência e vontade, como não são três vidas, mas uma vida; e nem são três almas, mas uma alma, conseqüentemente, não são três substâncias, mas uma só (...). Mas são três enquanto são considerados em suas relações recíprocas, e não se compreenderiam mutuamente, se não fossem iguais; não somente quando cada um está em relação com cada um dos outros, mas também cada um em relação a todos. Não somente cada um está contido em cada um dos outros, mas todos em cada um (...). Concluindo, quando todos e cada um dos componentes da tríade se contém reciprocamente, existe igualdade entre cada um e cada um dos outros, e cada um com todos juntos em sua totalidade. E os três formam uma só unidade: uma só vida, uma só alma e uma só substância".* (AGOSTINHO, 1995, X,11,18)

tempo. Essa diferenciação como resgate é "*o tempo perdido*" que identifica suas obras²⁴⁵. Ela é assim apresentada por ele, a partir de suas madalenas (1990, pp 49; 174-179):

Quantas vezes (...) não me pareceu ainda muito mais aflitivo que anteriormente não ter nenhum pendor para as letras e ver-me obrigado a renunciar de uma vez por todas a tornar-me um escritor famoso? Tanto me fazia sofrer esse pesar, enquanto me punha a cismar sozinho, um pouco afastado dos outros, que meu espírito, espontaneamente, em uma espécie de inibição ante a dor, deixava por completo de pensar em versos, em romances, em um futuro poético que minha falta de talento me vedava esperar. E então, muito fora de todas essas preocupações literárias e em nada ligados a ela, eis que de súbito um telhado, um reflexo de sol em uma pedra, o cheiro de um caminho, faziam-me parar pelo prazer único que me davam, e também porque pareciam ocultar, além do que eu via, alguma coisa que eles convidavam a colher e que me era impossível descobrir, apesar dos esforços que fazia. (...) Claro que impressões desse gênero não iam restituir-me a perdida esperança de me tornar um dia escritor e poeta, pois estavam sempre ligadas a algum objeto particular desprovido de valor intelectual e sem nenhuma relação com qualquer verdade abstrata. Mas, pelo menos me davam um prazer irreflexivo, a ilusão de uma espécie de fecundidade, e assim me distraíam da tristeza, da sensação de impotência que experimentava cada vez que me punha a buscar um assunto filosófico para uma grande obra literária. (...) [A]ssim iam se acumulando em meu espírito (como em meu quarto as flores que eu colherei durante os passeios ou os objetos que ganhara de presente) uma pedra onde brincava um reflexo, um telhado, um som de sino, um cheiro de folhas, imagens inúmeras e diversas debaixo das quais há muito tempo jaz morta a pressentida realidade, que me faltou vontade suficiente para descobrir.

Um dia, no entanto, (...) vi-me forçado, na falta de outra companhia, a recorrer à minha, tentando relembrar (...). E logo, como uma casca, romperam-se suas linhas e superfícies, mostrando-me um pouco do que ali se achava oculto, e tive um pensamento que não existia para mim um momento antes, que se formulou em palavras em minha cabeça, e isso de tal forma aumentou o prazer que havia pouco me dera a vista (...).

Sem confessar-me que aquilo que estava oculto (...) devia ser algo assim como uma bela frase, pois que aparecera sob a forma de palavras que me causavam prazer, pedi lápis e papel (...).

Jamais tornei a pensar em tal página, mas naquele instante, ao terminar de escrevê-la, (...), sentia que ela me havia desembaraçado tão perfeitamente (...) do que ocultavam

²⁴⁵ No caminho de Swann, À sombra das raparigas em flor, O caminho de Guermantes, Sodoma e Gomorra, A prisioneiras, A fugitiva e o Tempo redescoberto.

atrás de si, que, como se fosse eu próprio uma galinha e acabasse de pôr um ovo, pus-me a cantar a plenos pulmões.

Mas como pensar a relação proposta por Proust entre tempo e memória como estrutura diferente da relação entre tempo e passado? Uma resposta possível é dada a partir das reflexões de Andrea Bonomi acerca da ideia de normalidade ao empregar a fenomenologia em análise de estruturas. Toda e qualquer pesquisa tem por horizonte de segundo plano possibilidades de construção de um enunciado: um conjunto de princípios formais que impõem restrições às escolhas combinatórias do escritor (BONOMI, 2004, p. 162):

Exatamente pelo fato de incidirem sobre possibilidades, estes princípios operam a um nível abstrato, o que equivale a dizer que se aplicam a classes ou categorias mais do que aos membros efetivos dessas categorias, de modo tal que sua identificação deve traduzir-se numa 'sinopse sistemática' do conjunto potencialmente ilimitado dos enunciados deriváveis de um número restrito de estruturas-base por combinação e transformação (...), é natural que tal formalização se oriente no sentido de uma algebrização da gramática.

Em comum entre Bonomi e Proust, há a distinção entre signo e ícone, conquanto o primeiro nada tem substancialmente em comum com o designado. Portanto pode designar algo que lhe é homogêneo como o que lhe for heterogêneo. Porém, a imagem refere-se à coisa por semelhança e diferença. Num objeto, a imagem já está mediada por alguma significação. Mas, o que é percebido como objeto, antes de aparecer num significado, já se entificou, isto é, está inserido pela atividade classificatória numa estrutura categorial. Portanto, é desejável que uma linguagem investigativa, em algum momento, saliente simultaneamente os traços formais e intrínsecos da expressão e os conteúdos cognoscentes sobre os quais opera a expressão. O significado de uma expressão não deve ser procurado fora da expressão. As expressões não se limitam a reproduzir estruturas temporais preformadas:

Portanto, o que é essencial à expressão e a diferencia de sua função indicativa ou informativa (que são próprias, respectivamente, do sinal e da própria expressão enquanto sinal, isto é, em seu estatuto "comunicativo") é a presença de uma intenção significativa específica. (2004, p. 147)

Conclusão

A constituição da sociedade cooperativa como objeto só pode aparecer nas relações de identidade e diferença; texto e contexto; percepção e comportamento. O que se põe em questão é tanto a autossuficiência do dado, quanto a prioridade lógica e epistemológica do fatural sobre o possível. O

que se postula é uma atividade constitutiva operante desde sempre. O comportamento de uma coisa nos confrontos com outras coisas que constituem seu mundo circundante precisa ser pensado também em relação imediata aos corpos que percebem as relações entre as coisas. E os confrontos entre as coisas percebidas e os corpos não são inteiramente explicitadas por efeitos de ações causais. Sem o primado da consideração sincrônica, qualquer análise diacrônica²⁴⁶ não encontra garantia para seu rigor²⁴⁷. Este é um sentido diacrítico²⁴⁸ das madalenas de Marcel Proust com relação às literaturas jurídica e econômica que abordam mais comumente as cooperativas.

Como Ricoeur postula, *"o tempo se torna humano na medida em que ele está articulado de maneira narrativa; em compensação, a narrativa é significativa na medida em que se esboça os traços da experiência temporal"* (1994, p. 15). Ela porém demanda uma longa e difícil conversação entre a historiografia, a crítica literária e a filosofia fenomenológica (1994, pp. 111-131). No que interessa ao ajustamento das cooperativas e dos dramas de seus cooperados afetados pelo que foi decidido em plenários do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal num intervalo de dez anos, o comportamento cooperativo no confronto com o empresarial se mostra como referência para a ordem econômica constitucional, cujas ações causais elas e eles estão submetidos. Mas a cooperação precisa também ser investigada como comportamento em relação ao corpo perceptivo, que não é uma coisa como as outras, mas a locanda das relações entre as coisas. Nos confrontos com a coisa percebida, o corpo não se limita a explicitar uma ação causal. Há uma função transcendental que unifica a multiplicidade das matérias sensoriais que se encontra numa relação de fundação recíproca com esse estrato material. Se essa função constitui o elemento formal no interior da vivência, com o qual se apreende a cooperativa como unidade sintética do vivido; por outro lado sua percepção tem seu campo de aplicação nos conteúdos primários, constituintes do estrato material. As cooperativas (texto) que Ministros dos tribunais superiores brasileiros percebem num determinado momento e de uma perspectiva espacial (contexto) já são desde sempre a contração de todas as perspectivas temporais e espaciais que já tiveram, que terão ou que poderiam ter delas. Uma contração que é possível pelos corpos como campos fenomênicos. E seus corpos não deduzem uma cooperativa dos seus perfis, mas percebem imediatamente estes perfis como perfis dela, articulações de um todo. Se o corpo procede à exploração da multiplicidade dos perfis da cooperativa para captá-las na complexidade

²⁴⁶ a diacronia é pensada para o aparecimento das descontinuidades perceptíveis nas diferenças que são reveladas pela comparação entre estruturas, e não como esqueleto inteligível ou uma sequência causal, em todo caso, uma razão de caráter universal.

²⁴⁷ Se uma estrutura já carrega uma sistemática, qualquer modificação de um elemento já acarreta a modificação de todos os outros, de modo que a imprescindibilidade de um dado originário (no caso, a cooperativa) já é um problema de rigor epistemológico. Não é a razão que está no foco, mas aquilo que escapa do discurso em qualquer análise temática.

²⁴⁸ Por uma função diacrítica das línguas, um sinal gráfico acrescentado a uma letra ou uma entonação distinta de uma vogal introduz uma ênfase que modifica o sentido do que se declara (p. ex.: - pô, pai, pó pará!). A diacriticidade interdita que um termo esteja sempre restrito a uma única nuance temática. É o alusivo a chave que abre possibilidades de uma constelação temática.

de suas relações funcionais com o ambiente e com os outros, não há mero espelhamento na sua percepção.

A cooperativa entre a normalidade e a normatividade se define tanto pelas condições exteriores da percepção quanto o percebido é dependente de um texto alusivo. Daí as madalenas de Proust terem a ver (numa hipérbole²⁴⁹) com as cooperativas na ordem econômica constitucional: a possível fundação da ideia de normalidade e normatividade na qual a norma jurídica interpretada não é só uma sedimentação de um passado informado com vistas a um futuro projetado, mas diz uma também de uma narrativa sempre a vivenciar no interior de sua própria estruturação.

Referências Bibliográficas

AGOSTINHO, Aurelio. *A Trindade*. São Paulo: Paulus, 1994

BIALOSKORSKI, Sigismundo. *Economia e Gestão de Organizações Cooperativas*. 2ª ed. São Paulo : Atlas, 2012.

BONOMI, Andrea. *Fenomenologia e Estruturalismo*. 2ª ed. Trad. João Paulo Monteiro et al. São Paulo : Perspectiva, 2004.

CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. 3a ed. Trad. Guy Reynaud. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

HEIDEGGER, Martin: *Que é isto - a filosofia; identidade e diferença*. trad. Ernildo Stein. Duas Cidades, São Paulo, 1978

KRUEGER, Guilherme. *Cooperativas: Ontologia e Ética*. Saarbrücken : NEA, 2014.

LEÃO, Emmanuel Carneiro. *Filosofia grega*. Teresópolis : Daimon, 2010.

MEINEN, Ênio; GAUDIO, Ronaldo. Sobre o diferencial estrutural e desafios das instituições financeiras cooperativas no ambiente regulatório brasileiro. *Boletín de la Asociación Interacional de Derecho Cooperativo*. n° 49, Bilbao : Deusto, 2015

MEIRA, Deolinda Aparício (coord.). *Jurisprudência cooperativa comentada*. Lisboa : Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 2012.

MORENO, Juan Luis. Los valores según la Alianza Cooperativa Internacional. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*. n° 25. Valência : CIRIEC España, 2014.

²⁴⁹ Figura de pensamento em que a intenção expressiva aparece num excesso da expressão empregada. Por exemplo, o enunciado "o penso, logo existo" (*cogito, ergo sum*) é demonstrado pela dúvida hiperbólica: se Descartes duvida de tudo (mesmo daquilo que não duvida *de fato*), ainda permanece para todos uma certeza apodítica - a de que duvida.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa : Instituto Piaget, 2001.

PROUST, Marcel. *No caminho de Swann*. 12ª ed. Trad. Mario Quintana. São Paulo : Globo, 1990 (Em busca do tempo perdido; 1).

RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. Vol. 1. Trad. Constança Marcondes Cesar. São Paulo : Papyrus, 1994.

Mario de Conto -Ana Paula Andrade Rodrigues Ramos . A identidade cooperativa e o tratamento tributário adequado. Cooperative identity and an adequate tax treatment

Resumo

O Direito Cooperativo na contemporaneidade se depara com duas tendências antagônicas: de um lado, a reafirmação das características peculiares das sociedades cooperativas; de outro, a “companização” das Cooperativas, como uma imposição de padronização dos agentes econômicos que operam em uma economia globalizada. Essa tendência, que pode ser percebida claramente em normas internacionais – como as normas internacionais de contabilidade (IFRS) – põe em risco a identidade cooperativa, seu regime fiscal e o seu tratamento tributário. Nesse sentido, o presente artigo pretende contribuir com a justificativa teórica da necessária reafirmação histórica das características das Cooperativas, como meio de preservação de sua identidade e de seu regime tributário adequado.

Palavras-chave: Cooperativas, Tributação.

ABSTRACT

The Cooperative Law nowadays are faced with two opposing trends: on the one hand, the reaffirmation of the peculiar characteristics of cooperative societies; on the other, the "companization" of cooperatives, as an imposition of "standardlization" of economic agents operating in a globalized economy. This trend, which can be clearly seen in international standards - such as international accounting standards (IFRS) - endangers the cooperative identity, its legal regime and its tax treatment. In this sense, this article aims to contribute to the theoretical justification of the necessary historical reaffirmation of the characteristics of cooperatives as a means of preserving their identity and their appropriate tax regime.

Key Words: Cooperatives, Taxation.

Sumário: Introdução. I. O Estado pós-moderno: globalização econômica e Direito. II. Direito Cooperativo: as tendências de “companização” e os riscos à identidade cooperativa. III. Da necessária defesa da Identidade Cooperativa: a Recomendação 193 da Organização Internacional do Trabalho. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Introdução

Na atualidade, verificam-se duas tendências opostas em relação a evolução do Direito Cooperativo: (1) a reafirmação das características peculiares das sociedades cooperativas, na esteira das primeiras legislações mundiais que buscavam diferenciar a sociedade cooperativa das demais sociedades existentes, caracterizando-a como uma sociedade de pessoas, de fins não lucrativos, orientada à satisfação das necessidades de seus membros e de outro, a um movimento

de (2) “companização” das Cooperativas, como uma imposição de padronização dos agentes econômicos que operam em uma economia globalizada, notadamente considerando-se as normas de direito concorrencial e as chamadas normas internacionais de contabilidade.

A tendência de “companização” das cooperativas pelo Direito põe em grave risco a identidade cooperativa, o que acarreta reflexos diretos ao seu regime fiscal e o seu tratamento tributário adequado. Notadamente quanto ao conceito de Ato Cooperativo – instituto jurídico presente nas legislações latino-americanas – verifica-se que o mesmo apresenta direta dependência da compreensão – por parte da legislação – das características próprias das sociedades cooperativas e do entendimento a respeito dos elementos peculiares das relações estabelecidas pela cooperativa e por seus associados.

Nesse sentido, o presente artigo pretende contribuir com a justificativa teórica da necessária reafirmação histórica das características das Cooperativas, como meio de preservação de sua identidade e de seu regime tributário adequado.

I. O Estado pós-moderno: Globalização econômica e Direito contemporâneo.

A noção de Estado Liberal, em sua concepção clássica, apresenta-se como produto da modernidade e, portanto, como um instrumento necessário à superação das indeterminações que caracterizaram o período medieval. Trata-se do que Weber concebe como o Estado Burocrático²⁵⁰, no sentido do estabelecimento de regras que visam à despersonalização e a clara oposição ao tratamento de casos individuais. Faz parte desse ideário o estabelecimento de direitos individuais, exercidos em face do Estado, evidenciando a relação dicotômica – e oposicionista - entre Estado e sociedade. O Estado passa a ser visto com um ente abstrato, artificial, fruto da racionalidade, que deveria – através do Direito - garantir segurança à sociedade.

Na percuciente análise de Chevallier²⁵¹, tal concepção de Estado Moderno é resultado de cinco elementos essenciais, entre os quais a construção de uma figura abstrata, como fonte única de

²⁵⁰ WEBER, Max. Ensaio de sociologia. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 55.

²⁵¹ Segundo Chevallier, cinco elementos caracterizam o Estado Moderno: “(1) A existência de um grupo humano, a nação, implantado sobre um território e caracterizado, para além da diversidade e oposição dos interesses dos membros, por um vínculo mais profundo de solidariedade: apoiando-se sobre a nação, o Estado é a expressão de seu poderio coletivo; é a forma superior que assume a nação, a projeção institucional que lhe confere durabilidade, organização, poderio. (2) A construção de uma figura abstrata, o Estado, erigida concomitantemente em depositária da identidade social e fonte de toda a autoridade (...) (3) A

autoridade (Estado) e a existência de um aparelho estruturado de dominação (Direito). O Direito Moderno, nesse sentido, apresenta-se intimamente ligado à noção clássica de soberania estatal, entendida como um poder juridicamente incontestável²⁵² e independente de pressões externas. Essa lógica do Estado Moderno, todavia, sofre profundas alterações a partir do Século XX. A noção clássica de soberania cede espaço, notadamente em função dos influxos da globalização econômica, à necessidade de articulação do Estado com outros atores, configurando a noção de um direito negociado em oposição ao clássico direito imposto. Nesses termos, duas dinâmicas vão levar a uma reavaliação da relação estado sociedade: uma dinâmica interna (decorrente da relação Estado e Sociedade Civil) e outra externa (decorrente dos influxos da Globalização).

O enfraquecimento do Estado, como único motor de desenvolvimento e único centro de poder e de elaboração de normas, combinado ao surgimento de novos atores sociais, obrigou-o a possibilitar novas formas de participação com vistas à construção da ideia de um novo direito, um direito plural, flexível²⁵³, aberto e suscetível as contribuições - e as pressões - internas e externas.

Contemporaneamente, verifica-se que tal dinâmica externa afeta ao Direito através da forte pressão exercida por regulações internacionais – por vezes emanadas de organismos privados – na construção de normas jurídicas nacionais. Como exemplo aplicável ao Direito Societário – afetando diretamente às cooperativas – estão as chamadas “Normas Internacionais de Contabilidade” – IFRS (International Financial Reporting Standards), elaboradas pelo “Conselho Internacional de Padrões Contabilidade” – IASB (International Accounting Standards Board), uma organização privada e independente de governos.

percepção do Estado como princípio de ordem e de coesão social: enquanto a sociedade civil recobre a esfera das atividades privadas e dos interesses particulares, o Estado é concebido com a expressão do interesse geral (...) (4) O estabelecimento de um monopólio de coerção (...) (5) A existência de um aparelho estruturado e coerente de dominação, encarregado de colocar em funcionamento esse poderio”. CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-Moderno. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009, p. 24-25.

²⁵² MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002, p. 25.

²⁵³ Argumenta Chevallier que o direito pós-moderno incorpora as complexidades da contemporaneidade: “Rompendo com a dogmática jurídica inerente à modernidade, o direito pós-moderno – direito plural, direito negociado, direito flexível, direito reflexivo – apresenta ainda novas características relativamente ao direito moderno: incorporando a complexidade do real, ele se transforma em instrumento flexível de pilotagem e de governança; de meio de “governo” das sociedades, ele se torna instrumento de uma “governança” que segue as vias mais sinuosas”. CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-Moderno. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009, p. 182.

Não obstante a sua paraestatalidade e à não cogência das normativas elaboradas pelo IASB, verifica-se que o processo de globalização econômica impõe a padronização das sociedades como decorrência da necessidade de desenvolvimento do comércio internacional. Tal padronização, focada na “eficiência” do mercado e na redução dos custos de transação, é realizada sem a devida análise das peculiaridades dos tipos societários e das legislações nacionais.

O Estado, nesses termos, vê-se pressionado pelo poder econômico globalizado a legislar de maneira a acolher os interesses internacionais, muitas vezes em desacordo com o que estabelece sua própria legislação. Considerando-se que esses atores operam em escala transnacional através de grandes companhias, é evidente que as normas que visam estabelecer amoldam-se ao interesse das grandes empresas de capital e não aos empreendimentos locais, como as médias e pequenas empresas e as Cooperativas, cujos impactos serão analisados no próximo capítulo.

II. Direito Cooperativo: as tendências de “companização” e os riscos à identidade cooperativa

As cooperativas surgiram, na Revolução Industrial, como tipos especiais de sociedades. Embora se possam referir muitas distinções entre sociedades cooperativas e companhias, foca-se nesse momento em uma quebra paradigmática operada pelas mesmas. De fato, com as modernas cooperativas, nasceu a concepção de uma empresa democraticamente controlada, com foco nas pessoas e não no capital.

Efetivamente, não é simples, na estrutura de uma economia capitalista, a compreensão de tal tipo de sociedade, com características de uma associação de pessoas para operar uma empresa sem objetivo de lucro. Essa dificuldade se evidencia no desafio que é para as ordens jurídicas nacionais a tradução do fenômeno cooperativo em uma legislação que reconheça suas características peculiares.

Henry²⁵⁴ refere a existência de duas tendências opostas da legislação sobre o fenômeno cooperativo desde a constituição da primeira cooperativa no mundo industrializado. Essas tendências são marcadas, até 1970, pela distinção entre as cooperativas e outros tipos de sociedade e após 1970 pela aproximação do tratamento legal a outros tipos de sociedade, especialmente com as companhias.

²⁵⁴Refere Henry: “The evolution of cooperative legislation can be divided into two, partly overlapping, phases - one from the mid-19th century to the present day, the other one starting in the 1970s. The first is marked by distinguishing cooperatives from stock companies, the second one by approximating them with stock companies. Henry, Hagen. Guidelines for cooperative legislation / by Hagen Henry; International Labour Office. – 3rd ed. rev. - Geneva: ILO, 2012, p. 9.

De fato, as primeiras cooperativas surgiram sem uma legislação específica. Como refere Althaus, até 1846, na Inglaterra, as cooperativas recebiam uma “Autorização Real” ou suas transações eram feitas sob responsabilidade de alguns sócios. Após, a constituição de cooperativas na Inglaterra foi feita pelo regime das ‘Friendly Societies’ e, após 1852, regulado pelo ‘Industrial and Provident Societies Act’²⁵⁵, considerada a primeira lei cooperativista do mundo. Após a Inglaterra, foram criadas leis cooperativas na Prússia (1869), Áustria (1869), Japão (1900), Finlândia (1901), para referir alguns exemplos. A legislação nessa fase teve a preocupação de descrever a cooperativa como uma sociedade formada por membros com forte identidade cooperativa, considerando os interesses comuns e homogêneos entre seus associados.

A partir de 1970, a regulação de cooperativas – especialmente em países desenvolvidos – está no caminho de aproximação com outros tipos de sociedades. Henry refere que esse movimento de companização das cooperativas afeta todos os tipos de empresa, como um fenômeno de padronização de leis²⁵⁶. Essa padronização, por desconsiderar as peculiaridades das cooperativas, podem criar danos a sua identidade, a longo termo. Além disso, isso afeta não apenas o direito societário, mas também regulações em nível de direito tributário, do trabalho e da concorrência.

Esse fenômeno de “companização” das sociedades cooperativas vem sendo expandido em escala internacional, com o auxílio, inclusive, de organizações privadas. É o caso das chamadas ‘Normas Internacionais de Contabilidade’ (IFRS) emanadas pelo ‘Conselho Internacional de Padrões de Contabilidade’ (IASB) em 2009. Notadamente IAS 32 que trata de instrumentos financeiros, busca padronizar, em nível mundial, a classificação dos instrumentos financeiros das empresas em passivos (liabilities) e patrimônio (equity). Tal padronização é de interesse das grandes empresas transnacionais, constituídas sob a forma de sociedade anônima e erigidas ao modelo empresarial ‘standard’ do sistema capitalista. Justifica-se tal padronização em virtude da necessidade de que tais empresas transnacionais tenham maior facilidade de acessar recursos financeiros através da emissão de ações e de sua negociação em mercados mobiliários em todo o mundo.

²⁵⁵ “Aunque las Friendly Societies tuvieran alguna afinidad con las cooperativas, no eran en manera alguna una misma e idéntica cosa. Se trataba, en rigor, de la aparición de un fenómeno social nuevo, no contemplado hasta entonces por el derecho positivo [...]. No pasó mucho tiempo antes de que se cobrara conciencia de esta situación. Fruto de ello, y de la fuerza incontestable de la afirmación y crecimiento de un movimiento social cuya realidad no podía ignorarse, fué la sanción de la primera ley de cooperativas del mundo, conocida como Industrial and Provident Societies Act, sancionada por el Parlamento Británico en 1852”. CRACOGNA, Dante. Estudios de Derecho Cooperativo. Buenos Aires: Intercoop, 1980, p. 17.

²⁵⁶ HENRY, Hagen. Guidelines for cooperative legislation / by Hagen Henry; International Labour Office. – 3rd ed. rev. - Geneva: ILO, 2012, p. 14.

A aplicação de tais normas, todavia, encontra resistência, desde 2009, em diversos países do mundo, em especial na União Europeia. Estudos realizados por pesquisadores da Universidade de Bayreuth²⁵⁷ questionam a aplicabilidade das referidas normas às pequenas e médias empresas, concluindo que possuem como foco de aplicação apenas as sociedades anônimas.

No que concerne às Cooperativas, a aplicação das normas internacionais de contabilidade sugere que o Capital Social – historicamente classificado como patrimônio líquido da Cooperativa – seja classificado como um passivo. A justificativa da normatização é que, uma vez que as cotas de capital dos associados são resgatáveis, constituiriam uma exigibilidade da cooperativa.²⁵⁸

Essa justificativa desconsidera totalmente a diferença que o capital exerce em uma empresa de capital e em uma sociedade cooperativa, bem como a compreensão do princípio da adesão livre e voluntária. O que se apresenta evidente é que essa padronização – ou companização das cooperativas – importa no risco de perda da identidade da cooperativa, o que traz repercussões muito mais relevantes que a questão do tratamento do capital das sociedades cooperativas, mas pode inclusive justificar a desnecessidade de um tratamento diferenciado das sociedades cooperativas, adequado a suas características.

É nesse sentido que a defesa da Identidade Cooperativa se apresenta como um imperativo de seu tratamento jurídico adequado, o que traz consequências diretas para o seu tratamento fiscal e tributário adequado.

III. Da necessária defesa da Identidade Cooperativa: a Recomendação 193 Da Organização Internacional do Trabalho

As sociedades cooperativas, como ocorre com as grandes corporações transnacionais, apresentam-se ‘globalizadas’ na contemporaneidade. A participação das cooperativas nesse movimento de Globalização, todavia, se dá em sentido diametralmente oposto da globalização capitalista. Em verdade, falar-se em uma “Globalização Cooperativa” é referir-se a um modelo de globalização que busca corrigir as desigualdades da Globalização Capitalista hegemônica. Dito de outro modo: se a Globalização Capitalista gera, em todos os continentes, exclusão econômica e social, resta por criar possibilidades, aos grupos subalternizados pela economia hegemônica, de buscar alternativas através de vínculos comunitários de solidariedade.

²⁵⁷FÜLBIER, Rolf Uwe; GASSEN, Joachim. IFRS for European Small and Medium-Sized Entities? A theoretical and empirical analysis. University of Bayreuth, 2009.

²⁵⁸AMORIM, Ana Luísa G. Cavallari de; BIALOSKORSKI NETO, Sigismundo. Impactos dos padrões internacionais de contabilidade nas cooperativas brasileiras.

No plano do Direito Internacional, verifica-se que, na atualidade, as cooperativas se apresentam como um modelo econômico adequado a combater os efeitos da crise do capitalismo, notadamente decorrentes da migração de uma Economia Civil para uma Economia Comercial de larga escala, voltada à eficiência econômica em detrimento da democracia. O reconhecimento do Cooperativismo pelos Organismos Internacionais – notadamente pela Organização das Nações Unidas e pela Organização Internacional do Trabalho – é vinculado, nesses termos, ao papel que as Sociedades Cooperativas podem exercer, junto aos Estados, em correção aos efeitos nocivos do processo de globalização hegemônica.

Nesses termos, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU através da Resolução 64/136, intitulada “As Cooperativas no Desenvolvimento Social”, de 18 de Dezembro de 2010, proclamou o Ano de 2012, como o Ano Internacional de Cooperativas, reconhecendo o papel das cooperativas no desenvolvimento econômico e social, bem como instrumento de inclusão social e erradicação da pobreza. Dessa forma a ONU apresenta recomendações aos Governos, no sentido de aumentar a conscientização das pessoas acerca da contribuição das cooperativas para o desenvolvimento social e econômico; promover o crescimento das cooperativas como empresas sociais; rever suas medidas legais para estimular o crescimento e a sustentabilidade das cooperativas; desenvolver programas objetivando aumentar a capacitação das cooperativas; promover seu crescimento através do fácil acesso a financiamentos; promover o crescimento das cooperativas de crédito para alcançar as metas de inclusão financeira.

O Preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho refere a justiça social como a base da paz universal e duradoura e, não por outra razão, a Recomendação 193/2002, em seu preâmbulo, reconhece as cooperativas como específicos tipos de sociedade que promovem a participação de todos no desenvolvimento econômico e social e seu papel para a justiça social e finalmente para um desenvolvimento mundial sustentável. A Recomendação reconhece o conceito de cooperativa e os Princípios Cooperativistas sistematizados pela Aliança Cooperativa Internacional e recomenda aos Estados-membros a promoção de Cooperativas, notadamente através de uma estrutura institucional que facilite o registro de cooperativas, bem como da promoção de políticas apropriadas da criação de reservas e de fundos de solidariedade e da adoção de medidas de supervisão, preservando a autonomia das cooperativas, entre outros. Reconhece, outrossim que “as cooperativas servem aos seus membros e, como tal, o equilíbrio entre a necessidade de rentabilidade e as necessidades de seus membros que possuem e controlam sua própria empresa, que são diferentes das sociedades por ações, portanto, necessitam de leis que reconheçam suas especificidades”.

Um ponto interessante da Recomendação é expresso no seu parágrafo 7º, sobre o papel dos governos na promoção de cooperativas, com um tratamento legal “não menos favorável que aquele dispensado a outras formas de empresas e organizações sociais”. Nesse sentido, “não menos favorável” significa igual tratamento das cooperativas na legislação nacional, considerando, obviamente, as peculiaridades das sociedades cooperativas. Nas palavras de Münkner²⁵⁹, não se trata de um privilégio às cooperativas, mas de um tratamento segundo sua natureza. Certamente, como refere Fici²⁶⁰, os governos devem estabelecer tratamento tributário diferenciado para diferentes sujeitos – o que não significa quebra da isonomia, mas se trata, exatamente, da consecução do princípio da igualdade.

Nesses termos, o que se verifica é que o Cooperativismo é reconhecido, no âmbito do Direito Internacional, como modelo de desenvolvimento baseado na ética da solidariedade, através da gestão de um empreendimento democrático que mede sua eficiência por outros meios que não os tradicionais e, portanto, deve ser estimulado pelos Estados como ferramenta de fomento ao desenvolvimento econômico e social, o que significa observar suas características especiais quando legisla acerca de direito tributário, do trabalho e da concorrência.

Em termos de Direito Comparado verifica-se, de antemão, que não obstante à existência de características específicas, os diversos ordenamentos jurídicos possuem maneiras próprias de legislar acerca do fenômeno cooperativo. Evidentemente, a relação que cada Estado estabelece com o Cooperativismo está intimamente ligado a eventual complementariedade do fenômeno com os objetivos estatais e, em síntese, ao próprio perfil do Estado.²⁶¹

²⁵⁹“With regard to government’s co-operative development policy, the advice given in UN Guidelines of 2001 aimed at creating a supportive environment for the development of co-operatives (A/56/73, E/2001/68, adopted at 88th plenary session, 19 December 2001, A.RES.56.114) should be followed. Misusing co-operatives as development tools and outside goal-setting destroy the main advantage of co-operatives: to mobilise members’ own resources for their own benefit and to activate the propelling forces of organised self-help, thereby contributing indirectly to general development. Co-operatives do not need privileges but have to be treated according to their special nature. They have to be guaranteed an equal level playing field with their commercial competitors”. MÜNKNER, Hans-H. Report on the American-European Meeting on the Law of Co-operatives and Organisations based on Solidarity. Bogotá/Colombia. 2013.

²⁶⁰ “A tax treatment of cooperatives consistent with their distinct nature under organizational law could not be regarded as preferential (and therefore prohibited) under competition law, but would only be the expression of a rational and coherent legal system that provides different tax regimes for different subjects, in accordance with the principle of substantial equality. FICI, Antonio. An Introduction to Cooperative Law In: International Handbook of Cooperative Law. Springer-Verlag, Heidelberg, 2013 p. 58.

²⁶¹ Nesse sentido, Rui Namorado, citando Dante Cracogna, refere que: As leis traduzem, na sua própria estrutura, os tipos de posição do Estado em face das Cooperativas. Deste modo, nos países da Europa Ocidental e da América do Norte, a atitude do Estado é predominantemente liberal, não promovendo as cooperativas nem interferindo na sua vida, mas reconhecendo apenas a sua existência. Assim, nestes países, a legislação limita-se a estabelecer um quadro jurídico geral adequado às características das cooperativas, determinando as condições do seu reconhecimento como pessoas jurídicas [...] Nos países em desenvolvimento, o Estado, mais intervencionista, assume-se como propulsor da dinâmica cooperativa. Surgem leis com uma malha mais apertada [...] Nos países de economia centralizada planificada (nas

Na atualidade, em um contexto de economia globalizada, é necessário referir que um tratamento tributário adequado às cooperativas não importa em um tratamento privilegiado, mas considera tal tipo de sociedade como uma empreendimento comum, sem fins lucrativos (not-for-profit), no sentido de que os resultados positivos da Cooperativa, nas operações com seus membros, são propriedade dos membros e não da Cooperativa. Em outras palavras, que o objetivo da cooperativa não criar resultados para si própria, mas para seus membros. Nesse sentido, é necessário distinguir, na estrutura legal das sociedades cooperativas, dois tipos de transações: primeiro, as transações com seus membros; Segundo, as transações com terceiros, estranhos à sociedade.

No primeiro caso, a sociedade cooperativa é uma ferramenta dos membros, um instrumento para acessar ao mercado. Como um exemplo, quando produtores rurais, como membros de uma cooperativa, vendem sua produção ao mercado, o resultado positivo não configure lucro da cooperativa, mas a remuneração dos seus sócios. As eventuais sobras ainda serão divididas, entre os sócios, na proporção de suas transações com a cooperativa.

No Segundo caso, a cooperativa, como uma exceção, realiza transações com não sócios. Para utilizar o mesmo exemplo, se em determinada situação, a cooperativa necessita realizar uma venda ao mercado e a produção de seus associados não é suficiente, a Cooperativa pode adquirir produtos de não associados. Nesse caso, a distribuição dos resultados provenientes de operações com terceiros não é permitida e as legislações em geral disciplinam a distribuição desse resultado (lucro) a um fundo indivisível.

Em algumas legislações da América Latina, essa distinção foi feita, tradicionalmente, através do conceito de Ato Cooperativo. De fato, o conceito originariamente concebido pelo jurista mexicano Salinas Puente, referindo-se aos atos que a cooperativa pratica, sem objetivo de lucro, no atendimento às necessidades, como refere Cracogna²⁶².

palavras de Cracogna), o Estado atribui às cooperativas um papel no sistema econômico e controla a sua atividade." NAMORADO, Rui. Introdução ao direito cooperativo. Coimbra: Almedina, 2000. p. 28.

²⁶² "A doutrina começou a ocupar-se do tema na década de 1950, podendo mencionar-se o estudo do mexicano Antonio Salinas Puente, intitulado Teoria do Ato Cooperativo como um dos primeiros que se publicaram sobre esta matéria. Salinas chega à conclusão de que o ato cooperativo "é o suposto jurídico, ausente de lucro e de intermediação que a organização cooperativa realiza em cumprimento de um fim preponderantemente econômico e de utilidade social". CRACOGNA, Dante. O Ato Cooperativo na América Latina. In: Ato Cooperativo e seu adequado tratamento tributário. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 51.

Cracogna²⁶³ refere que a Organização das Cooperativas das Américas, no Congresso Continental de Direito Cooperativo ocorrido em Mérida, em 1969, descreveu os elementos que caracterizam o ato cooperativo em detrimento de alguma outra classe de ato, o ato no qual (1) os sujeitos são membros de uma cooperativa e a cooperativa é formada de acordo com os princípios cooperativos universalmente aceitos; (2) o objeto está de acordo com os propósitos da cooperativa e (3) sem objetivo de lucro.

No sistema jurídico brasileiro, no qual há o reconhecimento do Ato Cooperativo – inclusive pela Constituição Federal – o tratamento legal das sociedades cooperativas é peculiar. De fato, a Constituição brasileira reconhece o art. 146 o “tratamento tributário adequado” ao Ato Cooperativo.²⁶⁴ Nesse sentido, membros de uma sociedade cooperativa objetivam desenvolver uma atividade econômica, sem objetivo de lucro. Esse objetivo comum é expressado na noção de Ato Cooperativo, segundo estabelece o art. 79 da Lei 5764/71.

No Direito Europeu, refere Rui Namorado²⁶⁵ os problemas decorrentes da ausência da previsão legal do instituto do Direito Cooperativo, expresso em seu texto “Ato Cooperativo, uma ausência que confunde”. Munkner²⁶⁶ refere essa distinção entre as tendências na legislação da América Latina e Europa. Segundo seu argumento, enquanto na Europa existe um movimento de padronização entre o tratamento legal entre as empresas, na América Latina as legislações sobre cooperativas são vistas pelo governo como parte de um terceiro setor da economia.

²⁶³ “1. Sujeitos: o cooperador enquanto tal e a cooperativa enquanto constituída e de acordo com os princípios cooperativos universalmente aceitos; 2. Objeto: de acordo com os fins da cooperativa; 3. Finalidade: sem ânimo de lucro”. CRACOGNA, Dante. O Ato Cooperativo na América Latina. In: Ato Cooperativo e seu adequado tratamento tributário. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 52.

²⁶⁴ “Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas”. Federal Constitution of Brazil. Available on <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acess in 16/08/2014.

²⁶⁵ “O acto cooperativo, como categoria jurídica autónoma não tem ainda um lugar no direito português. E essa tão marcada desvalorização não só se manifesta nos textos legais, como também na generalidade da doutrina [...]. É uma ausência que confunde em dois sentidos. Em primeiro lugar, por facilitar alguma incerteza no regime jurídico das cooperativas. Em segundo lugar, porque não pode deixar de suscitar alguma perplexidade que uma ordem jurídica como a portuguesa, que tanto relevo específico deu à realidade cooperativa, tenha ignorado, por completo, o acto cooperativo como categoria jurídica autónoma”. NAMORADO, Rui. Estudos de Direito Cooperativo. Coimbra: Almedina, 2005, p. 96.

²⁶⁶ “The trend in European co-operative law is to abandon the special “legal treatment of CT and to opt for a contractual relationship between co-operatives and their members, subject to general contract law, except in case of workers’ co-operatives, where labour law is only law applied in relations with non-members employed by the co-operative. In Latin America, the trend appears to go into the opposite direction, with the law-makers integrating provisions on CT into the law. Co-operatives are seen as part of social economy and of a third sector between the private and the public sector, while in Germany, co-operatives are perceived as part of a pluralistic market economy, formed for promoting the individual and common economic interests of their members and after a law reform of 2006 also for meeting the social and cultural aspirations of their members, if the by-laws so provide.” MÜNKNER, Hans-H. Report on the American-European Meeting on the Law of Co-operatives and Organisations based on Solidarity. Bogotá/Colombia. 2013.

Não obstante à existência dessas duas tendências e das diferentes estratégias adotadas entre o Direito latino-americano e europeu – especialmente a respeito do conceito de Ato Cooperativo – é evidente que um tratamento tributário adequado às sociedades cooperativas, a lei deve reconhecer a natureza especial das sociedades cooperativas e a substancial diferença entre as transações entre a cooperativa e seus membros e a natureza diferenciada dos resultados dessas operações, não como um tratamento privilegiado, mas como um tratamento adequado às suas características.

Considerações Finais

A tributação de cooperativas, em diversos países, é um tema controverso. As discussões, geralmente, tendem em direção ao um regime jurídico diferenciado, considerando o papel dos governos em promover tal espécie de sociedade como uma forma de promover o desenvolvimento econômico e social, notadamente de grupos em desvantagem.

Atualmente, em um momento marcado por mercados globalizados e de competição entre todos os tipos de sociedade, a adoção de um tratamento “privilegiado” significaria a quebra do princípio da Igualdade, uma das bases do Estado de Direito. Nesse sentido, apesar dos objetivos sociais das cooperativas, apresenta-se relevante compreender as peculiaridades deste modelo societário, não para defender um tratamento privilegiado, mas adequado as suas características.

Nesse sentido, a interpretação da Recomendação 193 da OIT, que reconhece a diferença entre cooperativas e outros tipos de sociedade, atribuindo-lhes um tratamento “não menos favorável” significa que o reconhecimento de suas peculiaridades é condição para que as mesmas recebam um tratamento jurídico adequado.

Normas Internacionais tendentes a uniformizar o tratamento jurídico atribuído a empresas e a sociedades cooperativas devem ser rechaçados pelo movimento cooperativo, como um imperativo de preservação de sua identidade. Apesar das pressões do movimento de globalização hegemônica, é imperativo que a identidade cooperativa seja defendida, para que as peculiaridades deste tipo societário sejam observadas pela legislação.

As pressões decorrentes do tratamento contábil das cooperativas (Normas internacionais da contabilidade), do direito de concorrência – que sob a falsa premissa da padronização de tratamento entre todas as empresas haveria isonomia – exigem do movimento cooperativo a articulação com o Estado no sentido de que a legislação reconheça as características peculiares das Cooperativas.

Referências Bibliográficas

ALTHAUS, Alfredo A. Tratado de Derecho Cooperativo. Córdoba: Zeus Editora, 1977.

AMORIM, Ana Luísa G. Cavallari de; BIALOSKORSKI NETO, Sigismundo. Impactos dos padrões internacionais de contabilidade nas cooperativas brasileiras.

CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-Moderno. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

CRACOGNA, Dante. Estudios de Derecho Cooperativo. Buenos Aires: Intercoop, 1980.

_____. O Ato Cooperativo na América Latina. In: Ato Cooperativo e seu adequado tratamento tributário. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

FICI, Antonio. An Introduction to Cooperative Law In: International Handbook of Cooperative Law. Springer-Verlag, Heidelberg, 2013.

FRANKE, Walmor. Direito das Sociedades Cooperativas. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 46.

FÜLBIER, Rolf Uwe; GASSEN, Joachim. IFRS for European Small and Medium-Sized Entities? A theoretical and empirical analysis. University of Bayreuth, 2009.

GALGANO, Francesco. Il nuovodirittosocietario. Padova: CEDAM, 2003.

HENRÝ, Hagen. Guidelines for cooperative legislation / by Hagen Henry; International Labour Office. – 3rd ed. rev. - Geneva: ILO, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002.

MÜNKNER, Hans-H. Report on the American-European Meeting on the Law of Co-operatives and Organisations based on Solidarity. Bogotá/Colombia. 2013.

NAMORADO, Rui. Estudos de Direito Cooperativo. Coimbra: Almedina, 2005.

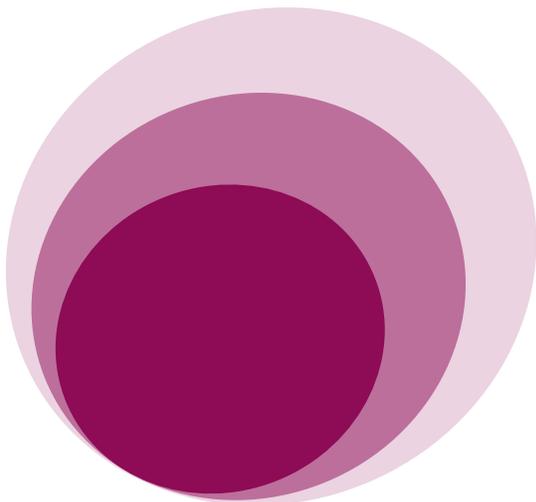
_____. Introdução ao direito cooperativo. Coimbra: Almedina, 2000.

WEBER, Max. Ensaios de sociologia. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

Tema 3

**(Ponencias del Congreso de
Derecho Cooperativo en conjunto
con el I Foro Internacional)**

**Capital y financiamiento
cooperativos. Tratamiento contable
del capital. Distintas fuentes de
financiamiento.**



Los nuevos instrumentos de capitalización en la legislación cooperativa uruguaya.

Sergio Reyes Lavega.

Financiamiento cooperativo: impacto de la ley nº 18407.

Tebisey Padrón

Tema 3 (Congreso y Foro Internacional) Capital y financiamiento cooperativos. Tratamiento contable del capital. Distintas fuentes de financiamiento. Sergio Reyes Lavega. Los nuevos instrumentos de capitalización en la legislación cooperativa uruguaya

Resumen:

La presente ponencia refiere a los nuevos instrumentos de capitalización previstos en la legislación cooperativa uruguaya, denominados Participaciones Subordinadas y Participaciones con Interés. Se hace una breve introducción a la temática de la capitalización y de la financiación en general de las cooperativas, para luego realizar una serie de reflexiones sobre algunos puntos concretos de las Participaciones: los requisitos de emisión, la categorización como títulos valores, la incidencia que puede tener el impuesto a las rentas en su viabilidad y su naturaleza patrimonial.

Abstract: This paper refers to new capitalization instruments under Uruguayan cooperative legislation, called Subordinate Shares and Shares with Interest. A brief introduction to the topic of capitalization and funding of cooperatives in general is done, to present then a series of reflections on some specific points of the Shares: emission requirements, categorization as securities, the impact that income tax may have on their viability and its financial nature.

1. Las cooperativas: su problema de financiación y los nuevos instrumentos de capitalización previstos en legislación cooperativa uruguaya (a manera de introducción)

Si bien es cierto que en las cooperativas el capital (considerado la principal forma de financiación) tiene un carácter instrumental -esto es, no constituye un elemento de poder-, no es menos cierto que, como dice **Cracogna**, *“la necesidad de financiamiento es un imperativo de toda actividad económica productiva”*, y en ese sentido *“las cooperativas experimentan los mismos requerimientos que cualquier otra empresa.”*²⁶⁷

Y esa necesidad de capitalización (o financiación, en sentido amplio) ha sido una preocupación histórica y constante del cooperativismo, tanto a nivel mundial como nacional. Por ejemplo, en 1862, decía **Holyoake**²⁶⁸, el historiador de la cooperativa de los Pioneros de Rochdale: *“Muchos experimentos cooperativos han fallado por falta de capital. Sus miembros consideraron inmoral ganar interés y, sin embargo, carecieron de suficiente mística para prestar su dinero sin interés. Otros tuvieron objeciones morales a pagar interés y, como no se consigue dinero sin él, esas virtuosas personas no hicieron nada, fueron demasiado morales para ser útiles”*. Y en el ámbito

²⁶⁷ Cracogna, Dante, “Separata de la Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, N° 154/156, 1993, Ediciones Depalma.

²⁶⁸ Holyoake, George Jacob, “La Historia de los Pioneros de Rochdale”, 1989, Intercoop.

nacional ya lo señalaba **Rippe**, en 1987, como uno de los problemas de las cooperativas: *“la cuestión financiera es uno de los mayores y más extendidos problemas de las cooperativas, tradicionalmente atribuidos -entre otras causas- a la insuficiente capitalización”*²⁶⁹; por su parte, **Reyes Lavega et al** recogían las expresiones contenidas en un documento de CUDECOOP de la época previa a la **Ley General de Cooperativas de Uruguay N° 18.407 (en adelante LGC)** aprobada en 2008: *“La función del capital es medular en el desarrollo de la actividad económica, y en el caso de las cooperativas constituye la primer fuente de financiamiento de las mismas, representando además una garantía para los terceros que contratan con ellas. Las limitaciones en el financiamiento de las cooperativas es una dificultad con la que se enfrenta el movimiento cooperativo desde hace mucho tiempo.”*²⁷⁰

Ahora bien, en esta ponencia no se abordará la temática de la financiación en general, sino solamente se plantearán algunas consideraciones preliminares y alguna interrogante, sobre determinadas aristas de los **nuevos instrumentos de capitalización** contenidos en los artículos 64 a 67 de la LGC, **o sea, las Participaciones Subordinadas (en adelante las PS) y las Participaciones con Interés (en adelante las PI) (y en conjunto, en adelante denominadas las PARTICIPACIONES)**; se dirá algo acerca de sus requisitos, de su consideración de título-valor, de cómo les afecta el impuesto a las rentas a las personas físicas y de su naturaleza patrimonial. La intención es, sobre todo, colaborar en la difusión, el análisis y el debate, en el campo jurídico, de este nuevo e importante instituto.

Se adelanta que **las PARTICIPACIONES son instrumentos jurídicos-financieros instalados con el fin de que las cooperativas reciban recursos, de personas socias o no socias, en pos de hacer frente a sus inversiones y planes de desarrollo.**

2. Las particularidades de las cooperativas

Dado que los mencionados instrumentos de capitalización tienen, en alguna medida, una cercanía con algunas formas de capitalización de las sociedades comerciales, vale la pena recordar los caracteres especiales que encierran las cooperativas; porque, aunque parezca contradictorio, también son estos caracteres los que acarrearán las particularidades de la regulación de aquel instituto en la LGC.

Es sabido que las cooperativas nacen en la época de la primera revolución industrial, en la búsqueda de alternativas a las condiciones sociales que generaba el naciente capitalismo

²⁶⁹ Rippe, Siegbert, “Los problemas jurídicos de las cooperativas”, 1987, FCU.

²⁷⁰ Reyes Lavega, Sergio; Lamenza, Alfredo; Gutiérrez, Danilo; Machado, Jorge; “Derecho Cooperativo Uruguayo”, 2011, FCU.

industrial. Asimismo, es conocido que se acepta a la “*Sociedad de los Probos Pioneros de Rochdale*” (de Inglaterra), conformada en 1844, como la primera cooperativa de la era moderna, y que esto obedece, más que nada, a la virtud que tuvieron aquellos emprendedores de reunir y explicitar un conjunto de reglas -devenidas luego en los **principios cooperativos**- que permitieron delinear de manera clara la forma cooperativa de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

En la Exposición de Motivos de la LGC uruguaya se resaltaban dichas particularidades del siguiente modo: **“el fenómeno socioeconómico cooperativo constituye una forma especial de organización para la producción y distribución de bienes y servicios”....** (y su accionar) **“se encuentra pautado por un conjunto de doctrinas, valores, reglas y principios que, nacidos con las primeras cooperativas, han mantenido su vigencia y han encontrado en la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) -organismo de carácter ecuménico- el ámbito para su discusión, actualización y reformulación. A su vez, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su Recomendación N° 193/2002, ha reconocido “la importancia de las cooperativas para la creación de empleos, la movilización de recursos y la generación de inversiones, así como su contribución a la economía”, como así también como formas que “promueven la más completa participación de toda la población en el desarrollo económico y social”, por cuyas razones recomienda que se aliente “el desarrollo y el fortalecimiento de la identidad de las cooperativas, basándose en los valores y principios cooperativos”.**

Es también conocido que en las sociedades comerciales el fin es el lucro, y en las cooperativas el fin es el servicio. Precisamente, el art. 1° de la ley de sociedades comerciales uruguaya N°16.060 reza: **“Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas, físicas o jurídicas, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada con el fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas que ella produzca”.** En cambio, el art. 4 de la LGC establece **“Las cooperativas son asociaciones autónomas de personas que se unen voluntariamente sobre la base del esfuerzo propio y la ayuda mutua, para satisfacer sus necesidades económicas, sociales y culturales comunes, por medio de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente gestionada.”** Como se puede apreciar, se trata de la definición aprobada en 1995 por la ACI (Congreso de Manchester), con el solo agregado “sobre la base del esfuerzo propio y la ayuda mutua”.

Asimismo, es de destacar que la LGC recoge (en su art. 7), en forma íntegra, los principios cooperativos universales, como así también que alguna doctrina nacional entiende que habría ocurrido una evolución sobre la naturaleza jurídica de las cooperativas, desde ser considerada un

tipo societario comercial (así era calificada por la primera ley de cooperativas, N° 10.008, de 1941), hasta reafirmarse, hoy en día, como un género propio.²⁷¹

3. Las diversas formas de financiación de las cooperativas a nivel internacional

Para dar un mejor marco a las PARTICIPACIONES uruguayas mencionadas, y siguiendo a Cracogna²⁷², tenemos que *“las inversiones necesarias se financian con recursos propios (capital y reservas) o de terceros (endeudamiento) bajo distintas especies, cada una de las cuales tiene una naturaleza jurídica y económica específica”*, y más adelante agrega que se pueden resumir en las siguientes modalidades: a) capital, b) reservas, y c) deudas, siendo que las dos primeras componen el patrimonio social y la tercera es un pasivo.

Asimismo, el prestigioso autor enumera diversas variantes existentes dentro de esas modalidades, en las legislaciones de varios países. A continuación, utilizaré esa enumeración y agregaré, a renglón seguido de cada variante, de manera concisa, si se trata de alternativas previstas y/o utilizables dentro del marco jurídico uruguayo.

(Capital)

capital mínimo: no está establecido en la ley, pero debe determinarse en el Estatuto de cada cooperativa (en general, se establecen guarismos bajos; para algunas clases de cooperativas la normativa reguladora del tipo de actividad que practican exige un capital mínimo, por ejemplo, las ahorro y crédito y de seguros);

aportes mínimos obligatorios y aportes voluntarios: el primero debe establecerse en el Estatuto como condición para ser socio (en general, se establecen cifras bajas) y el segundo también se admite si el Estatuto así lo establece y la Asamblea General de la cooperativa así lo resuelve;

aumentos obligatorios de capital: la Asamblea General podrá determinarlos (y si un socio no los aporta incurrirá en incumplimiento y/o tendrá el derecho de receso);

capital rotativo: no está establecido expresamente, pero, a mi juicio, puede incluirse dentro de la figura especial prevista por la LGC como “fondos patrimoniales especiales”;

capital proporcional: está previsto expresamente en la LGC, pero para ser utilizado debe estar previsto en el Estatuto de la cooperativa;

²⁷¹Ver: Faedo, Alvaro; Cazéres, José Luis; Medero, Héctor; González Chiappara, Miguel; Raffo, Alberto; “Digesto Cooperativo”, 1992, FCU; y Reyes Lavega et al: ob. citada.

²⁷² Cracogna, Dante, ob. citada

diferentes clases de socios: nuestra legislación no lo prevé (en el Proyecto de Ley que dio lugar a la LGC estaba prevista la figura del “socio colaborador”, pero fue suprimida en el proceso de discusión parlamentario);

socios inversores(Cracogna cita el caso italiano): no está previsto por nuestra ley (la figura del “socio colaborador” era muy parecida);

partes sociales con ventajas particulares (Cracogna cita el caso francés): no está previsto por nuestra ley;

partes sociales sin derecho a voto: no está previsto por nuestra ley, pero se asemeja mucho a la figura de las Participaciones tratadas en este documento;

mayor retribución al capital: no está previsto por nuestra ley;

revaluación de cuotas sociales: está previsto expresamente en nuestra LGC;

capitalización de interés y retornos: está previsto en nuestra ley como una atribución de la Asamblea General.

(Reservas)

reservas especiales: están previstas en nuestra ley las siguientes: (a) “reserva legal” (un 15% de excedentes hasta igualar al capital y luego el 10% hasta triplicar el capital), (b) la “reserva por operaciones con no socios” (un 10% de excedentes), y también está prevista una reserva denominada “Fondo de Educación y Capacitación Cooperativa” (un 5% de excedentes), pero estrictamente no es una reserva patrimonial, sino que se trata de recursos para solventar gastos de actividades de capacitación; también es posible en nuestro país la constitución de otras reservas especiales voluntarias (deben ser resueltas por la Asamblea General);

reservas de porcentajes elevados o variables: no están previstas en nuestra ley;

incorporación (de reservas) al capital (Cracogna cita el caso francés): no está previsto en nuestra LGC, pero está establecido que las reservas podrán “*solamente afectarse para absorber pérdidas*”.

(Endeudamiento)

fondos rotatorios (son diferentes del capital rotativo o rotatorio; se trata de préstamos obligatorios de los intereses y retornos que corresponden a los socios al final de cada ejercicio y que se devuelven al cabo de cierto plazo)(Cracogna cita los casos canadiense, peruano y brasileño): no están previstos en nuestra ley;

certificados de inversión cooperativa (se cita el caso francés y portugueses): no están previstos por nuestra LGC;

participaciones especiales: no están previstas en nuestra ley; tienen alguna similitud con la Participaciones de que trata el presente trabajo, pero se diferencian en que en caso de liquidación estarían antes que las partes sociales de los socios, y en el caso uruguayo están en pie de igualdad que los socios;

otras formas de pasivo: está expresamente previsto en la LGC que “*las cooperativas podrán asumir todas las formas de pasivo y emitir obligaciones a suscribir por socios o terceros*”; podrán ser, por ejemplo, préstamos bancarios o comerciales, obligaciones negociables, etc.

4. La previsión de los instrumentos de capitalización (las PARTICIPACIONES) en la LGC uruguayo

Como se dijo, **las PARTICIPACIONES son instrumentos mediante los cuales las cooperativas puedan captar capitales, tanto de socios como de no socios, para el desarrollo de sus actividades de servicios**. Por cierto, implica que haya personas (físicas o jurídicas) que estén dispuestas (confíen, prefieran) a invertir sus ahorros en empresas cooperativas, de manera que éstas lleven adelante el cumplimiento de determinados objetivos, en línea con su objeto social, y en el marco de un conjunto predeterminado de condiciones de plazo, tasa de interés, etc.

Es casi de Perogrullo decir que al instaurarse este tipo de instrumentos en el ordenamiento jurídico de cualquier país, debe cuidarse, fundamentalmente, que no se contradigan los principios cooperativos. Y sobre todo que no impliquen para las cooperativas la pérdida del control y la gestión democrática, ni de su independencia y autonomía. Por ello, uno de los aspectos más sensibles y opinables de esta temática refiere a la concesión o no de derechos políticos (o para-políticos), y en caso de concederlos con qué alcance²⁷³.

En la regulación uruguayo, las características principales de las PARTICIPACIONES son las siguientes:

- (i) nominativas;
- (ii) transferibles, con previa autorización del Consejo Directivo y si el Estatuto de la cooperativa así lo hubiese previsto;

²⁷³ Por ejemplo, en la Argentina, en la década de 1990, se planteó una reforma de la ley de cooperativas N° 20.337, la que, entre otros aspectos, preveía que las cooperativas podían emitir un capital optativo (adicional al que integran los asociados usuarios) incluyendo la concesión de participación en los órganos de administración, no superior a un tercio. Este punto dividió las opiniones y finalmente lo proyectado no fue aprobado.

- (iii) no confieren derechos políticos ni sociales a sus tenedores (en tanto tales, pues, no tienen derecho a participar en la Asamblea General, ni a integrar el Consejo Directivo, ni la Comisión Electoral, ni la Comisión de Educación, Formación e Integración Cooperativa, ni otras Comisiones Auxiliares), pero si pueden tener el derecho a integrar la Comisión Fiscal (órgano de control interno) si el Estatuto de la cooperativa emisora lo prevé;
- (iv) tienen un tope para su emisión de hasta el 50% del patrimonio de la cooperativa;
- (v) la posibilidad de su emisión debe estar prevista en el Estatuto;
- (vi) la resolución sobre la emisión y sus condiciones (plazo, tasa de interés, etc.) corresponde a la Asamblea General;
- (vii) deben contener un conjunto de enunciaciones: por ejemplo: denominación, datos de la cooperativa, fecha de emisión y rescates, tipo de interés, etc. (todo según el detalle del art. 67 de la LGC);
- (viii) la cooperativa emisora tiene derecho al rescate anticipado a los vencimientos previstos;
- (ix) en caso de liquidación de la cooperativa emisora, los tenedores de estos instrumentos concurrirán a la misma en pie de igualdad que los socios comunes por sus partes sociales;
- (x) en el Estatuto de la cooperativa se podrá establecer la posibilidad de limitar el reembolso de las partes sociales y las PI (en conjunto), y en tal caso esto se deberá consignar en los respectivos títulos al ser emitidos (según estipula el art. 73 de la LGC).

Es de señalar que la diferencia fundamental entre una y otra clase del nuevo instrumento está radicada en que, si bien ambas estarán “*sujetas al riesgo de gestión*”, las PI recibirán “*una remuneración con independencia de la existencia o no de excedentes netos de gestión*”, mientras que la remuneración de las PS depende de “*la existencia de excedentes netos de gestión de la cooperativa*”, pero -en este último caso- si los excedentes son positivos tienen la ventaja que en su distribución están en el primer lugar (art. 70 LGC). Cuando se dice “remuneración” se hace referencia a la tasa de interés que se deberá establecer en las condiciones de la emisión.

5. ¿Corresponde aplicar a las PARTICIPACIONES las disposiciones contenidas en otras normas, más allá de las que se definan como propias del Derecho Cooperativo, tales como las de títulos valores y mercado de valores?

El penúltimo inciso del art. 67 de la LGC establece que **las PARTICIPACIONES**, además de ajustarse a las formalidades indicadas en el mismo (mencionadas en el apartado precedente), **“podrán establecer en sus títulos representativos otras condiciones que a juicio de la cooperativa se entiendan necesarias, con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes relativas a este tipo de valores”**. Desde ya se aprecia que esta norma encierra una tarea interpretativa: definir/precisar qué “tipo de valores” son las PARTICIPACIONES, y de ese modo determinar qué otras disposiciones, además de las de Derecho Cooperativo, podrían serles aplicables.

Y en la misma dirección me parece pertinente recordar que no solamente el artículo antedicho contiene una norma que conexiona el Derecho Cooperativo con otras ramas. Así, por ejemplo, el art. 3 de la LGC reza que **las cooperativas “supletoriamente se regirán por las disposiciones de la ley de sociedades comerciales en lo no previsto y en cuanto sean compatibles”**, y el art. 9 que: **“En todo lo no previsto en las leyes cooperativas se aplicarán al acto cooperativo los principios generales en materia de negocio jurídico en general y de los contratos en particular, en lo compatible y en cuanto correspondiere o fuere pertinente.”**

Ahora bien, en tanto excede la intención de esta ponencia desentrañar ante qué clase de relación jurídica se está cuando una cooperativa emite PARTICIPACIONES, tan solo dejaré planteada la interrogante del subtítulo. De todos modos, desde ya se advierte que parece imposible pensar un “sistema cooperativo” aislado e independiente absolutamente del contexto socio-económico y jurídico que lo rodea, e incluso ese mismo contexto reclama la necesidad de definir, en los tiempos inmediatos, un marco regulatorio lo más completo, claro y seguro posible, en el entendido de que este es un prerrequisito para la efectiva utilización de aquellos instrumentos.

Ahora bien, en Uruguay lo relativo a los títulos valores está regulado por el decreto-ley N° 14.701, y el mercado de valores por la ley N° 18.627.

Sánchez Calero et al definen al título valor como *“el documento esencialmente transmisible necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo en él mencionado”*²⁷⁴. Por su parte, **Rippe et al** expresan que en nuestro derecho se utiliza la expresión título valor (que en Derecho Comparado

²⁷⁴ Sánchez Calero, Fernando; Sánchez-Calero Guilarte, Juan; “Instituciones de Derecho Mercantil”, Vol. II, 2005, Thomson-Aranzadi

también se le conoce como “títulos de crédito”) *“para designar a ciertos documentos cuyo valor se representa por el derecho real al cual se refiere el documento y es inseparable del título mismo”*.²⁷⁵

Y, sin arriesgar una opinión definitiva, es dable decir que la figura de las PARTICIPACIONES encuentra muchos puntos de contacto con lo expresado por dichos autores, y con los conceptos contenidos en el decreto-ley de títulos valores N° 14.701. Por ejemplo, del art. 1°, que define al título valor, y del art. 3° que establece los requisitos para ser considerado tal, surge que se trata de documentos en los que se hace constar un derecho y una obligación correlativa de pagar una suma de dinero, creados por la voluntad unilateral del deudor, aspectos éstos que en principio pueden encajar con las notas esenciales de las PARTICIPACIONES.

También una primera lectura lleva a pensar que esta figura del Derecho Cooperativo encuentra similitudes con algunos caracteres de los títulos valores, tales como: en relación con el documento: la necesidad y las formas o solemnidades con qué deben ser emitidas; en cuanto al derecho: la autonomía del derecho y la abstracción; y en cuanto a la obligación: la unilateralidad y la autonomía. No obstante, no debemos olvidar que la LGC también es clara en cuanto a sujetar la suerte de las PARTICIPACIONES al riesgo de gestión de la cooperativa emisora, así como a asignarles naturaleza patrimonial, elementos que más bien las alejarían de algunos de aquellos caracteres.

A los efectos de una mejor determinación de qué disposiciones correspondería aplicarles, también sería del caso definir ante qué especie de título valor se está.

Por otra parte, la ley de mercado de valores N° 18.627 contiene, en su art. 13, la siguiente definición de valores: *“los bienes o derechos transferibles, incorporados o no a un documento, que cumplan con los requisitos que establezcan las normas vigentes. Se incluyen en este concepto las acciones, obligaciones negociables, mercado de futuros, opciones, cuotas de fondos de inversión, títulos valores y, en general, todo derecho de crédito o inversión.”*; y sobre esta base se regula todo lo relativo a la registración, autorización, negociación, etc., de tales bienes o derechos, cuando se trate de oferta pública (y no de oferta privada), lo que a su vez ocurre cuando hay una *“comunicación dirigida al público en general o a ciertos sectores o a grupos específicos de éste, a efectos de adquirir, vender o canjear dichos valores. La invitación a la compra de valores realizada a los clientes de una institución de manera generalizada constituye oferta pública, aunque no se realice publicidad al respecto.”* En mi opinión, cuando las PARTICIPACIONES se hagan bajo la modalidad de oferta pública deben cumplir con un conjunto de requisitos determinados por esta ley.

²⁷⁵Rippe, Siegbert; Bugallo, Beatriz; Longone, María Rosa, Miller, John; “Instituciones de Derecho Comercial Uruguayo”, 1996, FCU

En fin, como ya dije, se está ante la relevante tarea de determinar y armonizar(y de algún modo integrar) el derecho que corresponde aplicar en el caso (he mencionado la normativa que claramente me parece más relevante),a fin de precisar la totalidad del marco jurídico de estos nuevos instrumentos de capitalización.

6. El tratamiento tributario de las PARTICIPACIONES, en particular en relación con el Impuesto a las Rentas de las Personas Físicas (IRPF)

En el entendido de que la figura de las PARTICIPACIONES constituye un buen intento de sortear la problemática de la financiación al inicio mencionada, resultaría importante encontrar elementos que estimulen la opción de las personas por invertir sus ahorros en emprendimientos que conllevan una serie de valores de igualdad, responsabilidad, solidaridad, ayuda mutua, participación, democracia, etc., tal como las cooperativas. Pero, se puede decir que no se aprecia un tratamiento promotor de esta clase de inversiones, por lo menos en lo relativo al IRPF, esto es, al impuesto que grava las rentas obtenidas por las personas físicas.

La última gran ley sobre el régimen tributario en Uruguay es la N° 18.083. En ella se crea, entre otros, el IRPF. Y en cuanto a este impuesto en relación con las cooperativas también deben tenerse en cuenta el art. 315 de la ley N° 18.172, el art. 807 de la ley N° 18.719 y la propia LGC. La cuestión es que ninguna de estas normas establece de manera expresa a que régimen quedan sometidas las remuneraciones que se obtengan, por las personas físicas, por medio de la figura de las PARTICIPACIONES.

Entonces, las remuneraciones (rentas) que las personas físicas obtengan de las inversiones realizadas a través de dichos instrumentos quedan comprendidas en el hecho generador del IRPF como cualquier otra renta de capital y tributan como tal (estarían comprendidas en el Texto Ordenado impositivo, arts. 2 literal A) y 16 del Título 7).

Por otro lado, y en lo que parecerá en principio un apartamiento de lo que se viene tratando, tenemos que de una manera, a mi juicio, injusta, las devoluciones de capital social de las cooperativas (partes sociales) están comprendidas expresamente por la ley N° 18.083 en el hecho generador del IRPF, como rentas del trabajo; es decir, los aportes de capital que los socios hacen a su cooperativa, al retirarlo quedan alcanzados por el Impuesto, y deben aportar al Fisco sobre dichos reintegros de acuerdo a las tasas diferenciales y progresionales que correspondan (según franjas aplicadas al conjunto de ingresos de las personas). Esto fue subsanado, más adelante -por las leyes ya citadas- de distinta forma tanto para las cooperativas de vivienda como para las de ahorro y crédito, pero para las demás clases esta situación permanece.

Ahora bien, es de recordar que la norma tributaria (18.083) fue dictada con anterioridad a la LGC, o sea, a ese momento no existían las PARTICIPACIONES, y, por otra parte, si bien éstas tienen similitud con las partes sociales, en realidad no se trata de aportes realizados por los socios de las cooperativas (estrictamente no son partes sociales -cuotas sociales suelen denominársele, en otras legislaciones, a los aportes de capital social-; por ejemplo, no tienen derecho al voto), por lo cual, entiendo que las devoluciones de capital invertido por medio de este instrumento de capitalización no están comprendidos en el IRPF. Y creo que ello es así por la sencilla razón que, de lo contrario, este instrumento estaría en clara desventaja con una sociedad comercial (en éstas la eventual devolución del capital no está gravada; lo que está gravado son las rentas), y además perdería razón de ser, ya que ninguna persona realizaría una inversión en una cooperativa si luego, cuando rescata su capital, se le deduce un porcentaje por concepto de alícuota de IRPF (la cual puede ir desde el 10 al 25 %; aunque seguramente esta tasa aumentará prontamente porque está a punto de aprobarse un proyecto de ley que así lo dispone).

Resultaría altamente conveniente, entonces, para la mayor seguridad y aplicabilidad de los nuevos instrumentos de capitalización, que el aspecto tributario relativo al IRPF tuviese una definición clara y estimulante.

7. La naturaleza patrimonial de las PARTICIPACIONES y su tratamiento jurídico-contable

El art. 52 de la LGC contiene una clara descripción sobre los recursos de naturaleza patrimonial de las cooperativas, y entre ellos se encuentran *“Los recursos que se deriven de los otros instrumentos de capitalización”*. A su vez, los *“Otros instrumentos de capitalización”* son, precisamente, las PARTICIPACIONES(arts. 64 a 67 de la LGC).

También en los arts. 65 y 66 se establece claramente que las PARTICIPACIONES ***“se incorporan al patrimonio de la cooperativa”***.

Y para el caso de las cooperativas de ahorro y crédito en particular, el artículo 164 de la LGC agrega que ***“Las participaciones subordinadas y las participaciones con interés formarán parte del patrimonio esencial y contable de la cooperativa.”*** Como se puede apreciar, este artículo está claramente en línea con lo establecido en los artículos de la parte general antes mencionados, pero más bien reforzando aquellos conceptos con términos que provienen de la normativa banco centralista (*“patrimonio esencial”*) y de la ciencia contable (*“patrimonio contable”*).

Lo antedicho determina, indudablemente, la forma en que deben contabilizarse y exponerse los recursos provenientes de tales PARTICIPACIONES. Sobre el punto, **Reyes Lavega et al** (ob. citada) dicen que a tales normas *“deberán ajustarse las normas contables y la formulación de los correspondientes estados contables, y a la misma deberán atenerse los órganos de control”*, y por su parte **Amorin y Algorta** expresan que, en el caso uruguayo, deben *“computarse como un rubro patrimonial”*.²⁷⁶

También es oportuno reiterar que, sin perjuicio del plazo establecido para el retorno del capital en las condiciones de cada emisión, por expresa disposición de la ley, las PARTICIPACIONES están sometidas *“al riesgo de la gestión”* (arts. 65 y 66), y, a su vez, en caso de liquidación de la cooperativa emisora no tendrán la preferencia de un pasivo, sino que compartirán la suerte del capital (de riesgo) que hayan aportado los socios (en partes sociales) por cuanto *“concurrirán a la misma en pie de igualdad con los socios comunes”* (art. 67 inciso final).

A esta altura, en este punto corresponde, una vez más, aplicarse a la tarea de integración del derecho, particularmente en lo relativo al aspecto jurídico-contable, por lo que se agrega seguidamente.

En primer lugar, es pertinente recordar **la aplicación supletoria a las cooperativas de la [ley de sociedades comerciales](#)**, y, a su vez, traer a colación la definición de Derecho Cooperativo que contiene la LGC: *“Derecho cooperativo es el conjunto de normas especiales, jurisprudencia, doctrina y prácticas basadas en los principios que determinan y regulan la actuación de las organizaciones cooperativas y los sujetos que en ellas participan.”* (una cosa y otra están contenidas en el art. 3).

Adicionalmente, es de señalar que **la ley de sociedades comerciales N° 16.060 (art. 91) establece que: “La reglamentación establecerá las normas contables adecuadas a las que habrán de ajustarse los estados contables de las sociedades comerciales.”**; y así entran en escena las denominadas Normas Internacionales de Contabilidad (NICs), por cuanto, según lo establecido en el decreto reglamentario 266/07, son éstas las pautas contables que deben seguir las empresas, y, por esa cadena de reenvíos, les resultan aplicables a las cooperativas.²⁷⁷

Ahora bien, a mi juicio, **por lo que he dicho antes sobre la especificidad de las cooperativas y por lo establecido en la LGC, resulta claro que ante eventuales contradicciones entre las**

²⁷⁶ Amorin, Marcelo; Algorta, Paula; “Sociedades Cooperativas. Sistema y Derecho Cooperativo”, 2010. La Ley

²⁷⁷ Es de recordar que la NIC 32 y la Interpretación CINIIF 2 ponen en tela de juicio la naturaleza del capital social de las cooperativas, entre patrimonio y pasivo, sobre todo por la circunstancia de la posibilidad que tiene los socios de las cooperativas de retirarse de la misma y exigir la devolución del capital que hayan integrado.

NICs y la normativa Derecho Cooperativo, lo que prima es esto último, por lo cual, no hay duda que las PARTICIPACIONES son un rubro de carácter patrimonial.²⁷⁸

8. Conclusiones

Así pues, estas reflexiones básicas sobre las PARTICIPACIONES SUBORDINADAS y las PARTICIPACIONES CON INTERES, llevan a concluir que:

- a) Se trata de un intento del legislador por suministrarles a las cooperativas una herramienta que, a la vez de compatible con los principios cooperativos, les ayude a dar solución a un problema muy relevante, tal cual es el de la insuficiencia de la capitalización (en términos más amplios, el de la financiación), sobre todo, a cierta altura de su desarrollo.
- b) La ley estableció de manera bastante detallada los requisitos que deben cumplirse para su emisión (formales, enunciativos, estatutarios, de procedimiento, etc.).
- c) A esta altura de la cuestión, corresponde a los interpretes definir/precisar que otras normas legales y/o reglamentarias, además de las normas de Derecho Cooperativo, corresponde aplicarles a las PARTICIPACIONES.
- d) Para una efectiva utilización del instrumento resultaría pertinente una mayor precisión en todo lo relativo a las PARTICIPACIONES y el Impuesto a las Rentas de las Personas Físicas (IRPF).
- e) Es muy claro que los recursos obtenidos por las PARTICIPACIONES son de naturaleza patrimonial y, como tales, deben registrarse y exponerse en los estados contables de las cooperativas.

Bibliografía

- Amorin, Marcelo; Algorta, Paula; "Sociedades Cooperativas. Sistema y Derecho Cooperativo", 2010, Uruguay, La Ley.

²⁷⁸Y esto más allá de algunas características propias de estos instrumentos, así como de alguna limitación que los estatutos de las cooperativas pueden incorporar en lo atinente a la devolución de las partes sociales y de las participaciones.

- Cracogna, Dante; “Separata de la Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, N° 154/156, 1993, Argentina, Ediciones Depalma.
- Faedo, Alvaro; Cazéres, José Luis; Medero, Héctor; González Chiappara, Miguel; Raffo, Alberto; “Digesto Cooperativo”, 1992, Uruguay, FCU.
- Holyoake, George Jacob; “La Historia de los Pioneros de Rochdale”, 1989, Argentina, Intercoop.
- Reyes Lavega, Sergio; Lamenza, Alfredo; Gutiérrez, Danilo; Machado, Jorge; “Derecho Cooperativo Uruguayo”, 2011, Uruguay, FCU.
- Rippe, Siegbert; “Los problemas jurídicos de las cooperativas”, 1987, Uruguay, FCU.
- Rippe, Siegbert; Bugallo, Beatriz; Longone, María Rosa, Miller, John; “Instituciones de Derecho Comercial Uruguayo”, 1996, FCU
- Sánchez Calero, Fernando; Sánchez-Calero Guilarte, Juan; “Instituciones de Derecho Mercantil”, Vol. II, 2005, España, Thomson-Aranzadi

Montevideo, Año 2016

Tebisey Padrón. Financiamiento cooperativo: impacto de la ley nº 18407

Resumen

El objetivo de presente trabajo es analizar el impacto de la aprobación de la ley N° 18407 sobre las fuentes de financiamiento a las que pueden acceder las Cooperativas.

La Cooperativa como empresa busca atender sus necesidades de expansión y desarrollo en un contexto de mercado regido por la globalización y competitividad. Antes de la aprobación de la mencionada ley, las Cooperativas no tenían una regulación específica sobre su aspecto económico, el cual se encontraba reservado al ámbito estatutario de cada Cooperativa. Con la aprobación de este nuevo marco regulatorio se dota a las Cooperativas de una amplia facultad para crear y utilizar nuevas fuentes de financiamiento, más allá de las fuentes tradicionales. El gran desafío que plantea este nuevo marco regulatorio es que los instrumento de financiación que se utilicen, permitan cumplir las finalidades de fortalecimiento y mejora de los servicios de la Cooperativa, con la salvaguarda de la autonomía de la Cooperativa respecto de sus inversores.

Abstract

The purpose of the present work is to analyze the impact of the approval of law no.18407, regarding the founding sources that Cooperatives can have access. The Cooperative as a company, seeks to meet its needs for expansion and development in a market context governed by globalization and competitiveness. Before the approval of this law, Cooperatives did not have a specific regulation regarding the economic aspect, which was reserved to the statutory scope of each Cooperative. With the approval of this new legal framework, the Cooperatives are provided with a wide capacity for creating and using new founding sources, besides the traditional ones. The great challenge of this new legal framework is that the financing instruments which are used enable to fulfil the strengthening purposes and the improvement of the Cooperative services, safeguarding the Cooperative autonomy from its investors.

1. Cooperativa como empresa y su necesidad de capital

Definición de la ACI (Alianza Cooperativa Internacional): "Una Cooperativa es una asociación autónoma de personas que se reúnen voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, culturales y sociales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta democráticamente gestionada".

La nueva ley de Cooperativas de nuestro país, N° 18407 recoge la definición mencionada en su Art. 4 "(Concepto).- Las cooperativas son asociaciones autónomas de personas que se unen

voluntariamente sobre la base del esfuerzo propio y la ayuda mutua, para satisfacer sus necesidades económicas, sociales y culturales comunes, por medio de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente gestionada....”.

Como empresa -con sus particularidades- debe desarrollar su objeto social en un marco económico regido por la globalización y competitividad, que hacen necesario que la Cooperativas se adapten a esta nueva realidad en que deben desenvolverse. Desarrollan su objeto con el capital social integrado y con la más eficiente administración de los recursos económicos a los que pueda acceder, buscando perfeccionar el servicio que brindan a sus socios y su fortalecimiento financiero.

Las Coop. De Ahorro y Crédito por la especialidad de su objeto social, consistente en “...promover el ahorro de sus socios y proporcionarles créditos y otros servicios financieros...” (Art. 162 ley 18407) tienen una alta necesidad de fluidez de fondos, que haga posible brindar servicios financieros adecuados y atractivos para sus socios, en el marco de competencia con otras Instituciones Financieras y Bancos.

2. Surgimiento de la normativa que regula el financiamiento Cooperativo en Uruguay

Anteriormente a la entrada en vigencia de la ley 18.407, la legislación vigente en la materia era muy escasa. La única disposición relativa al financiamiento Cooperativo a nivel de las Cooperativas en general, estaba integrado por el Decreto de 5 de Marzo de 1948 (Reglamentario de ley N° 10.761). En su Art. 4. Literal E, se disponía reservar el régimen económico al ámbito de regulación estatutaria de cada Cooperativa.

No había disposiciones que hicieran referencia a instrumentos de capitalización, financiamiento ni formas de asociación que permitieran una mayor capacidad de desarrollo y competitividad de las Cooperativas, dejándola en desventaja frente a la empresa típicamente capitalista.

Recién con la aprobación de la ley N° 18.407 se introducen las primeras disposiciones relativas a las fuentes de financiamiento externo, las que tienen como fuente de derecho, la práctica consagrada de algunas Cooperativas, disposiciones estatutarias, Ley Marco para las Cooperativas de América Latina y el derecho comparado. El objetivo de las nuevas disposiciones es brindar a las Cooperativas un marco jurídico adecuado a la nueva realidad en la que deben desenvolverse, mediante una regulación sistematizada del aspecto económico, instrumentos de capitalización y financiamiento de las Cooperativas.

3. Instrumentos Financieros utilizados antes de la Nueva Ley de Cooperativas

Existen variedad de recursos financieros que las Cooperativas podrían utilizar para su financiamiento. Algunos de los más utilizados en nuestro país son: préstamos bancarios, emisión de obligaciones negociables y securitización de activos.

Los **préstamos bancarios** implican un alto coste de financiamiento para las Cooperativas, aumentan el pasivo de las mismas y tienen la limitante de la capacidad de endeudamiento de la Cooperativa.

Por otro lado, la emisión de **obligaciones negociables** que consisten en la emisión de títulos representativos de deuda que prevén un régimen de amortización y remuneran al inversor con una tasa de interés, permiten a la Cooperativa obtener un fondeo, como contrapartida a la asunción de un pasivo financiero. Pueden ser emitidos por las Cooperativas de diversos objetos sociales, con la limitante de que según el criterio actual del Banco Central del Uruguay (en adelante BCU), únicamente las Cooperativas de Ahorro y Crédito de Intermediación Financiera (como FUCEREP) pueden ofrecer las obligaciones negociables en mercado de oferta pública (cumpliendo la normativa de mercado de valores). Mientras que las Cooperativas de Ahorro y Crédito de capitalización o las Cooperativas con otros objetos sociales, solo pueden ofrecer sus Obligaciones Negociables en oferta privada, haciendo menos atractiva la utilización de este instrumento financiero.

Finalmente, la **securitización de activos** que consiste en una cesión de cartera de créditos que la Cooperativa realiza a cambio de un precio, en nuestro país es efectivizada a través de la figura del **fideicomiso financiero**. Los créditos se enajenan al fideicomiso, y pasan a formar el patrimonio del fideicomiso, administrado por un fiduciario, (que deber ser una entidad de intermediación financiera o sociedad administradora de fondos de inversión). Este fideicomiso emite títulos de deuda o certificados de participación y con su colocación obtienen los recursos necesarios para el financiamiento de la Cooperativa. La calidad de beneficiario del fideicomiso, se adquiere con la tenencia de los títulos de participación. Si bien ha sido una fuente de financiamiento utilizada por las Cooperativas en nuestro país, tiene como principal desventaja que produce el cambio de titularidad del crédito: deja de ser la Cooperativa su titular, y por tanto el crédito pierde los beneficios fiscales que protegen a las Cooperativas en nuestro país. Similar desventaja tiene la cesión de carteras de crédito a cambio de un precio con el cual la Cooperativa obtiene el fondeo necesario.

Las Coop. De Ahorro y Crédito han recurrido a las fuentes de financiamiento mencionadas para mejorar su liquidez y fondeo. Por la especialidad de su objeto social están sometidos a mayores controles en relación a las fuentes de financiamiento que puedan utilizar.

Las Cooperativas de Ahorro y Crédito de capitalización tienen sus fuentes de financiamiento limitadas en relación a los sujetos con los que pueden contraer pasivos financieros. Sus fuentes de

financiamiento son controladas por la Auditoría Interna de la Nación (en adelante AIN) y el control que el BCU ejerce para evitar que las fuentes de financiamiento utilizadas signifiquen el desarrollo de actividad de intermediación financiera, sin la debida autorización para ello ([decreto-ley N° 15.322](#)).

Las Cooperativas de Ahorro y Crédito autorizadas a realizar intermediación Financiera, esto es, a captar recursos del ahorro público y realizar la actividad financiera de colocaciones a sus socios, tienen posibilidades más amplias respecto de las fuentes de financiamiento a utilizar. Están autorizadas a captar depósitos a plazo fijo de sus socios y/o terceros y a emitir acciones con interés.

Los **depósitos a plazo fijo** recibidos por la Cooperativa constituyen un pasivo financiero, mediante el cual la Cooperativa obtiene un recurso económico respecto de sus socios o terceros, asumiendo el retorno del dinero depositado por el inversor a determinado plazo, con el plus de una tasa de interés. Así la Cooperativa obtiene una fuente de financiamiento respecto de sus socios o terceros a un bajo coste y el inversor se encuentra protegido por el fondo de garantías de depósitos del BCU hasta el tope de 250.000 UI para depósitos en moneda nacional y de USD 10.000 para moneda extranjera. .

No obstante la Cooperativa asume un pasivo financiero, debiendo incrementar su encaje y reserva en proporción al mismo, así como debe competir con las altas tasas de interés ofrecidas por las letras o bonos emitidos por el Estado, que en el caso de Uruguay por tener un buen grado inversor, hacen muy atractiva la oferta para los inversores.

Las **acciones con interés** pueden ser emitidas por las Cooperativas de Ahorro y Crédito de Intermediación financiera según lo dispuesto en el art. 12 de la ley 17613 previa autorización del BCU. La previsión de dicho instrumento en la norma mencionada, contiene una limitación importante por cuanto su emisión no puede exceder el 50% el capital social de acuerdo al último balance y la Cooperativa debe aumentar los encajes y reservas exigidas por el BCU, por considerar el valor nominal de estas acciones cooperativas como patrimonio.

4. Impacto de la Ley 18407 en las Fuentes de Financiamiento

La nueva Ley de Cooperativas Uruguaya en concordancia con la regulación de Derecho Comparado en la materia, y el proyecto de Ley Marco para las Cooperativas de América Latina, regula diversas fuentes de financiamiento de las Cooperativas. La finalidad perseguida es la de brindar nuevos instrumentos financieros que posibiliten la adaptación de las Cooperativas a las nuevas realidades económicas y sociales, ofreciendo un servicio acorde a las necesidades de sus socios.

Realiza una enumeración de los recursos económicos que se consideran parte del Patrimonio de la Cooperativas, incluyendo los instrumentos de capitalización.

“Art. 52 (Recursos patrimoniales).- Son recursos de naturaleza patrimonial de las cooperativas para el cumplimiento de su objeto social, los siguientes:

- 1) El capital social.
- 2) Los fondos patrimoniales especiales.
- 3) Las reservas legales, estatutarias y voluntarias.
- 4) Las donaciones, legados y recursos análogos que reciban destinados a incrementar el patrimonio.
- 5) Los recursos que se deriven de otros instrumentos de capitalización.
- 6) Los ajustes provenientes de las reexpresiones monetarias o de valuación.
- 7) Los resultados acumulados.”

Las principales innovaciones introducidas por este artículo que podemos resaltar, consisten en lo siguiente:

a- Por primera vez se establece normativamente que los ajustes por re expresiones monetarias o de valuación del capital social, formarán parte del patrimonio. Tal disposición es motivada en disminuir el impacto inflacionario en el capital de la Cooperativa. .

b- Aparece la posibilidad de crear fondos patrimoniales especiales definidos por el Art. 61 como fondos formados por aportes específicos de los socios de la Cooperativa, ordenados por Asamblea General, con la finalidad de fortalecer el patrimonio de la Cooperativa. Esta disposición fue recomendada por la Ley Marco para las Cooperativas De América Latina y tiene la finalidad de brindar a las Cooperativas una herramienta para obtener una financiación con bajo costo.

c- Se consagra como patrimonio los recursos que se deriven de otros instrumentos de capitalización.

5. Instrumentos de capitalización

Los diferentes tipos de instrumentos de capitalización previstos en la ley 18407 son las participaciones subordinadas, participaciones con interés, así como otros instrumentos que puedan crearse.

Como características comunes a todos los instrumentos de capitalización regulados, pueden destacarse las siguientes:

- Son títulos nominativos y transferibles (previa aprobación del Consejo Directivo si los Estatutos lo permiten).
- El tenedor de estos instrumentos no adquiere la calidad de socio, y por tanto no es poseedor de los derechos de socio, como son el de voz y voto en la Asamblea General.
- Sus tenedores no pueden integrar Órganos de la Cooperativa, salvo la Comisión Fiscal en el caso de que el Estatuto lo prevea expresamente.
- Hay un límite máximo de emisión de estos instrumentos de capitalización: no podrá superar el 50% del patrimonio de la Cooperativa.

Estos elementos tienen la finalidad de dotar de autonomía y libertad de gestión a la Cooperativa respecto de la influencia de sus inversores, manteniendo vigente el pilar del control democrático de las Cooperativas.

En las legislaciones de Derecho Comparado podemos encontrar disposiciones similares. En algunos países como por ej. Argentina, en el proyecto de reforma de la ley de Cooperativas se establece la posibilidad de crear una Asamblea de Accionistas en la cual se dejen determinados tópicos bajo su poder de decisión, pero sin conferirle el derecho de voz ni voto en la Asamblea General.

A continuación se hará un breve análisis de cada instrumento de capitalización regulado en la nueva ley.

5.1 Participaciones Subordinadas.

Se encuentran previstas en el Art. 65 de la ley 18407. “Art. 65 (Participaciones subordinadas).- Son aquellos recursos financieros aportados por socios o no socios que se incorporan al patrimonio de la cooperativa, sujetos al riesgo de la gestión y cuya remuneración queda subordinada a la existencia de excedentes netos de gestión de la cooperativa, con arreglo a lo previsto por el artículo 70 de la presente ley.”

Con la incorporación de este instrumento se habilita a las Cooperativas a obtener recursos financieros provenientes no exclusivamente de sus socios sino también de terceros.

Si bien las participaciones subordinadas ya aparecían reguladas en el Art. 13 del Decreto del 5/03/1948 reglamentario de la ley N° 10761, con la nueva normativa se modifica el régimen de remuneración de las mismas, haciéndolo más atractivo para los inversores. Dado que si bien, por

su esencia, la remuneración de este instrumento queda supeditada a la existencia de excedentes de la Cooperativa, se cambia el orden de prioridad de remuneraciones en el caso de existencia de excedentes, quedando en el primer lugar la remuneración de los intereses de los instrumentos de capitalización (por el Art. 70).

También puede citarse como una ventaja de la regulación actual, que se quita el tope de tasa máxima de interés a remunerarse por estas participaciones establecido por la ley N° 10761, que lo topeaba a la tasa de interés remunerada por los títulos de deuda pública interna. Con la nueva regulación de este instrumento financiero se habilita a las Cooperativas a ofrecer una tasa de interés que haga el instrumento más atractivo para los inversores.

La regulación que hace esta norma sobre las participaciones subordinadas en nuestro país, presenta un gran progreso respecto de las regulaciones en las legislaciones comparadas, por cuanto no se establece un plazo mínimo ni máximo de vencimiento de la participación, el que será establecido por la Asamblea General de la Cooperativa emisora, junto con el resto de las condiciones de emisión. Esto le brinda una mayor flexibilidad a las Cooperativas pudiendo definir el plazo que más se adapte a la necesidad de financiamiento de la misma.

Sin embargo, el elemento que puede aparecer como más desventajoso para el inversor, consiste en que la remuneración del interés está sometida al riesgo de gestión, supeditada a la existencia de excedentes.

En la legislación comparada la emisión de estas participaciones por las Cooperativas esta prevista en la legislación española, tanto la estadual (ley N° 27/1999), como autonómica, por ej. La ley de Andalucía (ley N° 14/2011), como se verá.

5.2 Participaciones con Interés.

Están reguladas en el Art. 66 de la ley 18407: "Art. 66 (Participaciones con interés).- Son recursos financieros aportados por socios o no socios que se incorporan al patrimonio de la cooperativa, sujetos al riesgo de la gestión, y reciben una remuneración con independencia de la existencia o no de excedentes netos de gestión."

Es un instrumento similar a las acciones con interés previsto por la ley N° 17613, cuya emisión estaba permitida únicamente a las Cooperativas de Ahorro y Crédito de Intermediación Financiera. Esta disposición si bien las titula como participaciones con interés, comparten similar naturaleza jurídica que las acciones con interés.

La ventaja de este instrumento financiero respecto de las participaciones subordinadas es que el inversor no sufre los riesgos de gestión de la Cooperativa, obteniendo la remuneración del interés pactado con independencia de la existencia o no de excedentes netos de gestión, compartiendo el

primer lugar en el orden de prelación de pago previsto en el Art. 70 de la ley, elemento que lo hace más atractivo para el inversor. En caso de Concurso de la Cooperativa, sus tenedores son colocados en igualdad de condiciones que los socios respecto de su derecho al cobro.

Ha sido utilizado por otras legislaciones, como la legislación estadual Española – ley Nº 27/1999 bajo el nombre de títulos participativos, como títulos que establecen un interés fijo, definido en el momento de la emisión, y posibilitando que se le otorgue a sus tenedores el derecho de voz en la Asamblea General de la Cooperativa pero no el derecho de voto, para asegurar la autonomía de la Cooperativa.

5.3 Otros instrumentos de capitalización que puedan crearse.

El artículo 64 de la ley de Cooperativas en su parte final brinda a las Cooperativas la facultad de prever en sus estatutos otros instrumentos de capitalización que puedan crearse.

En legislaciones de derecho comparado se han creado títulos participativos con derecho a remuneración mixta: con un interés fijo y un interés variable en función de los resultados netos de la Cooperativa. Así lo ha establecido la legislación de Aragón, y la legislación del Principado de Asturias. Dicha modalidad podrá ser utilizada también por las Cooperativas de nuestro país, atento a la amplitud de lo dispuesto en el Art. 64.

Asimismo podrán utilizarse otros instrumentos típicos de capitalización, que ya han sido utilizados por algunas Cooperativas, como son la emisión de obligaciones negociables, securitización de activos (fideicomiso financiero), o la emisión de acciones con interés para las Cooperativas de Ahorro y Crédito, previa autorización del BCU.

6. Comparación con los instrumentos de financiamiento previstos en la Legislación Comparada

Legislación Comparada	
Argentina	<p>Ley Vigente Nº 20337. Proyecto de modificación de la ley, en proceso de aprobación, donde se prevé que las Cooperativas puedan emitir CAPITAL ACCIONARIO.</p> <p><u>Condiciones:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Mediante títulos nominativos, endosables o no. - A adquirir por socios o terceros, incluso mediante Oferta Pública. - Debe estar previsto en el Estatuto Social y resolverse por mayoría de 2/3 en Asamblea General. - Prevé instrumentos de participación de los inversionistas en la gestión cooperativa, para hacer la oferta más atractiva para el inversor. - Se puede establecer por Estatuto y previa aprobación de la Asamblea General: la celebración de Asambleas de Accionistas,

	<p>informativas o resolutivas en asuntos de su competencia, o pactar la participación de accionistas en Asamblea General con derecho a voto, con un límite de participación de 1/3 de los presentes. Inclusive prevé la participación en órganos de administración y control interno, respetando el límite de 1/3 del total de integrantes del órgano.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Límites al capital accionario: no puede superar el capital integrado + reservas legales y facultativas. - La remuneración del capital accionario está sujeto a la existencia de excedentes y la Asamblea puede resolver su remuneración en ejercicios futuros en los casos de insuficiencia de los excedentes de la Cooperativa. <p>EMISION DE TITULOS DE DEUDA COOPERATIVA: pueden ser suscritos por socios o terceros. Posibilita la captación de ahorro.</p> <p>EMISION DE OBLIGACIONES NEGOCIABLES: ya se encuentra habilitada con la ley vigente.</p>
Paraguay	<p>Ley N° 438/94 Permite a las Cooperativas emitir bonos de inversión.</p>
España	<p>Ley N° 27/1999. Prevé la emisión de PARTICIPACIONES SUBORDINADAS, con un plazo mínimo de 5 años. Su emisión en serie debe ser aprobada por la Asamblea General, estableciendo las cláusulas de emisión y el cumplimiento de los requisitos regulados por la normativa de mercado de valores.</p> <p>Autoriza la EMISION DE OBLIGACIONES por acuerdo de la Asamblea General.</p> <p>Autoriza la emisión de TITULOS PARTICIPATIVOS. Pueden incorporar un interés fijo, y pueden conferir derecho de asistencia a la Asamblea General, con voz pero sin voto.</p> <p>Autoriza FINANCIACION VOLUNTARIA de socios o terceros. Legislación Autonómica prevé instrumentos similares.</p> <p>Ley de Aragón prevé emisión de títulos participativos con derecho a remuneración mixta (interés fijo + interés variable en función de los resultados de la Cooperativa).</p>
Venezuela	<p>Ley General de Asociaciones Cooperativas (1975). Art. 79 Prevé la emisión de CERTIFICADOS DE INVERSIÓN que son aquellas obligaciones de rendimiento y plazos fijos emitidos para reforzar los activos de las cooperativas.</p> <p>Podrán ser transferibles. Su emisión debe ser aprobada por la Asamblea y requerirán de la previa autorización de la Superintendencia Nacional de Cooperativas.</p> <p>Decreto N° 1440 30/08/11. Los recursos financieros deben provenir principalmente de sus socios.</p> <p>Las Cooperativas pueden asumir todas las formas de pasivo y EMITIR OBLIGACIONES a suscribir por sus asociados o terceros. La Asamblea debe aprobar la forma con la cual se garantice que los pasivos asumidos serán sustituidos en el tiempo con aporte de sus propios asociados y con parte de los excedentes.</p>
Costa Rica	<p>Ley De Asociaciones Cooperativas y creación del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo (30/04/1982). La asamblea general de las cooperativas, con la aprobación del INFOCOOP, podrá emitir cuotas de inversión para destinar su producto al cumplimiento de objetivos determinados, tales como la adquisición de bienes o el otorgamiento de préstamos a los</p>

	<p>asociados, cuando éstos procedan.</p> <p>Estas cuotas serán representadas por certificados nominativos e intransferibles, con base en las normas que para este fin establezca el INFOCOOP.</p> <p>El porcentaje máximo que se permitirá de emisión de estas cuotas, será igual al activo del balance practicado en la cooperativa interesada, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la respectiva emisión. El interés por estas cuotas se abonará con preferencia a cualquier otro pago que deban realizar las cooperativas.</p> <p>El INFOCOOP podrá garantizar las cuotas de inversión.</p>
Canadá	<p>Se confiere la posibilidad de emisión de acciones cotizables en bolsa. Caso de “El Pool de Trigo Saskatchewan”: esta Cooperativa emitió dos tipos de acciones, las Clase A con derecho a voto y las Clase B sin derecho a voto. Estas últimas se comercializaron en el mercado de valores de Toronto. Resultó que cada socio cooperativista mantenía al menos una acción A con derecho a voto y el resto de su capital accionario en acciones B. Estas acciones de clase B tuvieron muy buena aceptación en los inversores, alentados por los buenos resultados del Pool.</p>
Italia	<p>Prevé la existencia de socios inversores, con derecho de voto limitado. Asimismo plantea la posibilidad de obtener financiamiento respecto de sus propios socios mediante préstamos sociales, respecto de los cuales se pacta una retribución con interés, el cual tiene preferencia en el pago, pero no confiere un derecho de voto adicional.</p>
Francia	<p>Ley de 1992 prevé la emisión de certificados de inversión cooperativa, las cuales funcionan como partes que no confieren derecho a voto, se comercializan en bolsa y cuya retribución tiene preferencia de pago. La experiencia de emisión de este instrumento ha sido exitosa cuando las Cooperativas emisoras tienen trayectoria exitosa.</p>

7. Conclusión

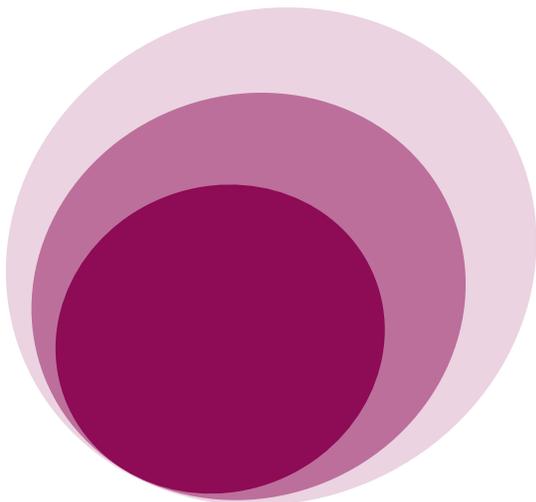
En definitiva con este nuevo marco regulatorio analizado, las Cooperativas tienen mayor amplitud para crear y utilizar nuevas fuentes de financiamiento, más allá de las fuentes tradicionales, como el endeudamiento bancario. Podrán utilizarse los instrumentos de capitalización regulados por la norma, o crearse nuevos instrumentos de capitalización, tomando como ejemplo las regulaciones en la legislación comparada y su experiencia, con las finalidades de fortalecimiento, expansión y mejora de los servicios que la Cooperativa brinda a sus socios y a la comunidad.

Esta amplitud creada por la nueva ley en materia de financiamiento cooperativo, deberá ser utilizada con la cautela necesaria en salvaguarda de los principios cooperativos, sobre todo salvaguardando el respeto del principio de autonomía de la Cooperativa respecto de sus inversores.

Tema 4

**(Ponencias del Congreso de
Derecho Cooperativo en conjunto
con el I Foro Internacional)**

**Las cooperativas de trabajo
asociado. Situación frente a la
legislación laboral y de la seguridad
social. Régimen de las quiebras y
recuperación de empresas.**



Cooperativas de trabajo asociado una mirada diferente a una pregunta clásica ¿en una cooperativa de trabajo asociado la relación que se configura entre los socios y la cooperativa, tiene carácter societario o laboral?

Annaly Grande Gabito-Graciela Fernández Quintas.

Las figuras jurídicas en las cooperativas de trabajo asociado en especial la del contratista independiente.

Juan Enrique Santana Félix, JD.

El trabajo asociado en la legislación venezolana

Yaika Weber y Luis Delgado Bello

Tema 4 (Congreso y Foro Internacional).Las cooperativas de trabajo asociado. Situación frente a la legislación laboral y de la seguridad social. Régimen de las quiebras y recuperación de empresas. Annaly Grande Gabito-Graciela Fernández Quintas. Cooperativas de trabajo asociado una mirada diferente a una pregunta clásica ¿en una cooperativa de trabajo asociado la relación que se configura entre los socios y la cooperativa, tiene carácter societario o laboral?

Resumen (español)

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO

UNA MIRADA DIFERENTE A UNA PREGUNTA CLASICA

¿En una cooperativa de trabajo asociado la relación que se configura entre los socios y la cooperativa tiene carácter societario o laboral?

Este cuestionamiento de acuerdo al desarrollo de una legislación en América Latina especializada en materia de derecho cooperativo, sistematizada e internacionalizada a la luz de las pautas de los principios y valores de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) ha perdido relevancia jurídica.

No cabe duda que hemos adquirido una identidad propia y autónoma en el marco del derecho cooperativo que aporta un criterio de valoración e interpretación que constituyen razones de primer orden para resolver en este sentido: **RELACION SOCIETARIA COOPERATIVA**

Summary (English)

ASSOCIATED WORK COOPERATIVE

A DIFFERENT LOOK AT A CLASSIC QUESTION

In the context of an associative work cooperative, does the relation that is formed between the cooperative and its members have societal or labor character?

Such question, according to the development of a legislation in Latin America specialized in cooperative law, sistematized and internationalized in the light of the principles guidelines and values of the International Cooperative Alliance (ICA), has lost its juridic relevance.

Without a doubt, we have acquired our own and autonomous identity in the context of cooperative law that adds both valoration and interpretation criterion constituting strong reasons to solve in this sense: **SOCIETAL COOPERATIVE RELATION.**

1º.-INTRODUCCION.

La relevancia en América Latina, en la última década, del desarrollo de una legislación especializada en materia de derecho Cooperativo, con marcos jurídicos encuadrados en Leyes Generales Cooperativas bajo una receta común, que se traduce en la IDENTIDAD COOPERATIVA, de acuerdo a las pautas de la ALIANZA COOPERATIVA INTERNACIONAL, nos enfrentan a Leyes Sociales Modernas en la materia y en la evolución hacia la **SISTEMATIZACION E INTERNACIONALIZACION DEL SISTEMA COOPERATIVO**.

Ello se traduce, en que se van asentando las bases teóricas y científicas de una nueva rama del derecho, avanzando en el siglo XXI se afirma una **AUTONOMIA ACADEMICA Y DIDACTICA DEL DERECHO COOPERATIVO**, como asignatura propia separada de las que conciernen al derecho común.

Es sobre estas pautas, que desarrollaremos el análisis de nuestra pregunta. *“¿la relación que se configura entre los socios y la cooperativa tiene carácter societario o laboral?”*

Este cuestionamiento, de acuerdo a lo reseñado, ha perdido relevancia a la luz de las legislaciones mencionadas que contienen “los principios cooperativos” definidos de acuerdo al nivel del cooperativismo internacional, enunciados por la ACI como reglas y en el entendido de que son aquellos *“que delimitan o caracterizan un determinado campo o disciplina jurídica”* y el establecimiento de los mismos como *“fuentes del derecho cooperativo”* cumpliendo una función de interpretación y aplicación del derecho. Al decir de los Dres. Marcelo Amorin y Paula Algorta en su obra nacional “Sociedades Cooperativas”, manifiestan sobre los principios, *“aportan un criterio de valoración de interpretación del derecho cooperativo”* *“constituyen razones de primer orden para resolver en un determinado sentido”*.

No cabe duda, que se ha asumido una identidad propia en el mundo del derecho, en mérito al trabajo de destacada doctrina, del Dr. Dante Cracogna uno de sus principales exponentes, dónde se plasma la esencia única y diversa de la organización cooperativa, de sus principios y valores, de la definición del acto cooperativo, aspectos particulares que son intransferibles.

En la legislación vigente en Uruguay y de acuerdo a la Ley 18.407 del 24 de octubre del 2008, en su artículo 3º, define al Derecho Cooperativo y plantea *“las cooperativas se regirán por lo allí normado y en general del derecho cooperativo: conjunto de normas especiales, jurisprudencia, doctrina y prácticas basadas en los principios que determinan y regulan la actuación de las organizaciones cooperativas y lo sujetos que en ella participan”*.

Es por ello, que estos enunciados que emanan del **COOPERATIVISMO UNIVERSAL** (Declaración ACI 1995), como reglas han de incorporarse a las *“fuentes del derecho”* cooperativo *“como*

principios generales” y aportan un criterio de interpretación para la pregunta planteada, por la positiva respuesta de una relación societaria con características propias y únicas. Los principios en consecuencia como mencionamos *“razones de acción”* y pautas *“para los órganos jurisdiccionales en sus decisiones”*.

2.- PAUTAS MAYORITARIAS ANALIZADAS A LA LUZ DE LAS DOCTRINAS CLASICAS SOBRE EL PUNTO.

Existen al respecto diversas y autorizadas opiniones, pero además a la fecha varias sentencias de diferentes tribunales americanos que determinan expresamente la naturaleza jurídica de la relación socio cooperativista-trabajador en las cooperativas de trabajo asociado como una relación societaria con identidad propia y aplicación del derecho cooperativo. Partiendo de la base de cooperativas legítimamente constituidas y dirigidas bajo las bases democráticas de los principios y valores reseñados. Aquellas organizaciones que se desarrollan en fraude a la legislación cooperativa, no son objeto de nuestro análisis, porque ellas no son organizaciones cooperativas.

En las cooperativas de trabajo asociado se rompe con el esquema tradicional de las empresas lucrativas de la economía de mercado en las que unos son los empleadores y otros los trabajadores, pues en aquellas esas dos categorías de personas no existe ya que, como tantas veces se ha reiterado, los trabajadores son los mismos socios y dueños de la empresa.

Una de las principales cuestiones que caracterizan a las sociedades cooperativas de trabajo asociado, es que sus socios además de realizar aportaciones económicas de capital social, deben aportar a las mismas su trabajo personal en las condiciones que se establezcan en sus estatutos.

Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en sus propios estatutos o reglamentos internos.

La doble condición de socio y trabajador de sus miembros constituye una de las características más relevantes de este tipo de sociedades respecto al resto de sociedades mercantiles.

En Sentencia dictada por la Suprema Corte Nacional Argentina del 24 de noviembre del 2009 se trata claramente el sentido de especificidad de estas cooperativas en forma clara y relacionada a la normativa internacional *“...la especificidad de las cooperativas, a su vez no ha sido ajena la Organización Internacional del Trabajo según lo pone de manifiesto, amén de su constitución (Art 12.3) y de la recomendación 127-1966- la más reciente recomendación 193 sobre la promoción de aquellas, que entiende como tales a “una asociación autónoma de personas unidas voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común a través de una empresa de propiedad conjunta, y de gestión democrática”*.”Añade,

asimismo como elementos de identidad de los entes en juego” “los valores cooperativos de autoayuda, responsabilidad personal, democracia, igualdad, equidad y solidaridad, y una ética fundada en la honestidad, transparencia, responsabilidad social e interés por los demás”.... “La cuestión se proyecta sobre el proceso de integración del MERCOSUR,.... con base en la “conveniencia de establecer un Foro destinado al análisis y el desarrollo de las cooperativas en el ámbito comunitario, creó “La Reunión Especializada de las Cooperativas” la cual, integrada por representantes gubernamentales de los cuatro Estados Partes “tiene como finalidad analizar y desarrollar proyectos en este área especialmente en lo referente a la armonización de aspectos legislativos...” manifestaron su compromiso de promover la internalización de la mencionada recomendación en los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales (comunicado de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR).

Por lo tanto claramente surgen pautas de interpretación del derecho, que hacen al momento de aplicabilidad del mismo, en cuanto no debemos atenernos a la literalidad de los vocablos legales, sino rescatar el sentido jurídico profundo de estos, pues por encima de lo que parecen decir deben indagarse lo que dicen jurídicamente. Para ello, es regla de hermenéutica dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos.

3.-INAPLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO A LOS SOCIOS DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO. EN VIRTUD DE LA INEXISTENCIA DE UN VINCULO DE SUBORDINACION JURÌDICA PROPIAS DEL VINCULO DEL DEPENDIENTE.

Coincidimos, en que *“El Derecho del Trabajo no es un ordenamiento jurídico igual para todos, sino de desigualador y compensatorio”* y que *“la igualdad del derecho social es diferente a la igualdad del Derecho privado clásico, que candorosamente parte de la suposición de que todos somos iguales”* resulta pues que esta clase de desigualdad compensatoria *“es la gran innovación del Derecho del Trabajo: la igualdad como derecho o meta y no solo como supuesto o punto de partida”* (ERMIDA URIARTE, Oscar, Meditación sobre el derecho del Trabajo, Montevideo 2011).-

Esta idea de desigualdad compensatoria para enfrentar situaciones de desigualdad económica y social se traslada a otros ámbitos y no es única del Derecho Laboral.

Solo con mirar las nuevas figuras jurídicas creadas en el ámbito de la Economía Social son respuesta de hecho y de derecho para ello.

Si consideramos el debate para la aprobación de la Recomendación Internacional No.193 dónde surge el reconocimiento del Estado, el sector privado, y la Economía Social como los tres factores de equilibrio para el desarrollo de la sociedad, cada uno con su función irremplazable. La consideración del Cooperativismo como apropiado para la creación de trabajo digno, generación y

distribución adecuada de la riqueza, el desarrollo durable, la formalización e inclusión de grupos y regiones desfavorecidas o el acceso de colectivos a servicios que el mercado no cubre totalmente.

La relación entre el Derecho Laboral y Derecho Cooperativo es un elemento de debate permanente tradicional. -tanto por parte de los expertos en Derecho Cooperativo como también de algunos especialistas del Derecho Laboral- que han venido produciendo resultados sensiblemente diferentes entre unos y otros ordenamientos jurídicos.

Pero es claro que para la configuración de la relación laboral es necesario la existencia de por lo menos dos elementos esenciales que lo son la subordinación y la remuneración, como también se tendrá en cuenta la ajenidad dónde exista subordinación como poder jurídico esto, como principio de autoridad, habrá relación de trabajo y faltando este elemento estamos fuera de la relación laboral (De La Cueva "Derecho Mexicano del Trabajo" Tomo I pág. 496) (Krotoschin "Tratado Práctico del Derecho del Trabajo Vol.1 pág.195) (Caldera "Derecho del Trabajo" pág.217).

Se han distinguido las siguientes situaciones básicas al respecto:

- a. Sometimiento de los trabajadores socios al régimen laboral previsto en el Derecho Laboral general, a veces con ciertas especialidades.
- b. Sometimiento a un régimen de auto-organización por parte de los órganos de las cooperativas.
- c. Figura compleja en que se dan las dos relaciones: debiendo ser reguladas ambas por los respectivos Derechos: el asociativo y el laboral respectivamente.

Régimen de auto-organización, con limitaciones establecidas:

En la propia legislación cooperativa mediante remisión al derecho laboral general. Existen dentro de las sociedades cooperativas de trabajo asociado, variados ejemplos legislativos, donde la propia norma pone de manifiesto esta doble condición de socio y trabajador y se califica a la relación del socio con la cooperativa como societaria, pero se le aplican normas laborales y de previsión social.

Es esta última pauta, que surge de varias legislaciones americanas vigentes, que complejiza al momento de la dilucidación de los litigios jurisdiccionales existente el derecho a aplicar.

Existen varias posiciones de los expertos clásicas sobre el tema. Dónde insistentemente se considera que la doble condición es la esencia del funcionamiento de las "*Empresas de participación*" que cada vez tienen mayor extensión y en la que cada socio, además de trabajador debe ser empresario de sí mismo. La doble condición de socio y trabajador es hoy la base de una

nueva cultura empresarial: la cultura de la participación y el autoempleo en donde las Sociedades Cooperativas de Trabajo constituyen su mayor expresión.

Las tendencias doctrinarias mayoritarias señalan que en las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital - empleador y trabajador asalariado pues, se repite, el capital de éstas está formando principalmente por el trabajo de sus socios, además de que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así, no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes. Las relaciones de trabajo de los socios de tales cooperativas son distintas de las que tienen los trabajadores asalariados y por consiguiente no pueden ser objeto de comparación.

4º.- LEGISLACION EN MATERIA COOPERATIVA ESTA SUJETA A LAS DISPOSICIONES EN MATERIA CONSTITUCIONAL POR EL RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

En las cooperativas de trabajo asociado sus miembros deben sujetarse a unas reglas que son de estricta observancia para todos los asociados, expedidas y aprobadas por ellos mismos, respecto del manejo y administración de las mismas. Esta facultad que tienen los asociados de tales organizaciones para autoregularse no significa que el legislador no pueda reglamentar algunos asuntos relacionados con ellas.

Porque la libertad de regulación no es absoluta pues dichos estatutos o reglamentos no pueden limitar o desconocer los derechos de las personas en general y de los trabajadores en especial, como tampoco contrariar los principios y valores constitucionales.

Por lo tanto las Cooperativas de Trabajo asociado deberán respetar y garantizar a sus asociados los principios mínimos fundamentales garantizados en las cartas magnas por el derecho fundamental al trabajo.

No cabe duda que en los hechos ante las nuevas formas de organización de la producción nace la necesidad de líneas de protección del trabajador que deben ser mantenidas. Como señala la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia de marzo del 2000 *“el demandante sólo concibe una forma de trabajo: la dependiente, olvidando otras, como el independiente y el asociado....”* El trabajo asociado se ha venido abriendo espacio para la mayoría de países en Europa y América puesto que constituye un medio eficaz para el fortalecimiento de los trabajadores, que siempre habían sido considerados la parte débil de las relaciones de trabajo. Al respecto ha dicho la Corte: *“No sólo la actividad laboral subordinada está protegida por el derecho fundamental al trabajo. El trabajo no subordinado y libre, aquel ejercido de forma independiente por el individuo, está comprendido en el núcleo esencial del derecho del trabajo. La Constitución más que al trabajo como actividad abstracta protege al trabajador y su dignidad. De ahí el reconocimiento a toda*

persona del derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, así como la manifestación de la especial protección del Estado en todas sus modalidades”.

Es que derechos fundamentales como el de la igualdad de oportunidades, el de una justa y equitativa compensación del trabajo, jornada laboral, horario, seguridad en el ambiente laboral, vacaciones anuales, la seguridad social entre otros no son ajenos a ningún tipo de trabajo.

LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS RELACIONES LABORALES CONCRETAS CONFIGURAN SIN DUDA EL SUELO AXIOLÓGICO QUE LA DEFINE COMO TAL Y NOS PERMITE RESOLVER EN FORMA NEGATIVA QUE ESTOS NO SON LAS NOTAS MENCIONADAS EN NUESTROS PRINCIPIOS COOPERATIVOS.

Puestos en esta perspectiva, no se dan los elementos requeridos para que se configure una relación de trabajo caracterizada por la subordinación jurídica entre el empleador y el trabajador. El socio trabaja en la cooperativa en el marco del contrato plurilateral de organización del que forma parte, existe un vínculo de asociación y no una relación de subordinación de empleador-trabajador. Es fundamental entender esta distinción por cuanto la misma e idéntica actividad (trabajo) es para el derecho Cooperativo un **ACTO COOPERATIVO**, que nutre a la estructura horizontal de la cooperativa de trabajo, le permite crecer hasta generar excedentes que avalarán su continuidad en la actividad, y para el derecho laboral es la prestación subordinada a las directivas de un empleador dentro de una estructura vertical dada por la propia subordinación que define el vínculo.

El hecho de que el socio debe acatar directivas internas en cuanto a la forma y tiempo de la prestación de trabajo a efectos de la coordinación en conjunto de la actividad y cumplimiento del objeto de la cooperativa, no lo convierte en trabajador subordinado, sino que su actividad es realizada como **ACTO COOPERATIVO**.

El objeto de las Cooperativas de trabajo es prestar ocupación a sus asociados a cuenta de un remuneración derivada directamente de los resultados excedentes y cuando un asociado realiza esa actividad laboral con la cooperativa esta usufructuando el servicio que ésta presta en razón de su objeto.

En este caso no existe, a diferencia de la relación laboral, un conflicto de intereses entre empleador-trabajador, por lo cual el primero intenta obtener fuerzas de trabajo al menor costo a efectos de extender sus ganancias, sino que se tiende justamente a eliminar la existencia de un tercero en relación a los trabajadores que detentan los medios de producción, existiendo un interés común entre la cooperativa y sus socios: el de obtener mayores beneficios que luego serán disfrutados por aquellos. El socio de una cooperativa de trabajo no percibe una contraprestación por enajenar su prestación de trabajo en el marco de una relación de cambio, sino la cuota parte

de los excedentes anuales, en proporción a la calidad y cantidad de trabajo realizado por cada uno durante el ejercicio económico.

En consecuencia no es de competencia de los Tribunales Laborales los conflictos derivados de las relaciones de las Cooperativas de trabajo con sus socios, ya que los mismos tienen competencia en el conflicto individual de trabajo que requiera la existencia de una relación laboral entre el actor y demandado, que se instale una contienda derivada de una relación laboral de trabajo, que la pretensión tenga su causa en una relación laboral.

5º.- Cooperativas de trabajo asociado, Acto cooperativo,

Legislación laboral y de seguridad social en URUGUAY- Ley 18.407 del 24 de octubre del 2008.

Las cooperativas de trabajo asociado cuya naturaleza jurídica expresamente ha sido definida en el artículo 10 de la ley 18407 *“de acuerdo al objeto del acto cooperativo”* son las únicas que se caracterizan por asociar únicamente a las personas físicas.

Y su objeto precisamente está contenido en el art. 99 en su inciso 1º modificado especialmente por la Ley 19.181 que dispone:

“Son cooperativas de trabajo las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo mediante su esfuerzo personal y directo, a través de una organización conjunta destinada a producir bienes o servicios, en cualquier sector de la actividad económica. La relación de los socios con la cooperativa es societaria”

Se consideran incluidas en la definición precedente aquellas cooperativas que solo tengan por objeto la comercialización en común de productos o servicios siempre que:

- a. Sus socios no tengan trabajadores dependientes para cumplir su propio rol u oficio
- b. El uso de los medios de producción del socio esté afectado al cumplimiento del objeto de la cooperativa, salvo autorización expresa de ésta

Por su parte el art. 102 establece: *“Serán aplicables a todos los trabajadores, tengan o no la calidad de socios, las normas de protección de la legislación laboral y la previsión social, excepto la indemnización por despido a los socios excluidos.*

Las cooperativas de trabajo no deberán realizar aportes patronales a la seguridad social, con excepción de los aportes al Fondo Nacional de Salud correspondientes a los trabajadores socios y no socios, y del aporte jubilatorio patronal correspondiente al personal dependiente.

Facúltese al Poder Ejecutivo a establecer un régimen ficto de aportación, como único aporte a la seguridad social, a aquellas cooperativas de trabajo cuyo volumen de actividad se encuadre en las condiciones que al respecto fije la reglamentación”.

La mencionada Ley nacional refleja la tesis, que sostiene que ciertos aspectos de la relación laboral han sido absorbidos por las normas asociativas. La legislación cooperativa no ha regulado otros aspectos de las relaciones con el asociado-trabajador, como lo concerniente a la jornada de trabajo, descansos semanales, vacaciones anuales, normas sobre seguridad, etcétera, y se han de aplicar, entonces, normas de Derecho laboral.

De manera que combinando las normas citadas, resulta que la Ley acoge la última tesis expuesta. Se califica a la relación del socio con la cooperativa como societaria (art.99); pero se le aplican normas laborales y de previsión social, con una excepción, la indemnización por despido.

La Ley 18.407, recoge lo peculiar de la cooperativa de trabajo y es que ésta se crea para realizar operaciones de su giro exclusivo, fundamentalmente con sus asociados, siendo de excepción la realización de negocios sociales con terceros.

Las cooperativas se constituyen para realizar una actividad con sus socios y toda su actividad se debe desarrollar en torno a negocios que se celebren primordialmente con los asociados. Una cooperativa ha de celebrar, necesariamente, actos cooperativos.

No es esencial que el socio celebre actos cooperativos. Después de su ingreso, aporte mediante, puede suceder que no llegue a celebrar ningún acto cooperativo, sin que por ello deje de ser socio. Así por ejemplo, el socio de una sociedad cooperativa de crédito puede no usar jamás el crédito que tiene disponible ni hacer ahorros en su cooperativa. El socio de una cooperativa de consumo puede no hacer adquisiciones en la cooperativa que integre.

Hay casos excepcionales en que el socio o miembro debe celebrar actos cooperativos, como una obligación impuesta estatutariamente o por asamblea.

Al acto cooperativo se le aplicarán normas de carácter general sin perjuicio de las previsiones especiales existentes para las distintas clases de cooperativas y, en especial, para la cooperativa de trabajo.

Debemos recordar lo dispuesto por el art. 9 de la Ley y la definición.

«Son actos cooperativos los realizados entre las cooperativas y sus socios, por éstas y los socios de sus cooperativas socias, o por las cooperativas entre sí cuando estuviesen asociadas bajo cualquier forma o vinculadas por pertenencia a otra de grado superior, en cumplimiento de su objeto social.»

¿Pero que sucede en el sistema cooperativo nacional y en particular en el de las cooperativas de trabajo en cuanto a la naturaleza de la relación jurídica entre el socio y la cooperativa y el derecho aplicable?

En primer lugar queda claro que la Ley 18.407 y su modificativa define la relación del socio cooperativista con la Cooperativa como relación societaria no dejando dudas para su interpretación.

La excepción a la aplicación de la normativa laboral respecto a los socios es la exclusión del derecho a la indemnización por despido por no existir relación laboral sino asociativa ya que el cese será por renuncia, exclusión o cesión de participación social -comparación contrato de trabajo y acto cooperativo-trabajo personal-oneroso-continuo-subordinado jurídicamente.

CONCLUSION

La importancia del principio de progresividad, enmarcado en el artículo 26 de la Convención y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que *“las autoridades no podrán disminuir el nivel de protección de un derecho social que ya había sido alcanzado anteriormente a través de la legislación o de otras medidas políticas o jurídicas”*. Ello nos asegura que lo rescatado a través de tantos años de esfuerzo del Movimiento Cooperativo Uruguayo en la Ley 18.407, no será sencillo borrarlo de un plumazo y menos aún lo logrado en la última década con la inclusión de normas directamente aplicables y de posibilidad de acceso a la tutela judicial al amparo del desarrollo legislativo específico de nuestra identidad.

La incorporación expresa de los llamados *“principios cooperativos”* marca un accionar que no puede y no debe tener regresividad.

BIBLIOGRAFIA

- *“Sociedades Cooperativas Sistema y Derecho Cooperativo”* Amorin – Paula Algorta
- *“Derecho Cooperativo Uruguayo”*

Reyes Lavega –Gutiérrez

- COOPERATIVIMOS *“El Modelo Alternativo”*

Carlos Torres – Torres Lara

- *TEORIA GENERAL DEL ACTO COOPERATIVISMO*

Roberto Jorge Pastorino

- *Manuel de Derecho Comercial, V.4 T.7 Sociedades Comerciales Cooperativas*

Dra. Nuri Olivera Rodriguez – Carlos Lopez Rodriguez

- *“La Administración Cooperativa. Veloz Política y Poder en la gestión Cooperativa”*
- *“Cooperativa de Trabajo”*

Sergio Reyes y Alvaro Faedo

- *“Manual de Derecho Cooperativo”*
- *“Problemas actuales del Derecho Cooperativo”*

Dr. Dante Cracogna

- *“El Salario en el Uruguay” Tomo I*
- *“ Principios del Derecho Laboral”*

Dr. Plà Rodriguez

Juan Enrique Santana Félix, JD. Las figuras jurídicas en las cooperativas de trabajo asociado en especial la del contratista independiente

Bajo las disposiciones de la Ley 239-2004²⁷⁹ de Puerto Rico, las Cooperativas de Trabajo Asociado, en adelante "CTA", pueden celebrar todo tipo de contrato incluyendo pero sin limitarse a:

-  Provisión de fondos
-  Recibir y hacer préstamos, depósitos e inversiones
-  Organizar actividades de índole educacional y comercial
-  Realizar toda clase de actividades lícitas incluyendo contratos que sean propias o incidentales a la consecución de sus fines y propósitos, de la misma forma y alcance como lo hacen otros tipos de empresas y comercios que ofrecen servicios o productos en Puerto Rico
-  Explotar o llevar a cabo sus actividades comerciales de bienes o servicios
-  Adquirir, arrendar, permutar o de cualquier otra forma, traspasárseles propiedades inmuebles del Gobierno Central y Municipal sin sujeción al requisito de subasta mediante un precio razonable²⁸⁰

Por regla general, una CTA no puede contratar o vincular personal diferente al de sus asociados, ya que tiene como objetivo su bienestar laboral y económico, siendo ellos quienes desarrollen y beneficien de las actividades, las que sólo pueden desempeñarse por los asociados lo que justifica el surgimiento de una relación o vínculo contractual.

Sin embargo, la ley prevé algunas excepciones en las cuales se puede contratar personal ajeno a los socios de la cooperativa, v.g., labores ocasionales o transitorias diferentes a las que normalmente desarrolla la cooperativa, siempre que no sean actividades propias de su objeto social; que sea necesario para reemplazar a algún asociado que por alguna razón no pueda llevar a cabo su actividad; o que la cooperativa requiera desarrollar actividades especializadas y entre los asociados no existan personas con la capacidad y habilidad para desarrollarlas y que esa determinación esté contemplada en sus estatutos o reglamentos generales. En la eventualidad que surjan tales escenarios sería necesario contratar personal externo, lo que deberá hacerse mediante contrato de trabajo utilizando una de las figuras jurídicas mencionadas en este trabajo lo que requerirá el cumplimiento con todas las obligaciones propias de una relación laboral como es el pago de contribuciones por incapacidad, desempleo, seguro social, contribuciones estatales y

²⁷⁹ Ley General de Sociedades Cooperativas de 2004.

²⁸⁰ Refiérase al Artículos 1.2 (5), 3.4, 3.5 (d) y 20 de la Ley 239-2004.

demás obligaciones laborales de ley recordando que las cooperativas y sus asociados, se rigen por la legislación cooperativa, no así el personal externo que se rige por las leyes laborales.

a. Remuneración de los socios(as) trabajadores

Este es uno de los temas de debate ya que algunas CTA utilizan la figura de contratación de personal externo de forma indiscriminada, convirtiéndolas en una especie de empresas de servicios temporales de empleo, algo que está expresamente prohibido en otros modelos de leyes que existen en Iberoamérica.

En muchos casos, los socios trabajadores perciben periódicamente, en plazo no superior a un mes, pagos a cuenta de los excedentes de la cooperativa denominados anticipos que no tienen la consideración de salario, según sea su participación en la cooperativa.

b. Salarios

Otro tema de debate y que genera discusión es cuando se cuestiona quién debe pagar el salario de los trabajadores asociados en las CTA, las cuales por tratarse de cooperativas de trabajo asociado no se debe hablar de salario sino de compensación, que es la denominación correcta que se le debe dar a la remuneración que reciben los asociados en las CTA ya que estas retribuyen al trabajador asociado por las actividades desarrolladas con compensaciones o anticipos y no con salario. Estas compensaciones deben ser presupuestadas en forma adecuada y justificadas a base de los resultados económicos que se esperan en la empresa y de acuerdo con la función, especialidad, rendimiento y la cantidad de trabajo aportado por el socio.

Pero ya se trate de empleados externos o socios trabajadores debería existir un contrato de servicios, entendiéndose que toda obligación económica derivada de ese contrato es un asunto a tratar entre la persona a la que se va a emplear y la cooperativa.

DEFINICIONES DE PATRONOS Y DE OBREROS APLICABLES A LAS CTA

La Ley Número 180-1998²⁸¹, define al “patrono” como “toda persona natural o jurídica de cualquier índole que con ánimo de lucro o sin él emplee o permita trabajar cualquier número de obreros trabajadores o empleados(as) mediante cualquier clase de compensación”. 29 L.P.R.A., Sec. 250b (g). Por otro lado, la Ley Número 17-1931, según enmendada, 29 L.P.R.A., Sec. 171 y ss,²⁸² que gobierna el pago de salarios dispone que “[s]e entiende por obrero o empleado el que percibe el

²⁸¹Ley de Salario Mínimo, Vacaciones y Licencia por Enfermedad de Puerto Rico.

²⁸²Ley de reglamentación de contrato de trabajo.

jornal o salario en cualquier ocupación con exclusión de ejecutivos, administrativos y profesionales, según estos términos se han definido por la Junta de Salario Mínimo de Puerto Rico, 29 L.P.R.A., Sec. 176. El término “patrono”, según se dispone en esta ley, se define como: “el que utiliza o se aprovecha del trabajo de un obrero o empleado(a), mediante el pago de un salario”. 29 L.P.R.A., Sec. 176

Para que exista un contrato de trabajo el trabajador debe prestar el servicio o desarrollar la actividad personalmente, de manera que no puede delegar en otra persona. El trabajador debe estar subordinado al contratante lo que significa que este tiene la facultad de impartir órdenes al trabajador quien estará obligado a acatarlas en todo momento. Esa subordinación es el elemento diferencial que permite determinar la existencia de una relación laboral, aunque la subordinación no es exclusiva del contrato de trabajo ya que pudiera existir en el contrato de servicios o incluso en el contrato comercial que también son figuras jurídicas relacionadas con las CTA.

Naturalmente debe existir una retribución, salario o remuneración como contraprestación de la actividad personal que el trabajador realiza para el empleador que es un elemento común en otros tipos de contratos por lo que estaríamos ante un contrato de trabajo aunque si lo que se hubiera firmado fuera un contrato de servicios, un tribunal pudiera declarar la existencia de un contrato de trabajo si en efecto no existiera tal independencia de criterios. Tales elementos no deben estar presentes entre una CTA y sus socios trabajadores.

TIPOS DE CONTRATOS EN LAS CTA

Para que una CTA o cualquier otra clase de empresa desarrollen su objeto social se requiere de personal quien puede quedar vinculado por un contrato de trabajo o por un contrato de servicios. El primero se rige por lo dispuesto en las leyes laborales lo que puede resultar oneroso por las obligaciones legales que se adquieren, v.g, las prestaciones sociales, aportaciones fiscales, contributivas, etc., razón por la cual muchas empresas optan vincular el personal mediante contrato de servicios, ya que solo implicaría el valor y las condiciones que se pacten, lo que está regulado por el Código Civil.

La duración de un contrato de trabajo dependerá de lo que las partes hayan acordado sobre la naturaleza del objeto que da lugar al contrato, sin embargo, en las CTA y bajo la Ley 239-2004, el cese permanente como trabajador en la Cooperativa determina el cese como socio trabajador. Art. 34.4.

Otro tipo de contrato es el conocido como Contrato a Término Fijo que es aquel que nace con una fecha definida. Desde que se firma ese contrato se acuerda que terminará en una fecha que las partes han acordado aunque ello no impide que sea renovado, ya sea formalmente o

automáticamente si se cumplen los preceptos legales para ello. Es importante resaltar que según lo requerido por ley, el contrato de trabajo a término fijo siempre debe constar por escrito.

El Contrato de Trabajo Sin Término es el que se firma sin acordar o fijar una fecha de terminación y se extenderá tanto como las partes lo consideren. En este, no cabe la renovación, por cuanto su duración es infinita hasta que una de las partes decida ponerle punto final a la relación o vínculo legal. Este tipo de contrato no es bien visto debido a que pudiera crear una expectativa de empleo y en consecuencia convertir al trabajador en un empleado con todas las consecuencias legales y económicas que pudiera tener para las partes.

En el Contrato de Obra o Labor, la duración será el tiempo necesario para culminar una obra o labor. Es una forma de contrato a término fijo, pero la terminación no está dada por fechas sino por el tiempo necesario para terminar la obra o labor contratada. En estos casos, el contrato es hasta que se termine de construir una obra o desarrollar una labor.

La diferencia entre el contrato de trabajo y el contrato de obras estriba en que en el contrato de obras se promete un resultado -"la obra hecha"- independientemente del trabajo que sea necesario para realizarla; mientras que en el contrato de trabajo lo que se promete es la prestación de unos servicios en sí mismos, con independencia del resultado que con dichos servicios se consiga. Constructora Bauzá, Inc. v. García López, 129 D.P.R. 579, 592 (1991).

En el Contrato de Arrendamiento de Obras y Servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio a cambio de un precio cierto. Artículo 1434 del Código Civil de Puerto Rico, 31 L.P.R. A. sec. 4013. "Habrá un contrato de arrendamiento de servicio siempre que consensualmente con la prestación personal coexista el precio cierto." Soc. de Gananciales v. Vélez & Asoc., 145 D.P.R. 508, 518 (1998), pág. 517, citando a Morales v. Álvarez, 63 D.P.R. 208(1944) y a L. Díez Picazo y A. Gullón, Sistema de Derecho Civil, 3ra ed., Madrid, Ed Tecnos, 1982, Vol. II, pág. 462.

El Contrato Accidental, Ocasional o Transitorio, es el mismo contrato de trabajo a término fijo, pero el origen de ese contrato nace en la necesidad de cubrir una actividad temporal, transitoria, accidental, como puede ser el reemplazo de un trabajador que se fue de vacaciones, o una empleada que goza de una licencia de maternidad, o para hacer un trabajo temporal en la empresa.

El periodo de prueba es la parte inicial de un contrato de trabajo en el cual cualquiera de las partes puede dar por terminada la relación laboral sin consecuencia alguna, por lo que un trabajador despedido en periodo de prueba no tiene derecho a ser indemnizado. Durante el periodo de prueba el trabajador tiene derecho a todo, excepto a ser indemnizado si es despedido. Aunque un tanto distinto, destacamos que a las CTA se les faculta para que en su Reglamento General establezca

el período de prueba del socio y las condiciones para su incorporación como socio trabajador. Art. 34.2.

El contrato de trabajo, así como nace por la voluntad de las partes, puede ser terminado por voluntad de ellas o una de ellas. La ley ha considerado que si una de las partes incurre en determinadas actuaciones, se configuraría ciertas causas de acción que se considerarían justas para la terminación del contrato ya que se considera natural que si una parte no cumple con las condiciones pactadas, la otra no puede quedar atada a un contrato que no le es beneficioso. Por ejemplo, un contrato de trabajo puede ser terminado por la expiración de la fecha pactada, por común acuerdo de las partes, por muerte del trabajador, entre otras razones.²⁸³

Sin embargo, si no existiera justa causa para la terminación del contrato, igual puede hacerlo porque es su voluntad, ya que no es obligatorio tener una relación con quien no se quiere, pero en tal caso hay consecuencias especialmente para el empleador cuando termina el contrato de trabajo a un empleado sin que medie una justa causa. En tal caso, tendría que indemnizarlo en los términos que dispone la Ley 80, supra.

LA FIGURA DEL CONTRATISTA INDEPENDIENTE

Es importante tener en cuenta, que existen características y condiciones especiales que permiten una u otra forma de vinculación. Para que exista un contrato o relación laboral, se deben cumplir tres presupuestos: subordinación, remuneración (salario) y prestación personal de la labor.

Un contrato de servicios no supone las mismas condiciones ni requisitos que un contrato laboral, puesto que en el caso de un contrato de servicios, la obligación es de hacer algo, mas no de cumplir un horario ni de tener una subordinación permanente, aunque en los dos casos, obviamente hay remuneración. Esto es lo que comúnmente se conoce como la figura del contratista independiente.

Es muy común que algunas empresas para eludir el pago de las responsabilidades fiscales y contributivas contrate su personal por servicios, pero las labores y las condiciones reales del desarrollo del servicio hacen que se den los presupuestos para ser considerada una relación laboral, pues si existe subordinación, se cumple un horario, se dan instrucciones, existe supervisión constante, etc., no se puede hablar de una prestación de servicios.

En nuestro ordenamiento jurídico los contratos de trabajo, a los que también se les denomina como contratos de servicios, están regulados por el conjunto de leyes laborales que protegen los

²⁸³En Puerto Rico, existe la Ley 80-1976²⁸³ conocida como Ley de la Mesada que dispone y contiene las causas que se consideran justas para que el contrato sea terminado.

derechos de los trabajadores. Entre estos derechos está el derecho a un salario mínimo, horas extras, paga por trabajo realizado, vacaciones, licencia por enfermedad y otros. "Estos derechos son irrenunciables y operan automáticamente, sin que dependan de la voluntad del trabajador para hacerlos valer". Soc. de Gananciales v. Vélez & Asoc., 145 D.P.R. 508, 518 (1998).

En el caso del contratista independiente, ese contrato no genera relación laboral ni requiere el pago de ciertas contribuciones y se celebran por el término estrictamente indispensable. Puede ser civil o comercial, dependiendo del encargo (sí se deriva un contrato mercantil se regirá por la legislación comercial, en cambio, la prestación de servicios inherentes a profesiones se regirá por la legislación civil). Sobre el "contrato de prestación de servicios", este es un contrato para una actividad independiente desarrollada o llevada a cabo, que puede provenir de una persona natural o jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia laboral consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. Ni el Código Civil ni el Código de Comercio definen lo que debe entenderse como Contrato de Prestación de Servicios.

Para determinar si estamos ante una figura jurídica u otra, existen factores guías que ayudan en la determinación de la existencia o ausencia de una relación de principal-contratista independiente. Rara vez se considera un sólo factor como definitivo o concluyente mencionándose entre los criterios más significativos:

- a. la intención o creencias de las partes, según estas han sido expresadas en el contrato de empleo;
- b. si el grado de control que ejerce y se reserva el patrono sobre el trabajador afecta la forma en que se lleva a cabo el trabajo contratado o sus resultados;
- c. métodos de compensación;
- d. beneficios provistos por el patrono;
- e. fuente de materiales e instrumentos de trabajo;
- f. la naturaleza del trabajo y del oficio del contratista y
- g. si el patrono le hace retenciones salariales al trabajador para fines contributivos o de seguro social

Un contratista independiente es una persona que contrata con otra la prestación de unos servicios, pero que no es controlada ni está sujeta su conducta física en el desempeño de sus tareas o actividades a la voluntad de la otra. Ya dijimos que para determinar si un trabajador es un empleado o un contratista independiente, no hay una regla general y cada caso es decidido

conforme a las circunstancias específicas y a la naturaleza de la relación entre las partes, así como sus actitudes e intenciones. El solo hecho de que el patrono haga retenciones salariales por concepto de seguro social o contribuciones sobre ingresos no determina, por sí solo, que el trabajador es un empleado. De igual forma, el que no lo haga tampoco implica necesariamente que se trate de un contratista independiente.

No existe una definición clara de lo que es un empleado. El término emplear comúnmente ha sido definido como requerir, solicitar, permitir o consentir en que una persona trabaje. La definición provista por la Ley Federal conocida como "Fair Labor Standards Act(FLSA)", 29 U.S.C.A. § 201 (2000), se refiere a "suffer or permit to work"

Un patrono tendrá que observar y estará sujeto a las disposiciones de múltiples leyes protectoras respecto a sus empleados pero no respecto a los contratistas independientes. Un patrono, por ejemplo, está obligado para con sus empleados a hacer pagos de seguro social y tendrá que cumplir con toda la legislación relativa a horas y salarios, seguros por desempleo y por accidentes del trabajo, Medicare, contribuciones sobre ingresos y planes de retiro. El Código de Rentas Internas federal²⁸⁴, establece además las obligaciones contributivas que tienen los patronos para con sus empleados.

Los factores desarrollados por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, que se deben considerar para determinar si un trabajador es un empleado o contratista independiente son:

1. naturaleza, extensión y grado de control que se ejerce sobre la persona en la ejecución del trabajo asignado;
2. forma de pago por los servicios;
3. retención de contribuciones;
4. facultad de emplear personal, asignar trabajo y despedir a los empleados(as);
5. la oportunidad de obtener ganancias y riesgo de pérdidas;
6. inversión en equipo o grado de dependencia en el equipo suministrado por el principal;
7. si los servicios prestados por el contratista son una parte integral del negocio principal;
8. la permanencia de la relación de trabajo;
9. si las operaciones del contratista se pueden considerar como las de un negocio separado o independiente por sí mismo;

²⁸⁴Ley aprobada por el Congreso de los EEUU.

10. grado de iniciativa o juicio independiente ejercitado por el contratista al hacer su trabajo.

Recientemente el Tribunal Supremo de Puerto Rico tuvo la oportunidad de expresarse sobre el tema de los Contratistas Independientes²⁸⁵. En los hechos de ese caso una de las accionistas firmó un contrato de no competencia donde se obligó a no solicitar o prestarle servicios similares a los clientes de la empresa de manera directa o indirecta por un periodo de tiempo establecido por las partes con un acuerdo de indemnización en caso de violación. Una de las partes incumplió y surge la reclamación judicial planteándose la invalidez o nulidad del acuerdo de no competencia por exceder de un año.

Se resolvió que como regla general, los acuerdos de no competencia eran válidos basados en el principio de libertad de contratación ya que conforme lo establece el Artículo 1207 el Código Civil los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público.²⁸⁶

El máximo foro judicial hizo referencia a un precedente²⁸⁷ que adoptó una norma de razonabilidad para evaluar la validez de una cláusula de no competencia, en una relación patrono-empleado y los parámetros necesarios para su validez, a saber:

- (1) debe ser necesario para proteger un interés legítimo del patrono, esto es, “que de no recibir la protección de una cláusula de no competencia, su negocio se vería sustancialmente afectado”. La prohibición debe corresponder con el interés del patrono, en cuanto a objeto, término y lugar de restricción o clientes afectados;
- (2) no debe imponer al empleado una carga demasiado onerosa. En este tipo de acuerdo lo razonable es que el mismo no debe excederse de doce meses, “entendiéndose que cualquier tiempo adicional es excesivo e innecesario para proteger adecuadamente al patrono”; y que se especifique los límites geográficos o los clientes afectados.
- (3) no debe afectar demasiado al público.

Aclaró que cuando la cláusula de no competencia indique un área geográfica a la que aplica la restricción, “ésta debe limitarse a la estrictamente necesaria para evitar la competencia real entre el

²⁸⁵2016 TSPR 126, Reyes Ramis CPA v. Liza Serra Torres, et al. Esta es una sentencia del Alto Foro Judicial en Puerto Rico que no sienta un precedente debido a que no se logró obtener una mayoría de los votos de todos los jueces que integran el Tribunal Supremo.

²⁸⁶J. Puig Brutau, Fundamentos del Derecho Civil, 3ra ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1988.

²⁸⁷Arthur Young & Co. v. Vega III, 136 DPR 157, 163 (1994).

patrono y el empleado” y que cuando la prohibición de competencia señale los clientes a los que se extiende “debe referirse sólo a aquellos que el empleado atendió personalmente durante un período razonable de tiempo antes de renunciar o en un período inmediatamente anterior a la renuncia, y que al hacerlo todavía eran clientes del patrono”. Además se requiere que el patrono ofrezca “una contraprestación a cambio de la firma del acuerdo de no competir por parte del empleado” y “contar con los elementos esenciales para su validez: consentimiento, objeto y causa. Art. 1213 del Código Civil, 31 LPR sec. 339, indicando que para este tipo de pacto se hacía indispensable que el mismo constara por escrito y que la cláusula de no competencia fuera “incidental a un contrato de trabajo, y que ha mediado causa adecuada”.

En los casos de las CTA donde el socio es dueño de la empresa pero a su vez es trabajador surge la dicotomía de ser dueño y a la misma vez “empleado” de la corporación de la cual es accionista, o sea, dueño y empleado a la misma vez, lo que es algo improbable no existiendo la relación o vínculo laboral pero con un potencial de que esa persona se retire como socio trabajador de la Cooperativa quien tendrá que buscar la forma de protegerse. En tales casos, es posible la aplicabilidad de las cláusulas de no competencia en el marco de este tipo de empresa cooperativa. Esta es un área creciente de la doctrina que se debe atender y surge cuando el socio trabajador se retira o renuncia y demanda que se le debe permitir continuar su vida haciendo aquello para lo que se preparó o ha trabajado durante años particularmente en aquellas cooperativas de trabajo cuyos componentes ofrecen un servicio profesional o para el cual se requiere licencia. A contrario de los intereses de los trabajadores socios, la cooperativa pudiera perder mercado, dinero y clientes cuando un socio queda desvinculado de la cooperativa y, por lo tanto, busca proteger sus intereses. Otro escenario pudiera surgir cuando se aceptan nuevos socios trabajadores a la cooperativa quienes llegan sin experiencia, y una vez ganada esa experiencia abandonan o se desvinculan de la cooperativa después de haber adquirido experiencia y una buena base de clientes.

Traído este tema a las CTA, es interesante porque en estas no existe una relación patrono empleado pero tampoco se trata de una relación entre iguales o profesionales. Destacamos que según estos precedentes del Tribunal Supremo de Puerto Rico aunque los parámetros son similares a los adoptados en la jurisprudencia el hecho de que en circunstancias como las existentes en las CTA que son únicas y donde pudiera existir una marcada desigualdad entre las partes contratantes, tendría que hacer el escrutinio de la regla de razonabilidad uno quizás distinto o asemejarse al utilizado en el caso de contratos del tipo patrono-empleado.

Esto es, tal y como lo expresó dicho Foro, el examen de razonabilidad se aplica estrictamente en casos que involucren una relación patrono-empleado y sujeto a las condiciones normativas jurisprudenciales antes citadas, mientras que se debe emplear un estudio menos riguroso que

respete la autonomía de contratación de las partes para las cláusulas restrictivas que se derivan de acuerdos entre accionistas o socios de corporaciones y firmas profesionales.

Ante la disyuntiva que genera la figura del socio trabajador y su no dependencia laboral surgió una consulta a la Procuradora del Trabajo adscrita al Poder Ejecutivo del Gobierno de Puerto Rico a quien se le preguntó si la legislación protectora del trabajo aplicaba a los socios trabajadores de una CTA incluyendo a los miembros de la Junta de Directores, al Principal Ejecutivo y a los miembros del Comité de Supervisión.²⁸⁸

Destacamos que la Oficina de la Procuradora del Trabajo tiene la facultad de establecer la política pública del Departamento el Trabajo en cuanto a la interpretación de la legislación protectora del trabajo teniendo entre sus funciones la de emitir opiniones legales e interpretaciones sobre la implantación de las leyes protectores del trabajo, a fin de orientar a los trabajadores, a lo patronos y al público en general, con el propósito de reducir a un mínimo los conflictos obrero patronales y las violaciones a los estatutos que administra esa agencia.

Indica la Procuradora que en la propia Ley 239-2004, supra, se dispone que cada cooperativa debe aprobar un reglamento donde se podrá establecer el periodo de prueba y las condiciones para la incorporación de socios trabajadores y que estas son condiciones razonables que puede imponerle a sus socios sin que por ello se convierta en patrono de quien es simplemente un socios trabajador, "una especie de condueño *sui generis*" y por lo tanto, a "los "Socios Trabajadores" no les cubre la legislación protectora del trabajo."

Señaló que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha establecido los criterios que sirven de guía para considerar a los socios trabajadores como contratistas independientes y destaca lo que ya se ha expresado en cuanto que uno solo de estos factores no justifica que la persona sea considerada o no un contratista impediendo lo que requerirá un análisis mayor de las circunstancias que presente cada caso pero que de la existencia de una relación obrero patronal, a los empleados se le reconocerá el derecho a la protección de las leyes laborales y de no ser así, solo le sería de aplicación las disposiciones generales sobre contratos contenidas en el Código Civil.²⁸⁹

Concluye dicha funcionaria que si el Principal Ejecutivo es un socio trabajador en una CTA, este no estaría cobijado por la legislación protectora del trabajo por el simple hecho de ocupar tal posición pero si ese Oficial es una persona empleada en virtud de cualquier nombramiento o contrato de trabajo, podría estar cubierto por la legislación laboral si se determina que es un empleado de la Cooperativa. Además señala que debido a que la ley vigente establece que los socios trabajadores dirigen todas las actividades productivas que les permitan recibir beneficios y ser miembros de la

²⁸⁸Refiérase a la Consulta Núm. 15809 de fecha 27 de abril de 2016 dirigida al Comisionado de Desarrollo Cooperativo del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

²⁸⁹Whittenburg v. Iglesia Católica Apostólica Romana de Puerto Rico, 182 D.P.R. 937 a la página 953 (2011).

Junta de Directores y del Comité de Supervisión resultaría forzoso concluir que aquellos socios trabajadores que formen parte de los mencionados organismos serían excluidos de la legislación protectora del trabajo, por tanto no estarían sujetos a una dependencia laboral o a una relación obrero patronal.

BIBLIOGRAFIA

Legislación

Código Civil de Puerto Rico

Ley de la Mesada, Ley 80-1976

Ley de reglamentación de contrato de trabajo, Ley 17-1931

Ley de Salario Mínimo, Vacaciones y Licencia por Enfermedad de Puerto Rico, Ley 180-1998

Ley Federal conocida como "Fair Labor Standards Act (FLSA)"

Ley General de Sociedades Cooperativas de 2004, Ley 239-2004

Ley General de Sociedades Cooperativa de Ahorro y Crédito, Ley 255-2002

Casos del Tribunal Supremo o Jurisprudencia

Arthur Young & Co. v. Vega III, 136 DPR 157, 163 (1994).

Constructora Bauzá, Inc. v. García López, 129 D.P.R. 579, 592 (1991).

Reyes Ramis CPA v. Liza Serra Torres, et al., 2016 TSPR 126

Soc. de Gananciales v. Vélez & Asoc., 145 D.P.R. 508, 518 (1998)

Morales v. Álvarez, 63 D.P.R. 208 (1944)

Whittenburg v. Iglesia Católica Apostólica Romana de Puerto Rico, 182 D.P.R. 937 (2011).

Tratadistas o Comentaristas

L. Díez Picazo y A. Gullón, Sistema de Derecho Civil, 3ra ed., Madrid, Ed Tecnos, 1982

J. Puig Brutau, Fundamentos del Derecho Civil, 3ra ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1988.

INTRODUCCIÓN

Lo primero que debemos diferenciar son los conceptos de “trabajo asociado” y el de “cooperativas de trabajo asociado”.

Son conceptos completamente distintos.

Trabajar asociadamente, asociar el trabajo, se da en toda modalidad de cooperativas. Llevamos adelante la acción común para lograr los objetivos que nos proponemos solidariamente, aportando nuestro esfuerzo, nuestro trabajo.

Por supuesto que ese aporte de trabajo no es igual para todos los asociados, ni igual en todas las cooperativas. Se da con diferentes dedicación, intensidad, tiempo, capacitación. Pero todos estamos comprometidos en aportar algún tipo de esfuerzo para lograr los objetivos comunes. Las normas para regir esas relaciones, por naturaleza desiguales, las acordamos en nuestra organización. Es parte del Acuerdo Cooperativo.

Podemos definir al Trabajo Asociado de la siguiente manera:

El trabajo asociado es la actividad humana libre, material o intelectual, que de manera permanente, temporal o intermitente, desarrollan en forma autónoma personas naturales, que han celebrado un acuerdo cooperativo para alcanzar objetivos de satisfacción de sus necesidades comunes y trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas internas, con la finalidad de obtener beneficios personales, colectivos y para la sociedad y obtener también condiciones de vida justas y equitativas por el trabajo realizado, en base a los resultados obtenidos en el organismo cooperativo que los congrega.

Cuando se utiliza el término: Cooperativa de Trabajo Asociado, se está haciendo referencia a una modalidad de cooperativa que podría definirse como:

Una cooperativa de trabajo asociado o cooperativa de producción es un tipo de [cooperativa](#) cuyo objetivo es el proveer y mantener a sus socios de puestos de trabajo a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros.

El peso de este enfoque está en el objetivo central que se plantea: proveer y mantener puestos de trabajo privilegiando la búsqueda de puestos de trabajo sobre otros objetivos como los tipos de bienes o servicios que se plantean producir o la acción integradora y comunitaria de la cooperativa.

En la legislación venezolana, se parte de que el trabajo asociado es inherente a toda cooperativa, asírealicen los asociados actividades de producción de bienes y servicios para terceros o lo hagan para construir soluciones a necesidades sólo de los asociados o alguna mezcla de estos objetivos.

En todas se logran los objetivos por el aporte conjunto del trabajo asociado, aunque los aportes personales o el esfuerzo aportado para ese objetivo sea diferente para cada asociado.

Para comprender por qué en la legislación venezolana priva esta visión es necesario recordar que el cooperativismo venezolano se desarrolló con una visión multiactiva. Con algunas excepciones como las cooperativas constituidas por transportistas, la mayoría de las cooperativas se constituyeron para atender diferentes necesidades de los asociados. Formalmente se constituían bajo la definición de cooperativas de servicios múltiples o mixtas, entendidas estas últimas como de producción y consumo simultáneamente.

Esta realidad multiactiva del cooperativismo venezolano tuvo muchas consecuencias, pero queremos resaltar que su arraigo local fue intenso por convertirse en mecanismo para solucionar muchos problemas que una comunidad concreta debía enfrentar. El trabajo para el desarrollo de esas cooperativas se daba por colaboración de todos, con mucho trabajo que se identificaba como voluntario y cuando se requería estar a tiempo parcial o completo, era natural que esas responsabilidades también fuesen asumidas por asociados. El trabajo, en la conciencia de los asociados, era la forma de impulsar la asociación. Era inherente a ella.

Ese cooperativismo multiactivo e integrador comunitario, se aglutinó en integró bajo esa modalidad. Se constituyeron organismos de integración por regiones. Organismos cercanos a las cooperativas de carácter regional o local. El trabajo en esos organismos se realizaba también o en forma voluntaria o por cooperativistas provenientes de las cooperativas comunitarias.

Lo mismo también sucedió con la integración nacional, que se dio como una articulación de regiones, pero siempre bajo la visión de que todo era un esfuerzo y resultado del trabajo de todos.

Por otra parte en los procesos formativos, educativos la orientación doctrinal que promovía la reflexión sobre el accionar cooperativo, se valoraba el concepto del trabajo asociado como una manera de construir un cooperativismo que mostrara para todos una alternativa de sociedad. Esa transformación social, especialmente se manifestaba en la manera de concebir el trabajo, el no establecer relaciones de trabajo dependiente.

Como lo podremos apreciar al analizar el articulado legal venezolano, las cooperativas, en cualquier modalidad, no pueden tener empleados bajo relación de dependencia. Solo se permite, en situaciones excepcionales, como es el caso del trabajo en zafra u ocasional.

Se parte de que trabajar en forma dependiente en una cooperativa, sería romper la esencia del acto cooperativo, porque se establecen vínculos de subordinación, de no participación, de discriminación, de apropiación por parte de los asociados, de la contribución a los excedentes de estos empleados.

Culturalmente sería traer las relaciones propias del capitalismo privado o estatal a las organizaciones que por su naturaleza deben ser testimonio de la alternativa que representa el cooperativismo frente a modelos económicos y sociales que no compartimos.

Al comienzo de este siglo, el movimiento cooperativo se incorporó en el proceso constituyente que se dio en el país y se presentaron propuestas para el articulado de la Constitución y después se elaboró y presentó un proyecto de ley de cooperativas.

Las propuestas llevaban la visión de la flexibilidad organizativa, el trabajo asociado como algo inherente a toda la acción cooperativa, producto de la vivencia de muchos años de los cooperativistas venezolanos.

La Asamblea Constituyente acogió la mayoría de esas propuestas y en la nueva ley especial de asociaciones cooperativas se incorporaron muchas de las sugerencias planteadas, en especial las referentes al trabajo asociado y a los procesos organizativos.

Veamos cómo está planteado el tema del Trabajo Asociado en ese nuevo marco legal.

EL TRABAJO ASOCIADO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

La Constitución de la República Bolivariana en su artículo 118 establece:

Artículo 118. “Se reconoce el derecho de los trabajadores y trabajadoras, así como de la comunidad para desarrollar asociaciones de carácter social y participativo, como las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas. Estas asociaciones podrán desarrollar cualquier tipo de actividad económica, de conformidad con la ley. La ley reconocerá las especificidades de estas organizaciones, en especial, las relativas al acto cooperativo, al trabajo asociado y su carácter generador de beneficios colectivos. *Subrayado nuestro*

El estado promoverá y protegerá estas asociaciones destinadas a mejorar la economía popular y alternativa.”

El trabajo asociado queda reconocido constitucionalmente como una característica específica, distintiva de las asociaciones de carácter social y participativa, como las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas.

Este artículo 118, está contenido en el Capítulo de la Constitución referente a los Derechos, específicamente en los Derechos Económico.

En la referida Constitución queda establecidas al menos tres modalidades de trabajo: el trabajo dependiente, el no dependiente y el trabajo asociado. El artículo 87 y el 118 hacen referencia a estas modalidades.

Artículo 87. “Toda persona tiene derecho a trabajar y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesaria a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La ley adoptará medidas tendientes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que a las que la ley establezca.

Todo patrono o patrona garantizará a sus trabajadores condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado adoptará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones.”

Para comprender el alcance del cambio Constitucional en lo referente a las cooperativas, recomendamos revisar el trabajo: Las cooperativas en la Constitución Bolivariana de Venezuela en www.gestionparticipativa.coop.

RELACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS, CON EL TRABAJO ASOCIADO

La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras se refiere a todo el hecho social del trabajo, sin embargo se centra en las relaciones laborales de los trabajadores con los patronos. Otras realidades del Trabajo son explícitamente excluidas o remitidas a otros instrumentos, como es el caso de los Cuerpos Armados, la Administración Pública y los Servicios Profesionales. En el caso de “cualquier otra forma de organización comunitaria”, la Ley plantea sólo su protección y promoción.

Veamos el texto en relación al Ámbito de aplicación de la Ley.

Ámbito de aplicación

Artículo 3º. “Esta Ley regirá las situaciones y relaciones laborales desarrolladas dentro del territorio nacional, de los trabajadores y trabajadoras con los patronos y patronas, derivadas del trabajo como hecho social. Las disposiciones contenidas en esta Ley y las que deriven de ella rigen a venezolanos, venezolanas, extranjeros y extranjeras con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y, en ningún caso, serán renunciables ni relajables por convenios particulares. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador y trabajadora que superen la norma general respetando el objeto de la presente Ley.

Igualmente se aplicaran las disposiciones de esta Ley a los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas en Venezuela para prestar servicios en el exterior del país.”

En relación con las formas de asociación comunitaria, la Ley establece:

Promoción y protección de la iniciativa popular en el trabajo

Artículo 13. “En la aplicación de las disposiciones de esta Ley se protegerá y facilitará el desarrollo de entidades de trabajo de propiedad social, la pequeña y mediana industria, la microempresa, las entidades de trabajo familiar, y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo gestionadas en forma participativa y protagónica por los trabajadores y las trabajadoras, con el objetivo de satisfacer las necesidades materiales, sociales e intelectuales de las familias, la comunidad y el conjunto de la sociedad en el marco de la justicia social mediante los procesos de educación y trabajo, fundamentales para alcanzar los fines esenciales del Estado.”

Como vemos, la LOTTT desarrolla especialmente en su articulado y así lo declara en el Artículo 3 sobre el Ámbito de Aplicación, las relaciones entre patronos y trabajadores.

Sobre el tema de la asociación comunitario para el trabajo declara que en la aplicación de la ley se protegerá y facilitará el desarrollo de entidades de propiedad social,... y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo.

LEY ESPECIAL DE ASOCIACIONES COOPERATIVAS

En relación con las cooperativas, la ley principal que reconoce las especificidades de estas organizaciones, señaladas en la Constitución, es la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas.

La exposición de motivos de esta ley plantea:

La ley define las características del trabajo asociado, las regulaciones aplicables, el trabajo excepcional de no asociados, las modalidades de trabajo asociado en los organismos de

integración y entes similares, los mecanismos propios de protección social y la vinculación con los sistemas de seguridad social.

ORIENTACIONES DE LA LEY

Es importante ubicar todo lo referente al trabajo asociado en el marco de las orientaciones o principios que guían la nueva ley de cooperativa.

La Ley Especial de Asociaciones Cooperativas de Venezuela, tiene como uno de sus lineamientos fundamentales, resaltar el estatuto y otros instrumentos internos como expresiones del acuerdo cooperativo sin establecer normas en la propia ley que harían poco flexibles los procesos organizativos y de trabajo.

En este sentido, en su exposición de motivos reflexiona sobre la Ley general de cooperativas vigente hasta ese año 2001 en los siguientes términos:

La Ley de Cooperativas establecía infinidad de disposiciones que pretendían regular el accionar de los entes cooperativos, limitando su capacidad de desarrollo empresarial, estableciéndoles una camisa de fuerza organizativa que las obligaba a desarrollar sólo un modelo de empresa asociativa. Eso limitó la constitución de organizaciones abiertas y flexibles que pudiesen desenvolverse en un entorno cambiante. Esa misma visión, contradictoria con la naturaleza participativa de las cooperativas, privilegiaba las formas de gestión vertical, estableciendo mecanismos legales de delegación en pequeños grupos directivos, impulsando de hecho, así, formas de democracia representativa dentro de organizaciones que por su esencia, debían desarrollar la democracia participativa. Esas disposiciones tendían a hacerlas ineficientes y propiciar las carencias y peligros que se derivan de concentrar en pocas manos la gestión de estas empresas.

Y al referirse a la nueva Ley precisa:

La ley transfiere al estatuto las formas, modalidades y mecanismos de organización de las cooperativas y de los entes que las cooperativas constituyan en su proceso de integración. Esto permite una gran flexibilidad a las cooperativas para adaptarse al entorno, para evaluar y corregir estructuras que no se correspondan con los procesos cambiantes que se lleven adelante, posibilitando así un mayor dinamismo y una mayor capacidad empresarial.

En el texto de la Ley, al referirse al trabajo asociado, en coherencia con la orientación general de la LEAC, claramente establece:

Regulaciones

Artículo 34. El régimen de trabajo, sus normas disciplinarias, las formas de organización, de previsión, protección social, regímenes especiales, de anticipos societarios y de compensaciones, serán establecidos en el estatuto, reglamentos, normas y procesos de evaluación, de conformidad con las disposiciones de la Constitución, esta Ley, y de otras leyes que se refieran a la relación específica del trabajo asociado, en razón de que se originan en el acuerdo cooperativo.

El acuerdo cooperativo se convierte en guía central de las relaciones entre los asociados en general y en lo que se refiere al trabajo asociado. Son los propios asociados, bajo disposiciones constitucionales y de las leyes aplicables, los que definirán sus normas para desarrollar el trabajo asociado. La cooperativa se constituye por un acuerdo básico: lograr objetivos por el trabajo de sus asociados. Son ellos los que deben establecer las modalidades, normas, distribución adelantada de excedentes, seguridad social y cualquier norma del trabajo asociado.

NO HAY VÍNCULOS DE DEPENDENCIA

Regulaciones

Artículo 34. "...Los asociados que aportan su trabajo en las cooperativas no tienen vínculo de dependencia con la cooperativa y los anticipos societarios no tienen condición de salario. En consecuencia no estarán sujetos a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán a los procedimientos previstos en esta Ley y en otras leyes que consideren la relación de trabajo asociado..."

CAPITULO ACERCA DEL TRABAJO ASOCIADO

La Ley Especial de Asociaciones Cooperativas la dedica un capítulo exclusivo al trabajo, en el toca los siguientes aspectos:

1. Reconocimiento a la especificidad del Trabajo Asociado
2. Responsabilidad de los asociados
3. Características del trabajo asociado
4. Participación de los trabajadores asociados
5. Regulaciones del trabajo asociado

6. Anticipos de excedentes
7. Trabajo de no asociados
8. Contratación con otras empresas
9. El Trabajo en Cooperativas Constituidas por otras Cooperativas o Empresas Asociativas
10. Cogestión y Autogestión con Entes Públicos y Privados
11. Mecanismos de Protección Social

Ver anexo: Capitulo V

TEMÁTICA ESPECIAL A RESALTAR EN LAS DISPOSICIONES LEGALES SOBRE EL TRABAJO ASOCIADO

EL ACTO COOPERATIVO Y EL TRABAJO ASOCIADO

Artículo 30. “El Estado reconoce el carácter específico del trabajo asociado en las cooperativas, que se da en ellas mediante actos cooperativos.”

Se declara que el Trabajo Asociado es una manifestación del Acto Cooperativo.

El estatuto necesariamente debe incluir normas sobre el trabajo asociado, en este sentido la LEAC dispone:

Contenido del Estatuto

Artículo 13. “El estatuto, como mínimo, contendrá:

1. Denominación, duración y domicilio.
2. Determinación del objeto social.
3. Régimen de responsabilidad: Limitado o suplementado y sus alcances.
4. Condiciones de ingreso de los asociados. Sus derechos y obligaciones. Pérdida del carácter de asociado. Suspensiones y exclusiones.
5. Formas de organización de la cooperativa y normas para su funcionamiento, coordinación y control. Atribuciones reservadas a la reunión general de asociados o asamblea. Reglamentos internos y competencia para dictarlos.

6. Las normas para establecer la representación legal, judicial y extrajudicial.
7. Modalidades de toma de decisiones.
8. Formas de organización y normas con relación al trabajo en la cooperativa.
9. Formas y maneras de desarrollo de la actividad educativa. Funcionamiento de la o las instancias de coordinación educativa.
10. Régimen económico: Organización de la actividad económica, mecanismos de capitalización y modalidades de instrumentos de aportación. Aportaciones mínimas por asociado; distribución de los excedentes y normas para la formación de reservas y fondos permanentes. Ejercicio económico.
11. Normas sobre la integración cooperativa.
12. Procedimientos para la reforma del estatuto.
13. Procedimiento para la transformación, fusión, escisión, segregación, disolución y liquidación.
14. Normas sobre el régimen disciplinario."

EL TRABAJO DE NO ASOCIADOS

Trabajo de no Asociados

Artículo 36. "Las cooperativas podrán, excepcionalmente, contratar los servicios de no asociados, para trabajos temporales que no puedan ser realizados por los asociados. Esta relación se regirá por las disposiciones de la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y terminará cuando estos trabajadores se asocien a la cooperativa.

Las personas naturales que trabajen hasta por seis meses para la cooperativa en labores propias de la actividad habitual de ésta, tendrán derecho a exigir su ingreso como asociados, siempre que cumplan los requisitos establecidos en el estatuto, y cesarán en su relación laboral."

El incumplimiento y simulación de trabajo asociado acarrea el cierre de la entidad cooperativa.

Suspensión de Certificaciones

Artículo 95. “Cuando las cooperativas contraten en forma permanente los servicios de trabajadores no asociados, contraviniendo las disposiciones de esta Ley o distribuyan entre los asociados los excedentes resultantes de operaciones con no asociados en actividades de obtención, corresponderá la suspensión de certificaciones. Concurrentemente se aplicarán las multas entre 151 y 350 unidades tributarias a las personas o a las entidades responsables y se iniciará el trámite para su disolución y liquidación.”

La ley establece sólo dos situaciones en las que es obligatorio proceder a la disolución y liquidación de la cooperativa. Una de ellas cuando se contraten en forma permanente los servicios de trabajadores no asociados, en términos distintos a los establecidos en la LEAC.

Son dos situaciones que evidencian que no es una auténtica cooperativa.

LA PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN DE LOS TRABAJADORES ASOCIADOS

Participación de los Asociados Trabajadores

Artículo 33. “El trabajo debe organizarse de manera tal que se garantice la más amplia participación de los asociados que lo realicen directamente, en la definición de las políticas, planes y modalidades del mismo trabajo. Igualmente se debe garantizar esa participación en las instancias de coordinación de los procesos administrativos, de evaluación y educación. Las formas de coordinación y compensación del trabajo se establecerán bajo principios de equidad y amplia participación.”

ANTICIPOS DE EXCEDENTES DE LOS TRABAJADORES ASOCIADOS

Anticipos Societarios

Artículo 35. “Los asociados que aportan su trabajo tienen derecho a percibir, periódicamente, según su participación en la cooperativa, según lo que prevean los estatutos o reglamentos internos, anticipos societarios a cuenta de los excedentes de la cooperativa.”

LA SEGURIDAD SOCIAL

Mecanismos de Protección Social

Artículo 40. “Las cooperativas, por su cuenta, en unión con otras o en coordinación con sus organismos de integración, podrán establecer sistemas y mecanismos de Protección Social, para sus asociados, especialmente a los que aportan directamente su trabajo. Estos sistemas serán financiados con recursos propios de los asociados, de la cooperativa, o provenientes de operaciones y actividades que realicen éstas o los organismos de

integración cooperativa; así mismo, con recursos que puedan provenir del Sistema Nacional de Seguridad Social, para atender las necesidades propias de la previsión social.

SEGURIDAD SOCIAL PARA LOS ASOCIADOS QUE NO PUEDAN CONTINUAR TRABAJANDO

Continuidad

Artículo 19. “Los asociados trabajadores que no puedan continuar trabajando en la cooperativa, en forma temporal o permanente, por edad, incapacidad, fuerza mayor o por cualquier otra circunstancia grave prevista en sus normas internas, tendrán derecho a continuar siendo asociados, en las condiciones que estipule el estatuto o sus reglamentos. Estas condiciones se establecerán propendiendo a que dichos asociados puedan conservar el nivel de vida que lograrían por su asociación y participación en la cooperativa.”

EL TRABAJO EN COOPERATIVAS DE COOPERATIVAS Y ORGANISMOS DE INTEGRACIÓN

El Trabajo en Cooperativas Constituidas por otras Cooperativas o Empresas Asociativas

Artículo 38. “Los organismos de integración, las cooperativas de cooperativas o las constituidas por entes jurídicos de carácter civil, sin fines de lucro, que requieran contratar el trabajo a fin de realizar las actividades necesarias para alcanzar su objeto, lo harán, preferentemente con cooperativas o empresas de la Economía Social y Participativa. Los estatutos y reglamentos establecerán las modalidades de gestión que les permitan una amplia participación en la programación, ejecución y evaluación de los procesos cooperativos.”

LA COGESTIÓN

Cogestión y Autogestión con Entes Públicos y Privados

Artículo 39. “Las cooperativas podrán establecer convenios con el sector público, el de la Economía Social y Participativa y el sector privado, para desarrollar modalidades de trabajo cogestionarias o autogestionarias.”

TRIBUNALES COMPETENTES PARA CONTROVERSIAS SOBRE TRABAJO ASOCIADO

En cuanto a los tribunales competentes para conocer de las causas cooperativas; la Ley en su Disposición Transitoria Cuarta dispone:

“Hasta tanto no se cree la jurisdicción especial en materia asociativa, los tribunales competentes para conocer de las acciones y recursos judiciales previstos en esta Ley, son los tribunales de Municipio, independientemente de la cuantía del asunto. Para su tramitación se aplicará el procedimiento del juicio breve previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Esta competencia incluye toda relación entre asociados en relación con el Trabajo. En consecuencia no son competentes las Inspectorías del Trabajo o los Tribunales del Trabajo para atender controversias sobre el trabajo asociado.”

LA APLICACIÓN EN OTRAS MODALIDADES DE LA ECONOMÍA SOCIAL Y PARTICIPATIVA

La Constitución venezolana vigente establece el Trabajo Asociado como una especificidad de las asociaciones de carácter social y participativo como las cooperativas. También incluye a las cajas de ahorros, mutuales y en forma genérica señala: y otras formas asociativas.

Hasta el presente la única Ley que ha desarrollado el tema es la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas, pero indudablemente cajas de ahorros, mutuales y otras formas asociativas deben asumir como rasgo específico, distintivo, el trabajo asociado.

La ausencia de legislaciones aplicables a diferentes tipos de asociaciones y la omisión del tema en leyes, como la de caja de ahorros, ha llevado a tener como referencia a la Ley Orgánica del Trabajo, trabajadores y trabajadoras o a la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas.

Cuando se toma como referencia la Ley Orgánica del Trabajo, se asume la existencia de un Patrono, lo que es incompatible con una organización de ese carácter. Cuando se asume como referencia la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas, se toman pautas diseñadas para las modalidades de estas asociaciones no necesariamente aplicables a otras.

Ese vacío debería ser llenado por Leyes Especiales para tipos de asociación y también por una Ley Orgánica de las Asociaciones social y participativas, que podría ser la Ley Orgánica de la Economía Solidaria.

CONCLUSIONES

1. Es importante resaltar que la legislación venezolana vigente no se refiere a un tipo de cooperativas identificadas en otras legislaciones como cooperativas de trabajo.

Su énfasis está en el marco regulatorio del trabajo que se da en las cooperativas, que es por esencia trabajo asociado, presente en todas ellas porque los objetivos que se plantean en la organización se alcanzarán con el trabajo de todos, aunque se dé con mayor o menor intensidad por cada uno de los asociados.

2. El Trabajo asociado, junto con el Acto Cooperativo y la búsqueda de beneficios colectivos, son las especificidades que identifican las asociaciones sociales de carácter social, como las cooperativas, cajas de ahorros, mutuales y otras formas asociativas
3. La legislación en relación al Trabajo Asociado no establece normas específicas para cada cooperativa, sino un marco de acción, bajo el cual las organizaciones deberán establecer sus propias y específicas normas, de conformidad con su acuerdo básico cooperativo.
4. Las cooperativas que al contratar a trabajadores no asociado, desacaten las disposiciones sobre trabajo asociado de la LEAC, serán disueltas y liquidadas.
5. Los trabajadores asociados deberán estar cubiertos por los mecanismos de la Seguridad Social Nacional y por las propias del movimiento cooperativo. Se establece que si un trabajador asociado no puede continuar trabajando deberá ser apoyado por la comunidad cooperativa para que obtenga una condición similar de vida, como si estuviese activo trabajando en la cooperativa