

CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA FUSIÓN, ESCISIÓN Y TRANSFORMACIÓN EN LA LEY 27/1999, DE 16 DE JULIO, DE COOPERATIVAS

POR
ANTONIO JOSÉ MACÍAS RUANO*

RESUMEN

Se pretende un análisis crítico del régimen jurídico de las denominadas fórmulas de reestructuración empresarial, reguladas en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, así como en la normativa que la desarrolla, esto es, de la fusión, escisión y transformación de cooperativas. Sobre la base del régimen jurídico vigente en materia de cooperativas, que ofrece una regulación parcial de estos cambios estructurales en función de la tipología social de que se trate; dada la falta de una norma marco de desarrollo de las modificaciones estructurales con independencia de la sociedad de la que se trate, se buscan los puntos de debate que mayor dificultad puedan plantear en la aplicación del mencionado régimen jurídico en el ámbito de las cooperativas, con sus notas comunes a cualquier sociedad y destacando sus particularidades.

ABSTRACT

A critical review on the legal regulation of the so-called ways of restructuring business as provided by Cooperatives Act 27/1999, approved on July 16th, 1999, and the applicable rules and laws which develop it; namely, of mergers, divisions and transformations of cooperatives. It searches the cruxes which pose the majority of difficulties when it comes to applying the cooperatives regulations, including not only their common characteristics but also emphasizing their peculiarities, in view of the current national laws on coo-

* Profesor de Derecho Mercantil. Universidad de Almería. Profesor de Derecho Societario en la E.U. Ads. de Relaciones Laborales de Almería.

peratives, the fact of a partial regulation of such structural changes depending on which company type is being dealt with, and the lack of basic Rules stating how to carry into effect structural changes, whatever the company».

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El objeto del presente trabajo es el análisis crítico de las distintas fórmulas de reestructuración empresarial de las cooperativas denominadas como propias, esto es, la fusión, escisión y transformación dentro del marco de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas¹.

En el ámbito de las cooperativas, se aprecian dos problemas básicos: por un lado, la dispersa regulación autonómica que convive con la Ley estatal, y por otro lado, la disgregada reglamentación que se hace de los cambios estructurales en prácticamente cada norma que regula un tipo social². Con respecto al primer problema, partimos de la interpretación que hace el Tribunal Constitucional (STC 118/1996) sobre la aplicabilidad directa de la normativa estatal en materia atribuida a la competencia de las Comunidades Autónomas³, como norma integradora, interpretativa o de aplicación supletoria a las autonómicas, aunque no como la norma armonizadora que reclama la doctrina y cuya creación parece depende de un planteamiento político más que jurídico⁴. Y respecto al segundo problema, nuestro derecho societario se acomoda a lo dispuesto por las Directivas europeas (Tercera —78/855/CEE— y Sexta —82/891/CEE—) para la reestructuración empresarial, pero lo hace diferenciadamente para cada tipo societario, y en lo que concierne a las cooperativas las directivas no son de aplicación directa, pues es una tipología societaria expresamente excluidas por éstas.

¹ Se marginan las denominadas modificaciones estructurales impropias. En este sentido, *vid.* VICENT CHULIÁ, Transformación, fusión y escisión de la Sociedad, en *La Reforma de las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid: 1994, p. 755; LARGO GIL, Las modificaciones estructurales de las sociedades según la DGRN, *RdS* n.º 9, 1997, p. 145; EMBID IRUJO, Notas para el estudio de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, en *Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, p. 297.

² *Vid.* RODRÍGUEZ ARTIGAS, Transformación de sociedades cooperativas, en *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, AA.VV., 2002, p. 4820; LEÓN SANZ, Transformación, art. 87, en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, coord. Arroyo/Embid, 1997, p. 854.

³ *Vid.* LEÓN SANZ, en Fusión, transformación y otras modificaciones estructurales de sociedades cooperativas. Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, *RdS* n.º 9, 1997.

⁴ Vicent CHULIÁ, *ob. cit.*, 1994, p. 747.

No obstante, existen distintas normas de ámbito y aplicación nacional por razón del objeto al que se dedica la cooperativa —seguros—, o que regulan materias de competencia legislativa estatal, como el régimen fiscal y, próximamente, el contable⁵. Pues bien, al margen de la controversia sobre la consideración de las cooperativas como sociedades o su calificación como sociedades civiles, mercantiles o un nuevo tipo societario, el cambio estructural viene impuesto por una situación de «reestructuración económica y empresarial»⁶, esta acomodación es consecuencia de una decisión empresarial, por tanto, propia del ámbito del Derecho que regula esta actividad, por lo que, al igual que sucede en los otros aspectos regulados a nivel estatal (fiscalidad y contabilidad), debería plantearse la elaboración de una norma de aplicación única para todo el territorio nacional, o en última instancia una Ley estatal de armonización (art. 150.2 CE) dadas las consecuencias y efectos mercantiles y en la propia unidad del mercado⁷, que se derivan de tales modificaciones⁸.

2. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

La fusión, escisión y transformación comprenden lo que se ha calificado como modalidades indiscutidas de las modificaciones estructurales de la sociedad⁹. En relación a las cooperativas, estos instrumentos para la reestructuración empresarial han tenido un carácter extraordinario, máxime cuando se relacionaban con las denominadas sociedades mercantiles «ordinarias» (art. 122 C. de c.)¹⁰. Prácticamente, hasta la entrada en vigor de la Ley vasca de cooperativas¹¹ (Ley 4/1993, de 24 de junio), que sirvió de modelo para la redacción de dis-

⁵ Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión del los seguros Privados y su Reglamento de desarrollo aprobado por el RD 1.348/1998, de 1 de agosto; Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas, y en el BOICAC n.º 49, de marzo de 2002, se ha publicado el proyecto de normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas como borrador para su tramitación legislativa.

⁶ EMBID IRUJO, *opus cit.* Madrid, 1991, p. 294.

⁷ Vid. MORILLAS JARILLO y FELIÚ REY: *Curso de Cooperativas*, Tecnos, 2000, p. 457.

⁸ Vid por todos, VICENT CHULIÁ, en *opus cit.* Transformación..., 1994, p. 747.

⁹ LARGO GIL, *opus cit.* Las modificaciones estructurales..., p. 145

¹⁰ Vid. LEÓN SANZ, *opus cit.* Fusión, transformación..., *RdS* n.º 9, 1997, p. 44 y ss.

¹¹ En la exposición de motivos de la Ley 4/1993, de 24 de julio, de Cooperativas de Euskadi, se denuncian las lagunas legales que existían, fundamentalmente en el ámbito de la transformación, y se pretende aprovechar las técnicas normativas del moderno Derecho de sociedades: la tendencia, desde la Ley 19/1989, al tratamiento mercantilizador de las sociedades.

tintas normas autonómicas y de ámbito estatal, las reestructuraciones de empresa se limitaban a contadas posibilidades de cambio y dentro siempre del marco de sociedades propias de la economía social. La nueva concepción jurídica de ampliación y liberalización para las modificaciones estructurales en la cooperativa se afianzó con la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 (art. 87.3 LSRL en relación con el art. 93 del mismo texto legal), y actualmente la práctica totalidad de legislaciones autonómicas y la estatal de cooperativas así lo contemplan¹². En este sentido, el planteamiento tradicional ideológico, sobre el que volveremos, para la no aceptación de la transformación de las cooperativas que responden a concretos principios de gestión, integración y colaboración, en sociedades de capital, que parten de otros postulados distintos, como el rendimiento por la inversión, ha quedado un tanto desdibujado y, de algún modo, superado. Parece que las soluciones económicas prevalecen sobre las ideológicas, por fundamentales que se entiendan¹³.

Quizá lo primero que llama la atención en la regulación positiva que se hace en la Ley Estatal así como en las de ámbito autonómico—excepto Navarra, que no regula la transformación— sea el orden en que se sitúan las fórmulas de reestructuración empresarial. Los regímenes jurídicos de las denominadas Sociedades de capital desarrollan, y por este orden, las modificaciones estructurales que puede sufrir una sociedad: transformación, fusión y escisión. Por el contrario, el legislador de cooperativas al abordar esta regulación adopta un orden de desarrollo legislativo que inicia la fusión, sigue la escisión y termina la transformación.

Igualmente, en la Ley de sociedades limitadas se dedican varios artículos a la transformación y uno a la fusión y escisión. En cambio en la Ley de Cooperativas se regula la fusión en diversos artículos y se dedica uno sólo a la transformación y otro a la escisión. Esta circunstancia, en el legislador estatal, se explica por la remisión que hace para la transformación y escisión al régimen de la fusión¹⁴. No obstante, esta explicación no resulta tan convincente cuando tratamos de las distintas leyes autonómicas, puesto que la remisión que hacen en relación a la adopción del acuerdo de transformación no es al régimen de la fusión, sino al de las modificaciones estatutarias, excep-

¹² Excepción, quizá, de la Ley Foral 12/1996, de 2 de julio, de Cooperativas de Navarra, que no contempla el supuesto de transformación.

¹³ En contra, ALFONSO SÁNCHEZ, en *Ámbito subjetivo de la transformación en la legislación cooperativa*, RdS n° 8, 1997; ROSEMBUJ, *La transformación de la cooperativa en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, *La Ley*, 1995-4.

¹⁴ En este sentido, MORILLAS JARILLO y FELIÚ REY, en *Curso de Cooperativas*, Tecno 2000, p. 506.

ción hecha de la Ley de Cooperativas de Aragón, que lo hace, al igual que la norma estatal, al régimen de las fusiones, y de la reciente Ley de Cooperativas Catalana (Ley 18/2002, de 5 de julio), que habla directamente de una mayoría cualificada sin remisión a la fusión o a la modificación de estatutos.

3. FUSIÓN

3.1. Concepto y alcance

La fusión es la reunión de los patrimonios íntegros de varias sociedades en una de ellas con extinción, sin liquidación, de las restantes («fusión por absorción»), o con extinción, sin liquidación, de todas, surgiendo una nueva que los recoge («fusión con creación de nueva sociedad»), pasando, normalmente, a ser socios de la sociedad sucesora los que lo fueran de las extinguidas¹⁵. Es un supuesto excepcional de disolución sin liquidación¹⁶, que permite la sucesión universal del patrimonio de las sociedades disueltas, sin liquidación, a la nueva constitución, manteniendo la posición del socio en la sociedad resultante y que responde, básicamente, a la necesidad de concentración de empresas, a la ampliación y dominio del mercado. Los elementos característicos de la fusión son: la extinción de todas o, al menos, algunas de las sociedades preexistentes la sucesión universal del patrimonio de las sociedades que se extinguen; y que los socios de las sociedades extinguidas pasen a formar parte de la sociedad nueva o absorbente¹⁷.

La fusión es una fórmula de reestructuración frecuentemente utilizada en el marco de las sociedades de capital, donde la concentración económica y el control del mercado tienen que estar vigilados, constantemente, por la Administración pública, básicamente, por el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia, para proteger las normas del mercado y evitar que la competencia desaparezca o quede mermada en detrimento de los intereses de los consumidores. En el mundo cooperativo, en cambio, la fusión no tiene una utilidad tan acusada como en las sociedades de capital¹⁸, pese al interés del

¹⁵ Vid. esta definición en GIRÓN, *Derecho de Sociedades, I*, 1976, p. 359.

¹⁶ En contra, RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, en *De la fusión*, art. 63 de Cooperativas. *Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio. I. Comentarios*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2002, p. 366, citando también a Beltrán.

¹⁷ Por todos, URÍA/MENÉNDEZ/IGLESIAS, en *opus cit.* *Curso de Derecho Mercantil I*, p. 1251

¹⁸ DUQUE/RUIZ, cita recogida de MORILLAS y FELIÚ, en *Curso de Cooperativas*, p. 579.

Ejecutivo en su potenciación¹⁹, y ello por diversos motivos: Por un lado, el rendimiento económico de las cooperativas no está en proporción directa con la concentración e inversión en capital, sino con el incremento de la actividad cooperativizada de sus socios. Por otro lado, la propia naturaleza de las cooperativas, como sociedades de capital variable y de libre adhesión, hace que la vía de incorporación de más capital, patrimonio y socios y la mayor presencia en el mercado, se realiza de forma casi natural y paulatina, pues es una sociedad abierta. Y, finalmente, por hecho de que el efecto perseguido con la fusión puede conseguirse, en gran medida, con otras soluciones jurídicas que ofrece su normativa, como es el fenómeno de la integración cooperativa: las cooperativas de segundo grado, los grupos de cooperativas y los acuerdos intercooperativos (arts. 77 a 79 LC); y, aunque en menor medida, el asociacionismo cooperativo, con las uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas (Título III LC, arts. 117 a 120).

En la Ley estatal de cooperativas la fusión se ha convertido en la fórmula de reestructuración empresarial tipo, aunque con necesarias adaptaciones para el resto de modificaciones estructurales. De hecho, para los procesos de escisión y transformación (arts. 68.5 y 69.2 LC) se hace una remisión expresa al régimen previsto para la fusión (arts. 63 a 67).

Finalmente, señalar que la fusión ha sido objeto de regulación comunitaria en la Tercera Directiva Comunitaria, que aunque dispone expresamente la posibilidad de que los Estados miembros no apliquen estas disposiciones para las fusiones de cooperativas, el efecto mimético y la influencia de esta regulación comunitaria en el ámbito de las sociedades mercantiles determina que se hayan incorporado algunas disposiciones provenientes de esta Directiva en el régimen jurídico de las cooperativas (Art. 1.2, Tercera Directiva del Consejo 78/855/CEE).

3.2. Clases de fusión

Como es conocido, la clasificación de las fusiones no es un tema pacífico en la doctrina. Nosotros partiremos por la clasificación en función de la tipología societaria de los sujetos intervinientes, con lo que cabría distinguir entre fusiones *heterogéneas* o especiales (art. 67

¹⁹ Orden de 28 de octubre de 1998 por la que se establecen ayudas para la fusión o integración de cooperativas del campo y sociedades agrarias de transformación.

LC), entre distintos tipos de sociedades o con creación de un tipo social distinto a cualquiera de las que se fusionan, y fusiones homogéneas, donde se fusionan sociedades de igual tipo²⁰. Igualmente distinguimos, dependiendo del resultado del proceso, entre fusiones *puras* o *propias*²¹, donde se disuelven todas las sociedades que participan en la fusión, y fusiones *por absorción*, donde una de las sociedades que participan en la fusión no se disuelve y es la que acapara el capital y socios de las demás sociedades fusionadas. El art. 63.1 LC regula dos clases de fusión: la fusión por creación y la fusión por absorción, pudiendo sostenerse, sobre la base del artículo 67 LC, la distinción entre fusiones heterogéneas y homogéneas.

Una primera duda que surge de la regulación de la fusión se plantea en torno al momento impeditivo en que puede realizarse ésta, que la Ley lo fija en el del «reembolso de las aportaciones al capital social» (art. 63.2 LC), cuando se trate de una sociedad en liquidación. No obstante, un sector de la doctrina²² considera que el momento impeditivo sería el de la aprobación del balance final, puesto que es ahí cuando nace un derecho subjetivo para el socio, del que no puede disponerse sin su consentimiento²³. Este es un planteamiento genérico de toda la regulación del Derecho de sociedades, pero que en el ámbito de las cooperativas tiene un interés particular. En efecto, se habla del reembolso de las aportaciones al capital, pero no se señala nada en torno a otras devoluciones a los que tiene derecho el cooperativista en el proceso de liquidación, como los fondos de reserva voluntarios (art. 75.2.c LC), con lo que el legislador parece partir de un error conceptual: con este planteamiento estima que el capital social es el instrumento básico para que la sociedad desarrolle su actividad empresarial²⁴. Sin embargo, en las cooperativas, el capital no tiene esta relevancia, de hecho se definen como sociedades de capital variable, y las aportaciones al capital tienen consideración instrumental para el desarrollo de la actividad. El ejercicio de los derechos políticos del socio cooperativista está en función de un criterio de gestión democrática, al margen de su participación en el capital, y los demás derechos, básicamente los económicos, se ejercen en función del desarrollo de la actividad cooperativizada por parte del socio. Por tanto,

²⁰ El utilizado por MORILLAS y FELIÚ, en su Curso..., p. 465 y 466.

²¹ Fusión «con creación de nueva sociedad», en palabras de GIRÓN, o simplemente fusión, «por creación», según RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, o «por constitución de una nueva sociedad», que señala la Tercera Directiva Comunitaria.

²² SEQUEIRA, Fusión, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo VII, SÁNCHEZ CALERO, Edersa, 1993, pág 327.

²³ En este sentido, RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, *opus cit.*, p. 362

²⁴ Vid. RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, *opus cit.*, p. 363.

parece que el momento decisivo debe situarse en el de la aprobación del balance final, del que nacen todos los derechos de crédito del socio con respecto al haber social.

3.3. Procedimiento de fusión

A) PROYECTO DE FUSIÓN

La mención que hace el artículo 63.4 LC cuando determina que es el Consejo Rector el órgano competente para la redacción del proyecto de fusión, hay que entenderla referida también al Administrador Único en aquellas cooperativas cuya estructura del órgano de representación no sea la colegial (art. 32.1, prf. 2.º LC).

En el régimen de las cooperativas no se exige, como en las sociedades de capital, la firma por todos los componentes del órgano de administración del proyecto de fusión cuando su composición es plural (art. 234.1 LSA y, por remisión, art. 94.1 LSRLs), bastará con la firma de quien tenga la representación del Consejo.

Señala el apartado 4 del art. 63 LC el contenido del proyecto de fusión, indicando, además de su identificación registral, el sistema para fijar la cuantía que se reconoce a cada socio de las cooperativas que se extingan como aportación al capital de la cooperativa nueva o absorbente, computando, cuando existan, las reservas voluntarias de carácter repartible. En el ámbito cooperativo, no existe la relación ni el procedimiento de canje de las acciones o participaciones en el capital de los antiguos socios de las sociedades extinguidas a la nueva [art. 235.b) y c) LSA], y ello porque, como se ha señalado, la aportación no es medida de los derechos del socio cooperativista²⁵. Cuando la fusión es entre cooperativas para formar otra cooperativa o ser absorbidos por una de ellas, todos los socios cooperativistas tienen que haber hecho la aportación mínima que se fije al capital de la absorbente o de la de nueva creación, y lo que resulte de la fusión por la integración de los patrimonios que supere esa aportación mínima se considerará aportación voluntaria al capital. Caso de que la aportación al capital resulte ser superior a la valoración de las aportaciones que le corresponda al socio en la liquidación de la sociedad a extinguir, éste tendrá que completar la diferencia con una aportación económica directa.

En relación a los derechos y obligaciones que se reconocerán a los socios de la cooperativa extinguida en la nueva o en la absorbente (art. 63.4 LC), señalar que todos los socios de la misma clase tienen

²⁵ RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, *opus cit.*, p. 370.

que tener los mismos derechos, por lo que en los proyectos de fusión no podrá haber diferencias entre los socios de todas las cooperativas incluidas en el proceso de fusión.

También señala el art. 63.4.e) LC los derechos que corresponden a los titulares de participaciones especiales (art. 53 LC), títulos participativos u otros asimilables que se extinguen en la cooperativa nueva o absorbente. Se trata de titulares de derechos de crédito, considerables como terceros, al margen de su condición de socios. En estos casos, este socio, inversor de participaciones especiales, tiene que saber cómo queda su derecho de crédito respecto a la nueva sociedad o a la absorbente tras la fusión. La Ley de Cooperativas no reconoce a éstos el derecho de oposición a la fusión, con lo que se les está dejando en peor situación con respecto a los acreedores sin vinculación con la sociedad a extinguir. Esta situación, en las sociedades anónimas, sería equiparable a la situación de los obligacionistas, a quienes sí se les concede el derecho de oposición (243.3 LSA). La Ley de Cooperativas no recoge este supuesto, deja a criterio de la votación que resulte del proyecto de fusión el estado de esos derechos de crédito, lo cual puede ir contra el principio del derecho de obligaciones (arts. 1.256, en relación con el 1.091 y 1.101 Cc) de interpretación y cumplimiento estricto de lo pactado²⁶.

El derecho de información (art. 63.7 LC), en el ámbito de las cooperativas se limita al socio, excluyendo de este derecho a los obligacionistas, acreedores, representantes de los trabajadores y titulares de cualquier derecho distinto de la aportación al capital, al contrario de lo previsto para las sociedades de capital (art. 238 LSA), con lo cual la dificultad para el ejercicio del derecho de oposición es mayor y se reduce prácticamente a la atención que presten los afectados a los anuncios de convocatoria de asamblea, si el acuerdo no adopta en una universal, y a las publicaciones del acuerdo una vez adoptado²⁷. No obstante, la legislación sobre emisión de obligaciones (Ley 211/1964) en relación con la LSA y el Estatuto de los Trabajadores completan la regulación en torno al proceso de fusión en lo que se refiere al derecho de información previa del proyecto. El sindicato de obligacionistas, por medio de su Comisario (art. 10, Ley 211/1964, en relación con el 303 LSA), puede solicitar la información por lo que le afecte, y el Comité de Empresa emitirá informe cuando la fusión afecte al volumen de empleo de la sociedad a extinguir (art. 64.1.5.º ET). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurriría si se obviara el de-

²⁶ En contra, RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, *opus cit.*, p. 379 y 380.

²⁷ En este sentido, SEQUEIRA, *opus cit.*, p. 172, en el ámbito de las sociedades anónimas y limitado sólo a los terceros.

recho de información previa a los socios, que implicaría la nulidad del proceso, si a quien no se ofrece la información es al colectivo de trabajadores, ello no supondría causa de nulidad del proceso de fusión.

Por otro lado, en la Ley de Cooperativas no se exige que se haga constar en la convocatoria el derecho al examen o envío gratuito de la información al socio, con lo que hay que entender que tal remisión, si se concediera en virtud de lo dispuesto en el art. 16.3 LC, correría a costa del solicitante²⁸. Estos derechos sí aparecen regulados en el ámbito de las sociedades de capital (art. 240.2 LSA), por lo que parece de mayor amplitud el derecho de información previo del socio de una sociedad capitalista que el de una cooperativa.

Respecto al balance de fusión, señalar la diversidad de plazos previstos en la legislación cooperativa. Así la Ley de Cooperativas, al igual que la Ley de Sociedades Anónimas y la mayoría de normas autonómicas, exige que ese balance, si es el anual aprobado anteriormente, no puede haber transcurrido seis meses hasta la celebración de la Asamblea. En cambio, la LCM dispone de un plazo de cuatro meses y la LSCA o la LCA lo fijan en ocho meses.

En cuanto a la legitimación para la adopción del acuerdo, el art. 64 LC lo encomienda a cada una de las Asambleas Generales de las cooperativas participantes en la fusión. Se ha planteado la posibilidad de que este acuerdo sea tomado por la dirección del grupo de cooperativas mediante la delegación de facultades por parte de las Asambleas Generales de cada una de sus componentes, recogida como posibilidad en el art. 21.3 LC, pero no nos parece que esta competencia sea de las delegables.

La posibilidad de alteración del proyecto de fusión en la Asamblea es un tema controvertido para la doctrina. En legislaciones autonómicas como la extremeña, la andaluza, la madrileña o la gallega²⁹ se señala expresamente la necesidad de que la aprobación del acuerdo de fusión se haga conforme diseña el proyecto, sin posibilidad de alteración, habiéndose pronunciado en este sentido un sector de la doctrina también en el ámbito de las sociedades anónimas³⁰. En cambio con la redacción dada por la Ley de Cooperativas cabría la interpretación contraria, como señala otro sector doctrinal, para el cual el artículo 64.3 LC hace posible cualquier modificación del proyecto en la Asamblea General, pero en ese caso, cada vez que alguna cooperativa apruebe cualquier modificación del proyecto, tendría que reini-

²⁸ Vid. RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, *opus cit.*, p. 383.

²⁹ Arts. 85.1.b LCEX, 106.1 LCSA; 73.3 LCCM; 78.1.b LCG, respectivamente.

³⁰ SEQUEIRA MARTÍN, Fusión. Comentarios..., p. 217.

ciarse el proceso para todas las demás cooperativas, que habrán de volver a aprobar el nuevo proyecto, y así hasta el límite que señala el art. 63.6 LC de seis meses para que se apruebe el proyecto por todas las sociedades implicadas³¹. No obstante, entendemos que el diseño de la fusión se realiza de consuno entre todas las sociedades partícipes, de tal manera que cuando se presenta el proyecto de fusión, éste es el único que puede ser objeto de aprobación o rechazo. El planteamiento de la fusión entre sociedades no se hace en abstracto, sino con base a un proyecto concreto, una idea prefijada, valorada, sopesada y admitida por los órganos de gobierno de las sociedades a fusionarse, por lo que no parece admisible la posibilidad de que cualquiera de las sociedades intervinientes, unilateralmente, alterara el proyecto de la fusión programada. Una alteración del proyecto no implicaría un replanteamiento de la fusión, sino la construcción de un nuevo proyecto a consensuar con los órganos de administración, una fusión distinta y diferenciada de la no aprobada. Así lo ha entendido el legislador autonómico y así debería haberlo recogido el legislador estatal.

B) EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO DISCONFORME

Recogido en el artículo 65 LC, se configura como el derecho que le corresponde a cualquier socio de las sociedades afectadas por fusión³² que se muestre disconforme con ésta, sin que sea necesario que la oposición se manifieste en la Asamblea General en la que se adopte el acuerdo. Los asistentes a esa Asamblea que hayan votado en contra del acuerdo o se hayan abstenido, y así conste en Acta, y aquellos otros socios que habiendo asistido se les ha impedido votar, tendrán el derecho a solicitar del Órgano de Administración su intención de separarse de la cooperativa. No obstante, el mismo derecho tendrán los socios que no hayan asistido ni se hayan hecho representar en la Asamblea, y que en el común plazo de cuarenta días comuniquen a los Administradores su intención de separarse de la sociedad.

El derecho de separación, en el ámbito de las sociedades cooperativas, presenta unas peculiaridades que lo distingue del régimen de las sociedades de capital. En las cooperativas, al tratarse de sociedades de puertas abiertas y de capital variable, donde la entrada y salida de socios es una nota distintiva, el derecho de separación no pue-

³¹ RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, *Fusión...*, p. 402.

³² No sólo a los de las sociedades que se extinguían, como señalaba el antiguo art. 99.1 LGC de 1987.

de entenderse sino como el derecho de baja voluntaria (art. 17, en relación con el 51 LC) justificada por previsión legal³³.

Se afirma la existencia de un derecho de separación del socio disidente a la fusión que se ejercitará «según lo previsto en esta Ley» —art. 65.1 LC—, no previéndose, no obstante, nada respecto a este derecho de separación en dicha ley que, sin embargo, sí contempla la baja voluntaria justificada, que será, en definitiva, el derecho de garantía que señala la norma para preservar los intereses de los socios disconformes con la reestructuración de la empresa.

C) EL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

Es el derecho garante de los intereses de los acreedores de la cooperativa partícipe en una fusión, pero lo ejercitará aquel acreedor que suela leer todos los periódicos de mayor tirada en la provincia de la sociedad que se fusiona, porque sólo se enterará del acuerdo de fusión si está al tanto de esta publicación³⁴. A este respecto, hay que señalar que, como en el ámbito del Derecho societario, no se ha regulado en la Ley de Cooperativas el procedimiento de oposición del acreedor.

Salvo en el caso de que con la fusión se constituya una nueva sociedad el derecho de oposición no debe tener una especial relevancia. En efecto, con la fusión se produce una transmisión universal de patrimonio entre sociedades, con lo que sus créditos pendientes serán asumidos por la nueva sociedad o por la absorbente, y lo más probable es que la garantía de cobro se acreciente con una sociedad patrimonialmente más fuerte. No obstante, si se produce un incremento de las deudas de la nueva sociedad o de la absorbente por la sucesión del patrimonio de las otras sociedades absorbidas, los acreedores afectados podrán oponerse.

La Ley contempla la fusión únicamente sin opositores, no siendo posible la continuación del proceso de fusión con oposición manifestada por los acreedores sociales. En este sentido, para otorgar la escritura de fusión debe certificarse la inexistencia de oposiciones a la fusión, o la satisfacción de los créditos de quienes se opusieron, o la identificación de la garantía ofrecida (art. 66, prf. 2.º LC).

³³ En este sentido, RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, *opus cit.*, p. 420, aunque, tras la fundamentación de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1998, toda baja fuera del tiempo de permanencia mínimo que se haya establecido en los Estatutos se considerará como justificada.

³⁴ En la LC no se prevé ninguna comunicación previa o posterior a la adopción del acuerdo, sino que se otorga un plazo de dos meses para que se entere, por sus medios o por lectura de los acuerdos publicados.

En el régimen de las sociedades anónimas (art. 167 LSA), el derecho de oposición del acreedor es un derecho que puede ser enervado con la prestación de fianza solidaria por una Entidad de crédito. En cambio, en la Ley de Cooperativas hay una indefinición de lo que se entienda como garantía suficiente. No se determina ningún medio de garantía del crédito del opositor³⁵. Es más, parece desprenderse del tenor del art. 66 LC que la determinación de esa garantía como suficiente queda al arbitrio y criterio de la sociedad deudora. Es ésta quien manifiesta en la escritura que han sido garantizados los créditos. Pero ¿y si el acreedor entiende la garantía como insuficiente? Cuando manifiesten los otorgantes la garantía prestada, ¿podrá el Notario calificar la suficiencia de dichas garantías? Finalmente el conflicto se resolverá vía judicial, pero mientras prevalecerá el criterio del deudor. Debería expresarse en el precepto lo que ha de entenderse como garantía suficiente para enervar el derecho de oposición del acreedor, evitando cualquier tipo de abuso, tanto del deudor que presente una garantía insuficiente, como del acreedor, quien podrá interponer una acción judicial que pueda llevar, quizá, a la suspensión del acto como medida cautelar.

D) FUSIÓN ESPECIAL

La fusión especial o heterogénea es una modalidad introducida en la Ley de Cooperativas bajo el ejemplo de la Ley Vasca³⁶ y la de Sociedades Limitadas (art. 94 LSRL). En este tema encontramos, además de los planteamientos legales, otros de naturaleza ideológica que han sido recogidos en algunas legislaciones autonómicas. En efecto, la fusión de una sociedad cooperativa con otra sociedad que parte de principios estructurales y conceptuales distintos puede plantear el conflicto de la validez de la causa del contrato de sociedad cooperativo. Es más, la fusión entre cooperativas —sociedades con igual causa y estructura— dependiendo de su marco legal autonómico, puede verse limitada por la compatibilidad de sus objetos sociales³⁷.

El párrafo 1.º del art. 67 LC introduce, por primera vez en el régimen estatal, la posibilidad de fusión de la cooperativa con cualquier tipo de sociedad, «siempre que no exista una norma legal que lo prohíba». El problema no es que una norma prohíba esta posibilidad, sino que no la contemple utilizando una redacción de enumeración

³⁵ Vid. RIVERO, *opus cit.*, p. 426.

³⁶ Art. 83, Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi.

³⁷ Art. 103.1 LSCA, 83, LCR, 64.1 LCA.

de supuestos en que sí se autorice la fusión, *v.gr.*, una sociedad anónima con una cooperativa que la absorba, o con cualquier otra sociedad que suponga la creación de una nueva cooperativa. En efecto, el art. 223 LSA enumera las tipologías que admiten transformación de una SA y no incluye a las cooperativas. Pero en este punto, la doctrina tiende, mayoritariamente, a considerar la viabilidad de este tipo de fusión con base a lo preceptuado en el art. 87.3 LSRL, el 67 LC e, incluso, el 233 LSA —«*la fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima...*»³⁸.

Por otro lado, señala el art. 67 LC que «si la entidad resultante de la fusión no fuera una sociedad cooperativa, la liquidación de sus aportaciones al socio que ejercite el derecho de separación deberá tener lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que haga uso del mismo. *Hasta que no se hayan pagado esas liquidaciones, no podrá formalizarse la fusión*». Pues bien, un problema que se plantea con este precepto es la fijación del precio de la liquidación de la aportación y, por tanto, el cuándo se considera pagada la liquidación a efectos de continuar el proceso de fusión.

La cuantificación de la liquidación de la aportación del socio disidente que decide separarse (baja voluntaria justificada) de la sociedad es un proceso regulado en el art. 51 LC y en los propios Estatutos de cada sociedad. Ese proceso conlleva unos plazos —que el art. 67 limita a un mes— la posibilidad de impugnación de la cuantificación en el seno de la propia cooperativa y puede, en definitiva, plantearse un litigio judicial en torno a este tema.

Como se ha señalado, la liquidación previa y su pago al socio que se da de baja es impeditiva de la formalización de la fusión³⁹. En este sentido, entre la fijación de la cuantía para la liquidación de la aportación al socio disidente, la posibilidad de impugnación ante el Comité de Recursos o ante la Asamblea General y el posterior recurso judicial, hasta sentencia firme, podríamos estar hablando del transcurso de varios años para la determinación y ejecución de la liquidación que se acordara. Parece razonable que el proceso de fusión no tenga que estar condicionado, en su ejecución, a la resolución judicial, y por sentencia firme, de un desacuerdo valorativo entre la cooperativa y un socio disidente de la fusión.

³⁸ *Vid.* en sentido contrario, SEQUEIRA, con base a lo previsto en el art. 235.1 LSA, entiende que sólo las sociedades inscritas en el Registro Mercantil pueden fusionarse con una SA. Y las cooperativas, salvo las de crédito y de seguros, no se inscriben en este Registro público, con lo que concluye negando la posibilidad de fusión. En «Fusión...», p. 134 y 135. Esta opinión es anterior a la publicación de la LSRL y de la LC, con lo que tal criterio podría haber variado.

³⁹ RIVERO, *opus cit.*, p. 450.

Por otro lado, también hay que considerar el plazo establecido por el art. 63.6 LC de seis meses para la aprobación por todas las sociedades implicadas del proyecto de fusión. Es cierto que para la ejecución del proceso de fusión no se ha señalado ningún plazo perentorio, pero los seis meses vienen a señalar un acotamiento —quizá en su fase más compleja— del tiempo del proceso, y no se puede mantener una situación de inexecución durante un período de tiempo indefinido. No obstante, entender que el pago se verificará con la fijación del Consejo del importe de la liquidación y su entrega o puesta a disposición del socio disidente en el plazo de un mes que señala el art. 67 LC, podría llevarnos a una situación de claro abuso de derecho. Cuando la sociedad quiera fusionarse y pretenda una despatrimonialización reducida por separaciones de socios disidentes, le bastaría con infravalorar las liquidaciones y fusionarse, al margen de las impugnaciones y recursos de los disidentes. En caso de que finalmente los Tribunales le concedieran la razón al socio disidente, con el transcurso del tiempo y en ese estadio, ya sería responsabilidad de la nueva sociedad creada o de la absorbente el pago de la liquidación, cuando lo previsto legalmente es que dicho pago, cuando se trate de una fusión heterogénea, sea asumido por la sociedad a extinguir.

Finalmente, señalar que la apertura de supuestos en los que se admite la transformación de una sociedad cooperativa en otro tipo de sociedad doctrinalmente se justificaba por el hecho de que otras tipologías sociales distintas de las cooperativas puedan perseguir los mismos fines que éstas. El que los fondos irrepantibles, cuando se trate de una fusión heterogénea, se destinen a la entidad federativa donde se encuadre la cooperativa, y no cuando la fusión es entre cooperativas, puede suponer una injustificable despatrimonialización de la nueva sociedad o de la absorbente cuando los fines perseguidos por la sociedad sean los mismos que los que tenía la cooperativa absorbida que se ve privada de dichos fondos⁴⁰.

4. LA ESCISIÓN

4.1. Concepto, clases y alcance

La escisión implica el nacimiento de una o varias sociedades por vía de división de una sociedad ya existente, que técnicamente puede adoptar tres modalidades: Por un lado, la disgregación de una socie-

⁴⁰ En este sentido, ALFONSO SÁNCHEZ, en «Ámbito subjetivo de la transformación...», *RdS* n.º 8, 1997, p. 191.

dad en varias, con desaparición total de la primera y siendo nuevas estas otras en las que se divide; de otro, fusión-escisión, cuando con la escisión se produce la absorción de los sectores de la sociedad extinguida y que desaparece en sociedades ya existentes; finalmente, la segregación de uno o varios sectores patrimoniales de una sociedad, con permanencia de ésta y constitución de una o varias sociedades nuevas o integración de aquellos sectores en sociedades existentes⁴¹.

Esta modalidad de reestructuración empresarial, en ámbito cooperativo, no tiene gran aplicación práctica, puesto que su propia naturaleza de sociedades de puertas abiertas y capital variable hace que las disgregaciones, segregaciones o absorciones de unidades productivas en otras empresas se produzcan normalmente por medio de la baja voluntaria de socios, incluso de colectivos de socios, para formar parte de otra sociedad cooperativa o, en la mayoría de las veces, constituir una nueva concurrencial con aquella de la que se han dado de baja.

Como forma de reestructuración, su objeto sería la adecuación del volumen de la empresa a la racionalización de sus actividades⁴², pero en muchos casos lo que se pretende es una fórmula para que parte del patrimonio y de los socios puedan alcanzar mayores éxitos en el mercado, aunque sea incorporándose a otra sociedad preexistente o creando, en solitario o junto con otras escisiones o sociedades íntegras, otras nuevas.

Al igual que la fusión, la escisión ha sido regulada por Directiva europea, por la Sexta (82/891/CEE), aunque referida exclusivamente al ámbito de las sociedades anónimas⁴³.

4.2. Procedimiento

La regulación que hace el art. 68 LC de la escisión, además de escueta, introduce una serie de dudas graves en torno a su aplicabilidad práctica, así como cuestiones de planteamiento y concepción jurídica. El precepto, tras distinguir los distintos tipos de escisiones, seña-

⁴¹ En este sentido, *vid.* por todos, GIRÓN, en *Derecho de Sociedades*, I, 1976, p. 368.

⁴² MARTÍNEZ SANCHIZ, en De la Escisión, artículo 68, en *Cooperativas, comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio, I, Comentarios*, AAVV Colegios Notariales de España, Madrid, 2002, p. 478.

⁴³ El art. 1.4 de la Sexta Directiva admite la posibilidad de no aplicación de este régimen jurídico en aquellos Estados y para aquellas sociedades cooperativas que tengan forma de anónima, que no es el caso de España. Así lo destaca VICENTE SANTOS en La escisión de sociedades en el Derecho Comunitario Europeo, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*. Estudios en Homenaje a José Girón Tena, Edt. Civitas, Madrid, 1991, p. 998 y 999.

la que el proceso comienza con un informe motivado sobre la necesidad y conveniencia de la escisión total o parcial a nuevas sociedades o preexistentes; se hace una referencia a la aplicabilidad del proceso y de los derechos que se contemplan para los socios y acreedores en la fusión, en lo que fuera de aplicación; conteniéndose, además, un régimen de responsabilidad patrimonial por la escisión que se realice distinguiendo si la sociedad escindida se extingue o continúa con su personalidad jurídica.

En cuanto al informe, su finalidad es dar la información y argumentos económicos o jurídicos suficientes a los socios para la adopción del deseado acuerdo de escisión.

La aplicabilidad del proceso de fusión a los casos de escisión, como se ha señalado y comentaremos, no parece que sea una buena técnica legislativa en la medida en que habrá que ir acomodando a la naturaleza y objeto de la escisión un procedimiento pensado y destinado a otro tipo de reestructuración empresarial.

La responsabilidad que señala el precepto, más que un supuesto de obligación por culpa, debemos entender que es un sistema de garantía que la Ley instituye para el cumplimiento de obligaciones derivadas de la escisión por parte de la sociedad que permanece o de las sociedades beneficiarias de la incorporación del patrimonio de la extinguida sociedad⁴⁴. Pero el planteamiento legal en torno a esta responsabilidad patrimonial resulta realmente grave. Se afirma que del incumplimiento de obligaciones que se deriven de la incorporación de un patrimonio escindido de una sociedad que se extingue responderán, solidariamente, todas las sociedades que hayan asumido también patrimonio escindido de aquella.

Parece claro que el precepto se refiere a un supuesto en el que se produce una escisión múltiple y simultánea a varias sociedades preexistentes. El hecho de que se proceda a una escisión parcial del patrimonio de una cooperativa, y posteriormente, en otro momento distinto, se proceda a otro proceso de escisión donde se produzca la extinción de la misma, no significa que la beneficiaria de la primera escisión responda, como garante, de un hipotético incumplimiento de las sociedades beneficiarias de la segunda. Luego, cuando se plantee un tema de escisión total, bueno sería, por parte de las sociedades absorbentes, el realizar el proceso de forma escalonada, por caro y lento que pueda resultar, puesto que así evitarían convertirse en garantes de posibles incumplimientos de terceras sociedades que nada tienen que ver ni con la escindida, ni con cada una de ella como sociedades absorbentes.

⁴⁴ En este sentido, MARTÍNEZ SANCHIZ, *opus cit.*, p. 480.

De otro lado, cuando la escisión resulta parcial, del incumplimiento de la cooperativa beneficiaria de la escisión responderá, como garante, la propia sociedad escindida no extinguida. Esta circunstancia deja en una situación muy delicada a la sociedad que se desprende de una parte de su patrimonio y socios, puesto que le imputa el posible incumplimiento de un tercero: la beneficiaria de la escisión. Cuando llegue el momento de la votación del acuerdo, posiblemente la mayoría de votos se consiga de entre los socios que van a escindirse y van a incorporarse a una nueva sociedad preexistente. Los socios que se quedan en la sociedad escindida no disuelta se verán con la carga y obligación de tener que soportar, *ope legis*, una garantía por posible incumplimiento de un tercero —la sociedad beneficiaria de la escisión parcial—. En este caso, el acuerdo mayoritario adoptado fundamentalmente por los socios que se van de la cooperativa puede resultar abusivo, puesto que agravan la responsabilidad de la sociedad, perjudicando los intereses de los socios que se quedan, quienes pueden verse abocados a una nueva escisión —si se los aceptan en otras sociedades—, o a la disolución, con el riesgo de que los acreedores de la beneficiaria incumplidora exijan el mantenimiento de la garantía que les ofrece el artículo 68.4 LC hasta la prescripción o extinción de la obligación derivada de la escisión incumplida (art. 1.847 Cc) o, cuando menos, los cinco años que señala el artículo 15.3 LC de responsabilidad personal del socio que cause baja en la cooperativa por las deudas de la sociedad contraídas durante el tiempo en que perteneció a la misma.

Otra cuestión que se suscita de la literalidad del art. 68 LC es si en la escisión, el patrimonio y socios que se desgajan pueden incorporarse a una sociedad preexistente, o constituirse como una sociedad, que no sea cooperativa, o si cabría la posibilidad de que una sociedad no cooperativa escindiera parte de su patrimonio y socios en beneficio de una cooperativa o la constituyera. En principio, la única posibilidad que contempla el art. 68 LC es que la escisión sea sólo en beneficio de otras cooperativas o para crear una nueva cooperativa. En torno a este tema, nos encontramos con un planteamiento ideológico y jurídico similar al que se planteaba en el tema de la fusión o transformación de las sociedades anónimas con o en cooperativas. Parte de la doctrina piensa, con base en el propio art. 68 LC, que la escisión en las cooperativas sólo se permite cuando el destino final del patrimonio y socios es una cooperativa⁴⁵. Pero el planteamiento se reconvierte, siempre, a la cuestión ideológica de la concepción de la cooperativa como sociedad antagónica a la de capital. Pero si desde di-

⁴⁵ Por todos, MARTÍNEZ SANCHIZ, *opus cit.*, p. 481.

versas posturas, incluso por la denominada *jurisprudencia cautelar*⁴⁶ se abogaba, antes de la reforma de la LSRL, del RRM y de las distintas leyes autonómicas y la estatal de cooperativas, por la conveniencia y posibilidad de fusión y transformación de sociedades de capital en cooperativas⁴⁷, no se entiende por qué la escisión no tiene el mismo tratamiento y posibilidades de adaptación que la fusión y la transformación⁴⁸. Máxime cuando el cambio legislativo operado al respecto entre las sociedades cooperativas y las de capital se justifica, desde una concepción ideológica, en que los fines perseguidos con las cooperativas pueden realizarse por medio de otras tipologías sociales distintas, incluso teniendo estructuras capitalistas⁴⁹.

5. TRANSFORMACIÓN

5.1. Concepto y alcance

Se trata de un cambio de tipo de sociedad, con conservación de la existencia y de la identidad⁵⁰. Es una fórmula que el ordenamiento jurídico ofrece para evitar la disolución de una estructura societaria que no es adecuada y la constitución de la que se entienda más beneficiosa. Con esta operación se posibilita un ahorro de costes⁵¹ —los de una disolución y posterior constitución— y la preservación del fondo de comercio de la empresa que se readapta⁵². La transformación está presidida por dos principios básicos: el de continuidad de la personalidad jurídica y el mantenimiento de la participación de los socios en el capital social⁵³. Aunque el mantenimiento de la personalidad jurídica no significa que la sociedad sea igual —quedan afectadas tanto

⁴⁶ Así se les denomina a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como ha significado, entre otros, LARGO GIL, en *Modificaciones estructurales...*, *RdS* n.º 9, 1997, p. 152.

⁴⁷ RDGRN de 21 de febrero de 1951.

⁴⁸ En este sentido, LEÓN SANZ, *El acuerdo de Transformación de un Sociedad Anónima*, Monografía, *RdS*, n.º 16, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 47, señala que la transformación entre sociedades cooperativas y sociedades de capital significa también permitir procesos de reestructuración empresarial mediante fusiones o escisiones en los que intervengan estos tipos de sociedades.

⁴⁹ *Vid.* LEÓN SANZ, *opus cit.* Navarra, 2001, p. 45.

⁵⁰ Definición de GIRÓN, en *Derecho de Sociedades*, *opus cit.*, p. 352.

⁵¹ *Vid.* ALFONSO SÁNCHEZ, *Ámbito subjetivo de la transformación...*, en *RdS*, n.º 8, 1997, p. 182.

⁵² GIRÓN, *opus cit.* *Derecho...*, p. 353; en el mismo sentido, LEÓN SANZ, art. 87..., *opus cit.*, p. 852.

⁵³ Caracterización de la RDGRN de 14 de marzo de 1994.

las relaciones internas como externas—, sí se consigue una nueva sociedad en un proceso sin solución de continuidad⁵⁴.

Posiblemente se trate de la fórmula de reestructuración empresarial con más aplicabilidad en el ámbito de las cooperativas. La anterior Ley General de Cooperativas no regulaba la transformación. El fundamento de esta omisión es que en la transformación heterogénea el cambio de una cooperativa a un tipo societario de gestión capitalista desnaturalizaría la propia esencia de aquélla⁵⁵. No obstante, las tendencias de política legislativa se orientan hacia la generalización y ampliación de supuestos en los que cabe la transformación⁵⁶, siendo apreciable esta tendencia en el Derecho comparado, en especial en el Derecho alemán⁵⁷, no habiendo sido, sin embargo, regulada por el Derecho comunitario.

Se ha debatido ampliamente por la doctrina la posibilidad de que una cooperativa pudiera transformarse en una sociedad anónima y viceversa. La cuestión radica en el tenor del artículo 223 TRLSA, donde se enuncian, con carácter de *numerus clausus*, las posibilidades de transformación de las sociedades anónimas, declarando nula cualquier otra modificación de las no comprendidas en su apartado 1.º salvo «disposición legal en contrario»; y ello en relación con el silencio de la anterior Ley General de Cooperativas de 1987 respecto a la transformación en sociedad de capital⁵⁸. Actualmente, el artículo 69 LC prevé la posibilidad de transformar una cooperativa en cualquier otra clase de sociedad civil o mercantil, a través de un procedimien-

⁵⁴ GIRÓN, *opus cit.*, p. 354; en el mismo sentido, EIZAGUIRRE, *opus cit.*, 1997, p. 873; LEÓN SANZ, *opus cit.* Art. 87..., 1997, p. 856.

⁵⁵ En este sentido, aún hoy, con el actual régimen jurídico así lo defienden ROSEMBUJ, La transformación de la cooperativa en la nueva Ley de Sociedades de responsabilidad Limitada, *La Ley*, 1995-4, o ALFONSO SÁNCHEZ, Ámbito subjetivo de la transformación..., *RdS* n.º 8, 1997.

⁵⁶ GIRÓN, *opus cit.* p. 357; LEÓN SANZ, art. 87..., p. 854.

⁵⁷ La Ley alemana de reunificación del régimen jurídico de las modificaciones estructurales de 28 de octubre de 1994 —UnwBerg— regula, con carácter genérico y unívoco, las modificaciones estructurales de las sociedades. Norma traducida por BAENA en *RdS* n.º 6 y 7, 1996.

⁵⁸ La RDGRN de 21 de febrero de 1951 previó la conveniencia de la transformación de una cooperativa en una SA, lo que no ayudó a la fijación de un criterio unívoco. CHULIÁ proponía tomar un acuerdo doble, transformarla, primero en una SL y posteriormente transformar la SL en una Cooperativa (Modificaciones estructurales de sociedades tras la Nueva Ley de Sociedades Limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, AA.VV. Madrid, 1998, p. 903); BORJABAD, en *Manual de Derecho Cooperativo, General y Catalán*, Barcelona, 1993, p. 189, proponía la constitución de la sociedad deseada y la posterior disolución y liquidación de la cooperativa; ROSEMBUJ (*La Ley*, 1995-4) es contrario a la transformación de la cooperativa en una sociedad mercantil.

to, que es, por remisión, el de la fusión, siendo paralelas las garantías para con los socios y los terceros acreedores. Pero esta norma tiene que conjugarse con las propias del nuevo tipo societario en que pretende transformarse la cooperativa. Este precepto debe ser interpretado como el que autoriza la transformación de la sociedad anónima en cooperativa⁵⁹.

La transformación surge por una decisión libremente adoptada por los socios, sin embargo se pueden dar supuestos de transformación de la sociedad por imperativo legal, la denominada transformación obligatoria o no estrictamente voluntaria⁶⁰. Esta obligatoriedad viene matizadamente exigida en normas autonómicas como la vasca (art. 141.4 LCE) o la andaluza (art. 170.3 LSCA), donde se da opción, en caso de descalificación administrativa de la cooperativa, a la disolución o a la transformación, con lo que, sin ser obligatoria, se plantea como única posibilidad de no disolución. Esta posibilidad no se contempla en la norma estatal, que en el art. 116 sólo prevé, caso de descalificación, el supuesto de la disolución.

Existe un consenso, más o menos pacífico, en la doctrina en torno al concepto y alcance de la transformación. Se afirma que existe transformación cuando la modificación implica una mutación de la forma o del tipo societario⁶¹, puesto que ésta exige un cambio en la propia relación causal originaria del contrato de sociedad⁶² y, consecuentemente, de su régimen jurídico⁶³, excediendo la sola alteración estatutaria y que afecta a la organización resultante del negocio jurídico fundacional⁶⁴. El régimen jurídico de la transformación, como las otras fórmulas de reestructuración empresarial, se centra en la existencia de un procedimiento y de un sistema de garantías para terceros y para los propios socios. El procedimiento en las leyes autonómicas se remiten al previsto para la modificación de Estatutos, haciéndolo la estatal al procedimiento de la fusión, aunque adaptándolo. Las garantías de los terceros se concretan en el derecho de oposición en tan-

⁵⁹ En este sentido, LORA-TAMAYO, en art. 69, en *Cooperativas, Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*, T. I. *Comentarios*, AA.VV. Colegios Notariales de España, Madrid, 2001, p. 486

⁶⁰ Vid RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Transformación de sociedades cooperativas*, Homenaje a Sánchez Calero, AA.VV., Madrid, 2002, p. 4820.

⁶¹ URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA, *Transformación de sociedades*, en *Curso de Derecho Mercantil I*, URÍA/MENÉNDEZ, Cívitas 2001, p. 1237

⁶² SÁNCHEZ MOLINER, *Transformación de la Sociedad Anónima y de la Cooperativa*, en *R.G.D.* n.º 584, de 1 de mayo de 1993.

⁶³ Debe discriminarse el término transformación de las calificaciones administrativas como laborales de la sociedad de capital preexistente.

⁶⁴ LARGO GIL, *Las modificaciones estructurales de las sociedades según la DGRN*, *RdS*, n.º 9, p. 146.

to se les garantice el mantenimiento de la responsabilidad patrimonial de los créditos pendientes que tenían en la sociedad a transformar y las de los socios, en un sistema de información, publicidad y mayorías cualificadas para la adopción del acuerdo que garantice la libre, meditada y fuertemente respaldada decisión de la transformación de la sociedad, y, finalmente, también ha de arbitrarse un sistema de protección de sus intereses, que se concreta en la posibilidad de ejercicio del derecho de separación para el socio disidente.

5.2. Conversión: modificación estatutaria o estructural

La doctrina ha venido distinguiendo las denominadas mutaciones estatutarias de las estructurales⁶⁵. No obstante, analizado el proceso y efectos de la modificación estatutaria, tal y como se plantea en la actual Ley de Cooperativas, podemos llegar a la conclusión de que determinadas alteraciones, como la de cambio de domicilio con asignación de competencias a otra unidad registral⁶⁶, pueden resultar tan relevantes como las modificaciones que puedan derivar de cualquier otro tipo de cambio estructural. Probablemente la diferencia esencial entre modificaciones estructurales y estatutarias resida en la amplitud de la admisibilidad legal para la alteración de cualquier mención estatutaria, y la limitación, en cambio, de supuestos que legalmente se contemplan para las modificaciones estructurales⁶⁷. No obstante, en el ámbito de las sociedades cooperativas, concurren dos circunstancias características que determinan importantes diferencias en el tratamiento jurídico de las modificaciones estatutarias y las estructurales: de un lado, la dispersión competencial legislativa entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas, y de otro, la diferenciación de distintas clases de cooperativas, con un régimen jurídico propio y característico de cada una de ellas.

En las cooperativas, la modificación estatutaria de alteración del domicilio social fuera del ámbito de aplicación normativo de la Ley que la contempla significará la aplicación de un nuevo régimen jurídico autónomo o estatal, que puede suponer unos requisitos constitutivos, normas procedimentales, estructurales o de funcionamiento distintas a las previstas en la normativa de aplicación en el momento

⁶⁵ Por todos, en el ámbito de las cooperativas, MORILLAS JARILLO y FELIÚ REY, en *Curso...*, 2000, p. 455 y ss.

⁶⁶ En términos del Decreto 269/2001, Reglamento del Registro de Cooperativas Andaluz, art. 34.

⁶⁷ *Vid.* VICENT CHULIÁ, en *Transformación...*, 1994, p. 753 a 755

de la constitución. Así, llegado el caso, podrá exigirse no una mera alteración estatutaria del domicilio social, sino una nueva redacción sustancial de los Estatutos sociales, el procedimiento de baja en el Registro de Cooperativas donde se inscribió en el momento de su constitución, así como la nueva inscripción registral en el que corresponda al correspondiente ámbito legal de aplicación. Es posible, incluso, que una cooperativa no pueda proceder al cambio de domicilio y, consecuentemente, de legislación con la actual estructura y composición de los socios que la integran. Una cooperativa formada por tres socios puede resultar de imposible inscripción en un Registro de Cooperativas de determinado ámbito territorial por exigirse un mayor número de socios en su composición subjetiva, ya que no es uniforme, a nivel de legislación autonómica y estatal, el requisito del número mínimo de miembros que deben constituir y formar parte de una cooperativa⁶⁸.

Comoquiera que la cooperativa necesita el cumplimiento del requisito formal de la inscripción registral para adquirir personalidad jurídica, y un Registro de Cooperativas, cualquiera que sea su ámbito territorial, no puede tener inscritas cooperativas que no estén bajo ese ámbito de aplicación normativo, en el supuesto en que la cooperativa formada por tres socios quiera cambiar su domicilio a otra Comunidad Autónoma cuyo régimen jurídico exija un número mayor de éstos, las posibilidades de la modificación quedarían reducidas a dos: o bien la sociedad cooperativa se convierte en irregular, pues dejaría de estar inscrita en su Registro de constitución y no podría inscribirse en el nuevo Registro que le correspondería —lo cual nos parece un absurdo desde cualquier perspectiva—, o tiene que modificar, además de la mención estatutaria de su domicilio social, su composición subjetiva, incorporando nuevos socios hasta completar el número mínimo de los que exija su nueva norma de aplicación. Es decir, llegado el caso, se puede dar una alteración en la relación causal originaria del contrato. Tal cambio puede resultar lo suficientemente sustancial como para no calificarlo como de mera modificación de Estatutos, ya que afecta a la organización resultante del negocio jurídico fundacional, como ha venido sosteniendo la doctrina⁶⁹.

Si la transformación, como modificación estructural, es una técnica de ahorro procedimental en la reestructuración empresarial —evi-

⁶⁸ En la mayoría de normas autonómicas y en la estatal se exigen, para la constitución de cooperativas de primer grado, un número mínimo de tres socios. En cambio, en otras, como en la de Aragón, Navarra o Valencia, se exigen al menos cinco socios (art. 16.5 LCA, 20.1 LFCN, 8.3 LCCV), y la Gallega exige cuatro (art. 7 LCG).

⁶⁹ LARGO GIL, Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y el Notariado, *RdS* n.º 9, p. 146

tar la disolución y liquidación de una sociedad y constituir otra nueva—, el no calificar la modificación del domicilio fuera del ámbito de aplicación normativo originario como de transformación podría implicar tener que pasar por los trámites enunciados, con la pérdida de tiempo, dinero, esfuerzo y del crédito de la empresa⁷⁰, lo cual, además de indeseado, parece desproporcionado. A nivel reglamentario se ha regulado la colaboración entre Registros de Cooperativas⁷¹ o el proceso de transmisión de competencia a favor de otra unidad registral⁷², dándose una solución procedimental a la «modificación estatutaria» que determine la competencia a favor de otro Registro de Cooperativas, que se recoge en alguna legislación autonómica. Sin embargo, a nivel de legislación estatal, el Reglamento del Registro de Cooperativas lo que recoge para el cambio de inscripción a un Registro Autonómico es un planteamiento genérico, no ligado a modificaciones estatutarias. En efecto, el artículo 41.1 RD 136/2002 señala que «cuando el Registro deduzca que la competencia registral pudiera corresponder a otro Registro de Cooperativas, se dirigirá al que estime que es competente...». Esta deducción puede ser originada por una modificación de domicilio —que será lo más habitual—, o por cualquier otra circunstancia —v.gr., una recalificación jurídica por resolución judicial—. En cambio, cuando la nueva inscripción se pretenda en el Registro de Cooperativas proveniente de un Registro autonómico, aquí la norma (art. 41.2 RD 136/2002) sí parte del presupuesto de la modificación estatutaria—«modificación del ámbito de actividades»—. En cualquier caso, no se hace ninguna mención a la necesidad de cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa del ámbito territorial del nuevo Registro de destino, lo cual quizá deba sobrentenderse, aun cuando sería conveniente un expreso pronunciamiento legal en este sentido.

En una situación similar nos encontramos cuando contemplamos la modificación estatutaria del objeto social. La diversidad de clases de cooperativas en función de la actividad que se pretende hace que, además del régimen general aplicable a cualquier cooperativa del ámbito normativo que corresponda, a cada una de las cla-

⁷⁰ LEÓN SANZ enuncia el problema en su artículo Fusión, transformación..., *RdS* n.º 9, p. 43. Por otro lado, VICENT CHULIÁ en Mercado, principios cooperativos y reforma de la legislación cooperativa (estudio introductorio y de síntesis), *CIRIEC-España*, n.º 29, agosto de 1998, habla de transformar su Cooperativa autonómica en Cooperativa estatal.

⁷¹ Así lo conceptúa el artículo 41 del RD 136/2002, de 1 de febrero, Reglamento del Registro de Cooperativas.

⁷² En términos del Decreto 267/2001, de 11 de diciembre, Reglamento del Registro de Cooperativas Andaluzas.

ses le sea de aplicación una normativa específica y diferenciada del resto. Un cambio en la actividad cooperativa implica su reclasificación y la sociedad se verá regulada por una normativa específica distinta a la que se le aplicaba antes de la modificación. En este supuesto, con el cambio de actividad, se produce una alteración en la relación causal originaria del contrato inicial, que se previó como un acto constitutivo de una clase de cooperativa, con la intención de realizar una actividad concreta, regulada por una normativa específica, y que se ve transformada en otra clase de cooperativa, que realizará una nueva actividad y a la que se le aplicará unas nuevas normas, las específicas de la nueva clase de cooperativa. En definitiva, se producirá una modificación que afecta a los presupuestos constitutivos de la cooperativa y al régimen jurídico que le es de aplicación.

Como se ha señalado, en la transformación, como modificación estructural, se tiene un especial cuidado en la determinación del procedimiento y la fijación de un sistema de garantías para los afectados, esto es, socios y terceros. En los cambios que analizamos del domicilio o el del objeto social el procedimiento será el previsto, ahora también en el ámbito estatal, para la modificación estatutaria⁷³.

El sistema de garantías que se establece para estas modificaciones sería, en cuanto a los terceros, innecesario por inexistencia de cualquier variación, alteración o aumento de ningún tipo de riesgo en la satisfacción de sus créditos. En la totalidad de las leyes autonómicas y en la estatal la responsabilidad patrimonial societaria sigue siendo la misma: ilimitada para la sociedad —excepción hecha de las reservas inembargables— y limitada para el socio, con lo cual una modificación del domicilio social no supondría ninguna merma en sus derechos de crédito; y un cambio de objeto social, y por tanto la reclasificación de la cooperativa, no significa ninguna alteración del régimen de responsabilidad al estar comprendida la nueva clase de cooperativa en el marco del mismo régimen legal. Los terceros no sufren ningún incremento del riesgo para el cobro de sus créditos, por lo que no necesitan ningún tipo de protección —el derecho de oposición a la modificación propuesta.

En cuanto a la garantía a exigir para los socios, en la norma estatal y en las leyes autonómicas que lo regulan, la modificación que se señala de cambio de clase de cooperativa, se contempla como un caso singular de modificación de Estatutos. Este tipo de modificaciones

⁷³ A nivel de normativa estatal, el art. 11.3 LC, relativo al cambio de objeto o clase de cooperativa que lo considera modificación de Estatutos; así como el art. 41 del RD 136/2002, RRSC.

exige, de por sí, el cumplimiento de unos requisitos de información, publicidad y aprobación por una mayoría cualificada, extraordinarios a los de cualquier tipo de acuerdo ordinario (arts. 11.3, 21.2.c y 28.2 LC), lo que conlleva la garantía de estos derechos del socio. En la Ley estatal y en las normas autonómicas que lo prevén, en el cambio del objeto social se garantiza el derecho de separación para los socios disidentes que se hayan opuesto a la modificación o que, no habiendo asistido a la Asamblea donde se acordó, comuniquen al Consejo Rector su disconformidad⁷⁴. Sin embargo, en la modificación del domicilio fuera del ámbito territorial del Registro de inscripción originario, nos encontramos con la ausencia de una regulación del derecho de separación del socio.

En la legislación estatal se aprecia una serie de dificultades para la concepción del cambio de objeto o de domicilio que proponemos como de modificación estructural. De un lado, en la Ley de Cooperativas no se regula de forma específica y en bloque las modificaciones estatutarias⁷⁵, utilizando un modelo normativo «abierto»⁷⁶, sin contemplar, de forma específica, el cambio de objeto o de domicilio, con lo que sus requisitos, efectos o derechos de socios y terceros son difíciles de determinar y diferenciar de los que pueda corresponderle a cualquier otra modificación estatutaria.

En el artículo 77.5 LC se recoge la transformación de una cooperativa de segundo grado en otra de primer grado. El propio precepto utiliza el término «transformación» para referirse a esta alteración, y sus efectos serán, por un lado, el cambio en la aplicación de normativa específica originaria por otra —dejando de aplicarse el Capítulo IX de la Ley, esto es, las normas que la regulaban—, y por otro lado, tal y como señala el propio precepto, la posibilidad de ejercitar, los socios —y los socios de los socios—, disidentes, el derecho de separación como sistema de garantía de sus intereses, con lo que se cumplen los requisitos y objetivos previstos para las alteraciones estructurales.

El RD 84/1993, de 22 de enero, Reglamento de Cooperativas de Crédito, en su Capítulo IV, después de regular las escisiones y las fusiones, dedica el artículo 36 a lo que denomina «conversión» en otra

⁷⁴ Así lo recogen los arts. 11.3 LC, el 57.2 de la Ley de Cooperativas de Castilla y León y el 81.3 de la de La Rioja.

⁷⁵ En la anterior Ley General de Cooperativas se regulaba en el Capítulo IX la modificación de Estatutos, en cambio ahora se encuentra totalmente dispersa la regulación de las modificaciones estatutarias, incluso en otros cuerpos legislativos, como el RD 136/2002.

⁷⁶ Técnica legislativa calificada por MORILLAS y FELIÚ en Curso..., como modelo más apropiado, p. 458.

clase de cooperativas⁷⁷. Esta norma, como la Ley de Cooperativas de Crédito que desarrolla⁷⁸, no contempla el supuesto de la transformación, limitando las posibilidades de alteración del objeto social a las de servicios, trabajo asociado o agrarias. La conversión que admite el Reglamento exigirá, además de la autorización administrativa previa, un cambio sustancial en los Estatutos e implicará la aplicación de un nuevo régimen jurídico. Aquí no se contempla el derecho de separación del socio disidente porque es un derecho que, en lo que respecta a este tipo de cooperativas, legalmente no tiene el socio en las alteraciones estructurales que regula la norma (la fusión y la escisión), «salvo disposición estatutaria en contra» (art. 32 de la propia norma). Pero estatutariamente puede preverse este derecho de separación para la fusión, la escisión o la conversión de la cooperativa, con lo que en esta alteración podría darse el sistema de garantía de los intereses de los socios vía convencional.

Tanto si se considera que la modificación del objeto o la del domicilio pueden constituir una modalidad de transformación homogénea u otra especialidad que afecta al negocio jurídico fundacional, como si se considera que la conversión no constituye más que una modificación estatutaria, aunque con caracteres peculiares, en la legislación cooperativa estatal deberían contemplarse estas alteraciones y regularse sus efectos, en el modelo de regulación «abierto» que utiliza el legislador o agrupadamente, de forma específica.

5.3. Procedimiento

Sin realizar un análisis descriptivo del procedimiento de transformación, procedemos a señalar los aspectos de la Ley estatal de cooperativas que más dificultad interpretativa y de aplicación plantean. En el anterior régimen jurídico cooperativo cabía, conforme a la Disposición Adicional tercera de la Ley General Cooperativa de 1987, la transformación de determinados tipos societarios en determinadas clases de cooperativas. Pero no contemplaba la transformación de una cooperativa en cualquier otro tipo de sociedad. Hasta ese momento y para estos casos, la doctrina venía proponiendo la disolución de la cooperativa y posterior constitución del nuevo tipo social⁷⁹ o que

⁷⁷ SÁNCHEZ MOLINER contempla este supuesto de la conversión como una alteración totalmente distinta de la transformación, no siendo objeto de análisis en su artículo «Transformación de la Sociedad Anónima y de la Cooperativa», *RGD* n.º 584, mayo de 1993.

⁷⁸ Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito.

⁷⁹ SANZ JARQUE, en *Cooperación. Teoría General y Régimen de las Sociedades Cooperativas. El nuevo Derecho Cooperativo*, Comares, 1994, p. 592.

los cooperativistas constituyesen la sociedad que pretendan y luego disuelvan la cooperativa⁸⁰.

A) ADOPCIÓN DEL ACUERDO DE TRANSFORMACIÓN

El procedimiento para la adopción del acuerdo de transformación y el derecho de separación del socio disidente, en la Ley estatal de Cooperativas —y en la de Cooperativas de Aragón— se regula mediante la remisión expresa al previsto para la fusión. Sin embargo, la mayoría de normas autonómicas establecen como criterio de referencia, para la adopción del acuerdo, el régimen establecido por su respectiva Ley para la modificación de Estatutos⁸¹. También hay alguna norma autonómica, como la Catalana, que hace referencia a una mayoría cualificada sin hacer mención al régimen de la fusión o de la modificación de Estatutos⁸², a lo que debe añadirse la de Navarra, que ni siquiera contempla el supuesto de la transformación.

En cualquier caso hubiera sido preferible una regulación específica de la transformación en los propios textos normativos, sin remisiones a otras fórmulas de reestructuración. De hecho, la remisión de la transformación a lo dispuesto para la fusión —arts. 69, en relación con el 63.7.b— lleva a equívocos y a innecesarias tareas de «traducción», como ha señalado un relevante sector doctrinal⁸³, ya que no cabe una aplicación literal del precepto.

B) EL BALANCE DE TRANSFORMACIÓN

Igualmente existe una especial dificultad en la asimilación del balance de fusión con el de transformación. El de la fusión puede haber sido aprobado hasta con seis meses de antelación a la adopción del acuerdo, y puesto a disposición de los socios en el domicilio social desde el momento de la convocatoria hasta la fecha de celebra-

⁸⁰ BORJABAD, en *Manual de Derecho Cooperativo. General y Catalán*, J. M. BOSCH, editor, S.A., 1993, p. 188 y 189.

⁸¹ *Vgr.*, artículo 108.2.a LSCA; art. 75.b LCEX; art. 84.2.a LCG; art. 85.1 LCM; art. 85.1.b LCPV. En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, en *Transformación de sociedades cooperativas. Homenaje a SÁNCHEZ CALERO*, p. 4822, califica como de más atinadas a las leyes autonómicas que la estatal, en cuanto a la remisión de la transformación a las normas de la modificación de Estatutos por las autonómicas, que a las de la fusión por parte de la Ley estatal.

⁸² Art. 84.2 Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas Catalanas.

⁸³ RODRÍGUEZ ARTIGAS, *opus cit.*, p. 4823

ción de la Asamblea (art. 63.7.d.LC); en cambio, para las sociedades de capital el balance de transformación en, o de, una Sociedad Limitada (arts. 88.2 y 92.2 LSRL) o en, o de, una Sociedad Anónima (arts. 227 y 231.1 LSA), será el que se haya cerrado el día anterior al acuerdo, lo que, trasladado al ámbito cooperativo impediría la consideración del balance de fusión como apto para la transformación⁸⁴. En lo que se refiere a la transformación *de* una cooperativa en otro tipo social no existe mención alguna en la Ley de Cooperativas sobre el balance, aunque sí se contempla en el artículo 218 RRM, donde, al igual que la referencia que se hace en la Ley estatal de cooperativas en la transformación de una sociedad *en* cooperativa, el balance de transformación será el cerrado el día anterior a la adopción del acuerdo (art. 69.3 LC), con lo que para el caso de transformación de una cooperativa el balance no será tampoco el previsto para la fusión.

C) CONTENIDO DEL ACUERDO

En cuanto al contenido del acuerdo de transformación, en la Ley de Cooperativas no hay una referencia a la necesidad de dar cumplimiento, y hacerlo constar así en la escritura de transformación, de los requisitos para la constitución de la sociedad en que se pretenda transformar, tal y como se prevé en los arts. 227 y 231.1 LSA, y 92.1 y 93.1 LSRL. No obstante, en base a lo preceptuado en el art. 216 RRM, y al principio de legalidad que rige en el ámbito registral, tanto los Notarios autorizantes de la transformación como el Registrador correspondiente exigirán la constancia en el instrumento público de la concurrencia de los requisitos constitutivos del nuevo tipo de sociedad a inscribir.

Señala el art. 11. c) RRSC, para el caso de la fusión, que «para inscribir la nueva sociedad resultante será preceptivo que la escritura responda a los requisitos de los artículos 10 y 11 de la Ley de Cooperativas». El apartado e) del mismo artículo 11 hace mención, para la inscripción de la transformación *en* una sociedad cooperativa, al cumplimiento de los requisitos del art. 69 LC. Y en el artículo 69.3 LC sólo se prevé la inserción en la escritura de transformación *en* sociedad cooperativa de algunas menciones exigidas para la constitución. Pero no hay una sola referencia al cumplimiento de estos requisitos

⁸⁴ En este sentido, LORA-TAMAYO, *opus cit.*, p. 488; en contra, JARILLO y FELIÚ, en *Curso...*, p. 508 y 509, quienes entienden que tendrá consideración de «balance de transformación» el último balance anual aprobado.

cuando se trata de la transformación *de* una cooperativa en otro tipo social, entendiéndose la necesidad de constancia de cumplimiento de los requisitos y menciones de la escritura exigidas por la Ley que sea de aplicación, para la constitución de la sociedad en que quede transformada la cooperativa, y su posterior inscripción en el Registro correspondiente⁸⁵. Sólo existe la exigibilidad de constancia en la escritura de transformación de las menciones fijadas en el art. 10.1g), h) e i) LC, conforme dispone su artículo 69.3, esto es, la identificación de las personas que ocupan cargos orgánicos, la declaración de denominación social novedosa y los nuevos Estatutos, y la relación de socios que se integran y su participación en el capital. Sin embargo quedaría pendiente el tema de la verificación y la valoración de las aportaciones no dinerarias, aunque en este caso sería el del patrimonio social, que debe cubrir el valor del capital fijado, tal y como se exige en el art. 218 RRM, aun cuando la necesidad de cumplimiento de esta obligación es contemplada por la Ley de Cooperativas sólo para el caso de transformación de una sociedad cualquiera en cooperativa. Probablemente, desde un punto de vista de política legislativa, hubiera sido conveniente, en relación a la transformación en una sociedad cooperativa, el empleo de una fórmula abierta⁸⁶ como las que se utilizan en las legislaciones societarias capitalistas como el previsto en art. 227 LSA: «La transformación se hará constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro mercantil, y contendrá, en todo caso, las menciones exigidas por la Ley para la constitución de la sociedad cuya forma se adopte».

D) OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA

También se echa en falta que no se prevea el consentimiento expreso, para el otorgamiento de la escritura de transformación, por parte de quienes puedan resultar con un agravamiento de su responsabilidad patrimonial con la nueva fórmula societaria, tal y como se regula en el art. 89 LSRL. El art. 218 RRM contempla la necesidad de consentimiento expreso de quienes en la cooperativa tuvieran alguna responsabilidad personal, pero con el actual régimen jurídico⁸⁷ ningún socio cooperativista tiene responsabilidad patrimonial por deu-

⁸⁵ RDGRN de 14 de marzo de 1994, Fundamento de Derecho segundo.

⁸⁶ LORA-TAMAYO señala que esta fórmula de regulación reglamentaria introduce un elemento de inseguridad formal innecesario, *opus cit.*, p. 491.

⁸⁷ Art. 15.3 LC, aunque en la anterior LGC de 1987, art. 12.6, se preveía la posibilidad de responsabilidad del socio por las deudas sociales si así se establecía en los Estatutos. Ahora esa opción no la permite la norma.

das sociales⁸⁸, con lo que esta prestación de consentimiento está de más. En todo caso, sería al revés, en la escritura de transformación debería prestarse el consentimiento por parte de todos los socios cooperativistas que adquirieran algún tipo de responsabilidad en el nuevo tipo social que adopte la sociedad⁸⁹.

E) DERECHO DE SEPARACIÓN

El derecho de separación del socio disidente contemplado para la transformación (art. 69.2 LC) se ejercerá, por remisión expresa, conforme a lo dispuesto para este derecho en la fusión. También en este supuesto hay que realizar una labor de adaptación o traducción para la aplicación a la transformación de lo dispuesto para la fusión. Así, el artículo 65.1 LC preceptúa que el derecho de separación del socio que no haya votado a favor del acuerdo —disidentes e inasistentes a la Asamblea— se ejercerá «mediante escrito dirigido al Presidente del Consejo Rector, en el plazo de cuarenta días desde la publicación del anuncio del acuerdo». Pues bien, si se trata de una transformación heterogénea, de la cooperativa en otro tipo social que tenga la composición orgánica distinta a la que le corresponde a la cooperativa⁹⁰, entendemos que tal comunicación se hará al órgano de administración de la sociedad que resulte de la transformación. No obstante se suscita qué sucederá si la nueva sociedad nacida de la transformación no tiene una base corporativa de funcionamiento —*v.gr.* una sociedad colectiva donde no se haya asignado el uso de la firma social a ninguno de los socios (art. 129 Cc)—. Si la comunicación al órgano de dirección de la sociedad no tiene más sentido que el conocimiento por parte de ésta de la intención del socio disconforme a través de su órgano de representación, en el caso de una sociedad sin estructura corporativa definida la comunicación a cualquiera de los socios, que sí quieren formar parte de esa nueva sociedad, será suficiente (art. 129 Cc), sin necesidad de acuerdo asambleario para dar cumplimiento a ese derecho de separación, puesto que la sociedad no tiene facultades de resolución al respecto.

Por otro lado, el artículo 69.2 *in fine* LC adolece de una expresión un tanto confusa cuando afirma que «el acuerdo de transformación en algún tipo de entidad de cuyas deudas respondan personalmente

⁸⁸ Nos referimos a socios en el momento de adopción del acuerdo, no a quienes se hayan dado de baja voluntaria (art. 15.4 LC).

⁸⁹ En este sentido, LORA-TAMAYO, *opus cit.*, p. 493.

⁹⁰ LORA-TAMAYO, *opus cit.*, p. 498.

los socios, tan sólo surtirá efectos respecto de los que hayan votado a favor del acuerdo»⁹¹. Este precepto, no contemplado en las distintas legislaciones autonómicas, podría entenderse en el sentido de que en la transformación de una cooperativa en una sociedad personalista se exige, en la escritura, la relación de socios que hayan votado a favor del acuerdo, pues sólo a ellos afecta la transformación y sólo para ellos es válido. Pero ¿qué ocurre con los socios que, no votando a favor del acuerdo, sin embargo, no ejercitan el derecho de separación? ¿Cabría entender que estamos ante una rescisión parcial del contrato de sociedad para quienes no votaron a favor? No parece muy coherente esta interpretación puesto que, en el ámbito jurídico en que nos movemos, el del derecho privado, prima el concepto de negocio jurídico entendido como manifestación del principio de autonomía de la voluntad, y salvo disposición legal expresa, no puede contemplarse un efecto contrario al propio interés manifestado del particular⁹².

Por otro lado, podría entenderse que los socios que no votan expresamente a favor del acuerdo ni ejercitan el derecho de separación

⁹¹ MORILLAS y FELIÚ, en *Curso...*, p. 512 y 513, han hecho una doble interpretación del precepto, la primera sería la explícita del texto, con la concurrencia de un doble régimen de responsabilidad de los socios (a modo de la sociedad comanditaria por acciones): una responsabilidad limitada para aquellos socios que no votaron a favor de la transformación; otra responsabilidad ilimitada respecto de los socios que votaron a favor de la transformación. Así resultaría que los socios disconformes, no separados, se verán favorecidos por la decisión adoptada por el resto. En todo caso, suponemos, esta «limitación de responsabilidad» tendrá efectos internos, y no podrá perjudicar a los terceros que contratan con la entidad confiados en el nuevo régimen de responsabilidad (personal e ilimitada de los socios). La otra interpretación sería considerar un derecho de separación pasivo. Sin embargo, esta interpretación encuentra serias dificultades en su aplicación: por un lado, la Ley de Cooperativas contempla exclusivamente el derecho de separación «activo» (art. 65 LC); en segundo lugar, aunque la norma no excluyera tal derecho de separación, sería inviable su ejercicio al no establecer el artículo 69.2 LC un plazo al modo del artículo 225.2 TRLSA. En este mismo sentido, LORA-TAMAYO, *opus cit.*, p. 499. Sin embargo, a estas dificultades se le añade, respecto a la primera posible interpretación, que el régimen jurídico de las sociedades personalistas no deja margen de disponibilidad, ni siquiera interno, en cuanto a la limitación de responsabilidad para determinados socios. Esto es, si el tipo elegido para la transformación fuera el de una sociedad colectiva, la propia naturaleza de este tipo social exige que todos los socios —con la excepción de los que, en su caso, fueran industriales— respondan, subsidiariamente, de las deudas sociales de forma solidaria.

⁹² LORA-TAMAYO entiende, en cambio, que sí debe interpretarse en este sentido el precepto, y ello en base a una interpretación analógica, que el mismo autor reconoce como forzada, de lo dispuesto en el art. 17.5 LC, sobre la baja obligatoria del socio que pierda los requisitos exigidos para serlo según esta Ley o los Estatutos de la Cooperativa, *opus cit.*, p. 500.

seguirán siendo socios de la nueva sociedad, aunque sin afectarles el régimen de responsabilidad personal que pudiera exigirle su régimen jurídico. Tampoco parece muy viable esta interpretación, puesto que el marco legal que contempla a las sociedades personalistas no es modificable o alterable por voluntad de los sujetos contemplados por aquél, y mucho menos por una manifestación presunta —la omisión de votar a favor del acuerdo—. Podría sostenerse que esta interpretación sería viable con efectos puramente internos, pero tampoco parece una respuesta muy sólida, puesto que, por un lado, el artículo 69.2 *in fine* no distingue ese supuesto de responsabilidad frente a terceros y la que pueda establecerse a nivel interno entre los socios, y, por otro lado, la limitación de responsabilidad interna entre socios no está recogida, como efecto legal, en la regulación que se hace de las sociedades personalistas. En todo caso cabría este tipo de efecto cuando así se acordara internamente, pero como pacto reservado, al margen del régimen jurídico de este tipo de sociedad y sin posibilidad de ser oponible frente a la sociedad o terceros.

F) MANTENIMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN

En el marco de las cooperativas se plantean diversos problemas con el mantenimiento de la participación del socio. Uno de ellos es el referente a la participación que el cooperativista tiene como aportación al capital en la sociedad y su repercusión en el derecho de voto que le corresponda en ella. Todos los socios tienen que hacer una aportación al capital que es obligatoria e igual para todos, teniendo, por tanto, en la nueva sociedad una participación igual a la del resto de socios, con lo que sus votos, en la nueva sociedad, seguirían con el mismo valor cuantitativo. Sin embargo, cabe la posibilidad de que se hayan hecho aportaciones sociales de carácter voluntario. En ese caso, la transformación de la cooperativa implicaría una dispar participación de los socios en la nueva sociedad, con lo que el ejercicio de sus derechos económicos, políticos y derivados⁹³ sería distinto al que tenían.

Por otro lado, la transformación de una sociedad de carácter mercantil en cooperativa manteniendo la misma participación en el capital social puede resultar complejo. Hay que partir de que la cooperativa es una sociedad de gestión democrática, donde se ejercen, en principio, los derechos en base a un criterio de imputación por cabe-

⁹³ Clasificación de derechos del accionista conforme señaló BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1990, p. 237.

zas y en función de la actividad cooperativista que se realice⁹⁴. En la transformación de una sociedad de capital en cooperativa habría que fijar una aportación obligatoria mínima para que comprendiera la participación de todos los socios de la sociedad transformada, y el resto de inversión en el capital de los socios se incorporaría como aportación voluntaria. Pero el *status quo* que mantenía el socio en la sociedad con base a su inversión, lo pierde ejerciendo sus derechos como socio por su sola cualidad personal y la actividad cooperativizada que desarrolle.

6. CONCLUSIÓN

La conclusión básica que se pretende de este análisis es la toma de conciencia de la necesidad de unificación legislativa, no ya a nivel cooperativo —situación que se nos antoja de imposible retorno— sino a nivel de todo el espectro societario nacional en temas de modificación estructural, puesto que la casuística y la conflictividad no se agota ni se aísla en tipologías societarias estancas. De cualquier forma abogaríamos por una regulación adecuada para cada fórmula de reestructuración en concreto, sin remisiones inconvenientes a otras que habrá que adaptar, y por una concepción empresarial de la decisión de modificación estructural para las cooperativas que las sitúe en pie de igualdad con otras estructuras societarias, puesto que lo que se persigue es el aseguramiento y continuidad de la empresa.

De cualquier forma, bueno sería que por el legislador se cubrieran las lagunas jurídicas denunciadas, completando el régimen legal que regula esta forma de empresa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO SÁNCHEZ, R., Ámbito subjetivo de la transformación en la legislación cooperativa (algunos aspectos críticos), *RdS*, n.º 8, 1997, p. 178 y ss.
- BEL DURÁN, P., Las «fusiones especiales» según la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. *Revista de Estudios Cooperativos (REVESCO)*, n.º 69, 1999, p. 9-41.
- BORJABAD GONZALO, P., *Manual de Derecho Cooperativo General y Catalán*. Barcelona: J. M. BOSCH EDITOR, S.A., 1993, p. 180 y ss. ISBN: 84-7698-263-1.

⁹⁴ Sin entrar en particularidades sobre la quiebra del principio de gestión democrática con la posibilidad del voto ponderado y los cupos o límites de voto de las distintas clases de socios.

- DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., El régimen jurídico de la escisión de sociedades anónimas por aportación como cuestión abierta (RDGRN de 10 de junio de 1994; RJ 1994, 4915). *RdS*, n.º 4, 1995, p. 271 y ss.
- EIZAGUIRRE, J. M. de., La transformación de la sociedad de responsabilidad limitada. En: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (Coord.). *Tratando de la Sociedad Limitada*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1997, p. 863 y ss.
- EMBED IRUJO, J. M., Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. En: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*. Madrid: Cívitas, p. 291 y ss.
- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J. L. La modificación de los Estatutos Sociales en la Nueva Ley General de Cooperativas 27/1999, de 16 de julio (arts. 11.3, 21.2.c, 28.2.3 y 32.1, párrafo tercero). Particular y especial referencia a la Legislación Autonómica. En: AA.VV. *Cooperativas, Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio. I*. Madrid: Colegios Notariales de España, Madrid, 2001, p. 891 y ss.
- GARCÍA TUNÓN, A. M., Una aproximación al análisis del régimen de la escisión parcial: especial referencia al art. 253 del TRLSA. *RdS*, n.º 3, 1994, p. 53 y ss.
- LARGO GIL, R. Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y el Notariado. *RdS*, n.º 9, p. 143 y ss.
- ALONSO ESPINOSA, F. J. (Coord.), *La Sociedad Cooperativa en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*. Granada: Comares, 2001.
- LEÓN SANZ, F. J., El Acuerdo de Transformación de una Sociedad Anónima. Madrid: Aranzadi, Monografía n.º 16 *RdS*, 2001, ISBN: 84-8410-606-3.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. Artículo 69 Cooperativas. En: AA.VV. *Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*. Madrid: Colegios Notariales de España, 2001, Tomo I, p. 483 y ss.
- ROMERO CANDAU; SUÁREZ PALOMARES (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas*. Sevilla: CEPES Andalucía, 2002, p. 781 y ss.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, M. M., Artículo 68 Cooperativas. En: AA.VV. *Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*. Madrid: Colegios Notariales de España, 2001, Tomo I, p. 477 y ss.
- MARTINEZ SEGOVIA, F. J., Sobre el concepto jurídico de cooperativa. En: MOYANO FUENTES, J. (Coord.), *La sociedad Cooperativa: Un análisis de sus características societarias y empresariales*. Jaén: Universidad de Jaén, 2001, p. 41 y ss.
- MORILLAS JARILLO, M. J; FELIÚ REY, M. I., *Curso de Cooperativas*. Madrid: Tecnos, 2000. ISBN: 84-309-3601-7.
- PASTOR SEMPERE, C., Notas en torno a las principales novedades de la nueva ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. *Revista de Estudios Cooperativos (REVERSCO)*, n.º 69, 1999, p. 151-182.
- PAZ CANALEJO, N., *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*. *Revista de Derecho Privado*, 1989.

- Perspectivas y problemas jurídicos de la Nueva Ley Estatal de Cooperativas. *Revista de Estudios Cooperativos (REVESCO)*, n.º 69, 1999, p. 183-198.
- PÉREZ TROYA, A., *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*. Madrid: Cívitas, 1998. ISBN: 84-470-1138-0
- RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F. J., Art. 63 a 67 Cooperativas. En: AA.VV. *Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*. Madrid: Colegios Notariales de España, 2001, Tomo I, p. 361 y ss.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Transformación de Sociedades Cooperativas. En: AA.VV. *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*. Madrid: Mc-Graw Hill, 2002, vol. V, p. 4813 y ss.
- Escisión. En: *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*. Madrid: Cívitas, 1993, Tomo IX, vol. 3.
- ROSEMBUJ, T., La transformación de la cooperativa en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. *La Ley*, 1994-95, p. 825 y ss.
- SÁNCHEZ DE MIGUEL, M. C., Transformación, Fusión y Escisión. Artículos 223 a 259. En: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid: Edersa, 1993, Tomo VII «T».
- SÁNCHEZ MOLINER, J. L., Transformación de la Sociedad Anónima y de la Cooperativa. *RGD*, n.º 584, 1993, p. 4839 y ss.
- SANTOS MARTÍNEZ, V., La escisión de sociedades en el Derecho Comunitario Europeo. En: AA.VV. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*. Estudios en homenaje a José Girón Tena. Madrid: Cívitas, 1991, p. 959 y ss.
- Escisión. En: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1993, Tomo VII.
- SANZ JARQUE, J. J., *Cooperación. Teoría general y régimen de las Sociedades Cooperativas. El nuevo Derecho cooperativo*. Madrid: Comares, 1994, p. 592 y ss. ISBN: 84-8151-066-1.
- SEQUEIRA MARTÍN, A., Transformación, Fusión y Escisión. Artículos 223 a 259. En: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1993, Tomo VII.
- La fusión y la escisión en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. *RdS*, n.º 8, 1997, p. 93 y ss.
- SUSO VIDAL, J. M., El control en la transformación de las cooperativas en sociedades anónimas y limitadas. En: *Derecho de Sociedades*. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero. Madrid: Mc-Graw Hill, 2002, vol. 5, p. 4853 y ss.
- URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., Transformación de Sociedades. En: URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil I*. Madrid: Cívitas, 2001, p. 1.237 y ss.
- URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; IGLESIAS PRADA, J. L., Fusión y Escisión de Sociedades. En: URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil I*. Madrid: Cívitas, 2001, p. 1247 y ss.
- URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; CARLON, L., Transformación. En: URÍA; MENÉNDEZ; OLIVENCIA, *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*. Madrid: Cívitas, 1993, Tomo IX, vol. 3.

-
- VARA DE PAZ, N., La protección de los acreedores en la fusión y escisión de sociedades. En: AA.VV. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*. Estudios en homenaje a José Girón Tena. Madrid: Cívitas, 1991, p. 1.097 y ss.
- VICENT CHULIÁ, F., Ley General de Cooperativas. En: SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1989, Tomo XX.
- Transformación, fusión y escisión de la sociedad. En: AA.VV. *La Reforma de las Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Madrid: Consejo General de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio y Dykinson, 1994, p. 743 y ss.
- *La Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas Estatal*. RGD, n.º 663, 1999.