

LAS OPERACIONES DE LA COOPERATIVA CON TERCEROS Y LA INFUNDADA LIMITACIÓN DE LAS MISMAS POR SU TRATAMIENTO FISCAL PRIVILEGIADO*

POR
CARLOS VARGAS VASSEROT**
y MARINA AGUILAR RUBIO***

RESUMEN

LAS OPERACIONES DE LA COOPERATIVA CON TERCEROS Y LA INFUNDADA LIMITACIÓN DE LAS MISMAS POR SU TRATAMIENTO FISCAL PRIVILEGIADO: Este estudio aborda, en primer lugar, la progresiva liberalización de las operaciones de la cooperativa con terceros, para demostrar después la inconsistencia de la limitación de estas operaciones sólo por el carácter privilegiado de su tratamiento fiscal. Y ello, porque las cooperativas se ven obligadas por ley a soportar unas cargas parafiscales que no son comparables a las que soportan las sociedades capitalistas, entre las que encontramos la limitada remuneración de las aportaciones al capital social de las cooperativas y la existencia de determinadas obligaciones financieras que inmovilizan recursos y los convierten en total o parcialmente irrepartibles. Además, las operaciones con terceros no gozan de privilegio ya que tributan al tipo general en el Impuesto sobre Sociedades. En consecuencia, la conclusión que se extrae en el trabajo es que esta teórica protección fiscal tiene su razón en ser en compensar las cargas parafiscales que soportan este tipo de entidades por su peculiar régimen económico, como se deduce del estudio global de la legislación fiscal de las cooperativas.

Palabras clave: cooperativa, operaciones con terceros, mutualidad, fiscalidad, Impuesto sobre Sociedades, tratamiento fiscal privilegiado.

* Estudio realizado en el marco del I+D CR-UAL 0205 («Estudio comparativo de los distintos tipos sociales...»), financiado por la entidad de crédito Cajamar y la Universidad de Almería del que es responsable el profesor Vargas Vasserot.

** Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Almería.

*** Becaria de Investigación de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Almería.

ABSTRACT

THE COOPERATIVE BUSINESS DEALS WITH THIRD PARTIES AND ITS UNFOUNDED LIMITATION BECAUSE OF ITS PRIVILEGED TAX REGULATIONS: This reseach tackles, firstly, the progressive liberalization of cooperative business deal with third parties, to show, afterwards, the weakness of the limitation of these business deals just because of its privileged tax regulations. And that because cooperatives are forced by law to bear some parafiscal burdens which are not comparable with the ones for tradings companies. Among these obligations are the limitation of contributions to its corporate capital remuneration and some financial ones that tie up resources and turn them into partially or totally non distributable. In addition, business deals with thirds are not privileged by tax regulation as they are applied the general tax rate. In conclusion, this theoretic tax protection have its sense in compensating the parafiscal burdens that this kind of bodies have to bear because of its particular economic system, as it is deduced from a global study of tax regulation on cooperatives.

Key words: cooperative, business deal with third parties, benefit society, taxation, Corporation Tax, tax profits regulations.

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se han esgrimido en contra de liberalizar la actuación de la cooperativa con terceros razones fundamentalmente fiscales. Se considera que como estas sociedades tienen un tratamiento fiscal privilegiado, de no existir dicha limitación, se estaría dando una ventaja competitiva a este tipo de entidades frente al resto.

Desde que las cooperativas concurren en el mercado ofreciendo bienes y servicios a no socios, ha sido una constante histórica las reacciones de sectores empresariales capitalistas denunciando una supuesta competencia desleal debido a los beneficios fiscales y las ayudas y subvenciones públicas que estas sociedades reciben¹. Frente a esto se puede argumentar que cuando se sostiene que las cooperativas al relacionarse con no socios están incurso en un comportamiento de competencia desleal o anticompetitivo son afirmaciones que carecen de rigor técnico jurídico. La actuación de la cooperativa con terceros no es un comportamiento concurrencial que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, que es lo que exige la Ley 3/1991 de Competencia Desleal para reputar desleal un

¹ Por ejemplo, POLO, A. *Misión y sentido de la nueva Ley de Cooperación*. Madrid: RDP, 1942, p. 102-115; y ARRUÑADA, B. *Teoría contractual de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 23-27.

acto (arts. 2 y 5); ni afecta de tal manera a la competencia que pueda ser calificada como anticompetitivas al hilo de la Ley 3/1991 de Defensa de la Competencia (art. 1)². Por otra parte, tratamiento fiscal teóricamente privilegiado en muchas ocasiones no es tal, sino que tiene su razón en ser en compensar las cargas parafiscales que soportan este tipo de entidades por su peculiar régimen económico, con la obligación, por ejemplo, de dotar determinados fondos.

El presente estudio aborda primero la progresiva liberalización de las operaciones de la cooperativa con terceros, y después demuestra la inconsistencia de la limitación de estas operaciones sólo por el carácter privilegiado de su tratamiento fiscal, para terminar analizando qué límites impone la normativa fiscal en la actuación con terceros para que una cooperativa sea considerada protegida y especialmente protegida.

2. EL PRINCIPIO DE MUTUALIDAD *VERSUS* LA PROGRESIVA LIBERALIZACIÓN DE LAS OPERACIONES DE LA COOPERATIVA CON TERCEROS

Una de las notas distintivas de las sociedades cooperativas respecto de otros tipos sociales es que desarrollan una actividad económica orientada a la satisfacción de determinadas necesidades socio-económicas de sus socios, idea íntimamente ligada al carácter mutualista de esta clase de sociedades.

La noción general de mutualidad evoca la idea de cambio o intercambio entre sujetos, y la de cooperativa, como su propia etimología indica, supone una cooperación y operatividad con sus socios. Aunque no se debe confundir la mutualidad, como fenómeno caracterizado por la reciprocidad de prestaciones entre el socio y la sociedad, con cooperativa, ya que la mutualidad no es algo exclusivo de esta forma de empresa (piénsese en mutuas de seguros, sociedades de garantía recíproca, SAT, sociedades laborales, etc.); no cabe cooperativa sin mutualidad³.

² Para un estudio particularizado de la relación del Derecho de la competencia y la actuación de las cooperativas con terceros: PANIAGUA ZURERA, M. *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 274-282. PAZ CANALEJO, N. *La sociedad cooperativa ante el reto de los mercados actuales*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, p. 109, apela tanto a la normativa constitucional como a la legislación cooperativa para excluir la aplicación del Derecho de la competencia al Derecho cooperativo.

³ Sobre las interrelaciones entre mutualidad y cooperación vid. PAULICK, H. *Das Recht der eingetragenen Genossenschaft*. Münster: CFM Karlsruhe, 1953, p. 11-14; y GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*. t. I y único. Madrid: Artes Gráficas Benzaí, 1976, p. 103-105. Las ambiguas referencias que sobre la mutualidad contiene nuestro Derecho positivo, a veces referido a la operatividad de la cooperativa sólo con los so-

En las cooperativas no se puede tomar un concepto estricto del término *mutuo*, que en rigor significa recíproco, ya que en este tipo de sociedades, como no sea en las cooperativas de crédito o de seguros, no hay de forma general obligaciones recíprocas entre los socios, ni entre los socios y la sociedad, en el sentido de identidad de las prestaciones de las partes y que el interés de cada una de ellas consiste en recibir lo mismo que él se obliga a dar⁴; sino en el sentido de que la sociedad y los socios desarrollan una actividad económica con el objeto de satisfacer determinadas necesidades de éstos⁵. Es decir, la actividad social de la cooperativa se orienta necesariamente hacia sus socios, que son los destinatarios principales de las actividades económicas y sociales que ésta lleve a cabo.

En España, como ocurrió en la mayoría de ordenamientos de nuestro entorno, el principio de mutualidad fue identificado originalmente con la operatividad de la cooperativa exclusivamente con los socios, como se desprende de la Exposición de Bases para la reacción del Código de Comercio de 1885, lo que tuvo una gran influencia en la legislación cooperativa posterior. A su vez, nuestra doctrina ha considerado durante mucho tiempo que el carácter verdaderamente mutualista de la cooperativa se tiene solamente cuando la sociedad opera sólo con sus propios socios (principio de exclusividad), actuando así a través de la llamada, en la terminología italiana, mutualidad pura, frente a la *mutualidad* impura que se da cuando la sociedad actúa también con no socios⁶. Pero paulatinamente, con el objeto de

cios (art. 126 C.com) y otras a la ausencia de lucro o al destino de determinados excedentes, no ha facilitado la interpretación de este concepto en nuestro ordenamiento. En nuestra doctrina hay dos trabajos esenciales sobre el papel que juega la mutualidad en el instituto cooperativo: la tesis doctoral de LLOBREGAT HURTADO, M. *Mutualidad y empresa cooperativas*. Barcelona: Bosch, 1990, 464 p.; y la de PANIAGUA ZURERA, M. *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*. Madrid: MacGraw-Hill, 1997, 537 p. Desde una óptica más económica BALLESTEROS, E. *Economía social y empresas cooperativas*. Madrid: Alianza Universidad, 1990, 302 p.

⁴ Interpretación estricta del término mutuo en el sector cooperativo que sostienen, entre otros, BORJABAD GONZALO, P. *El sistema legislativo español de cooperativas y la Ley 27/1999*. En: ALONSO ESPINO (Coord.). *La sociedad cooperativa en la Ley 27/1999*, de 16 de julio, de Cooperativas. Granada: Comares, 2001, p. 35-36; y TRUJILLO DÍEZ, I. J. *Cooperativas de consumo y cooperativas de producción*. Pamplona: Aranzadi, 2000, p. 50-53.

⁵ En contra BALLESTEROS, *Economía social y empresas cooperativas*, Madrid: Alianza Universidad, 1990, p. 281-295; y PANIAUA ZURERA, *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, Madrid: MacGraw-Hill, 1997, p. 480-497.

⁶ Antes de la promulgación de la Ley 3/1987 General de Cooperativas, con un carácter muy aperturista en cuanto a la actuación de la cooperativas con terceros, la mayoría de nuestra doctrina justificaba la operatividad de la cooperativa exclusivamente con los socios. Así, entre otros, GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*. t. I y único. Madrid: Artes Gráficas Benzal, 1976, p. 96; LLUIS y NAVAS, J. *Derecho de coo-*

hacer a estas sociedades económicamente más competitivas se ha ido ampliando los márgenes de operaciones con no socios. Primero se admitió una mutualidad preferente, es decir, la obligación operar con terceros sólo se admitía si ésta tenía carácter secundario respecto a la operatividad con los socios y si esas operaciones se contabilizaban de manera separada y con un destino determinado, normalmente fondos irrepartibles. Después se ha llegado más lejos, liberalizándose las operaciones con terceros no socios para determinados tipos de cooperativas. Incluso algunas leyes no exigen siquiera la contabilidad separada de dichas operaciones (por ejemplo, la Ley 27/1999 Estatal de Cooperativas, la Ley 4/1999 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, la Ley 4/1993 de Cooperativas del País Vasco o la Ley 8/2003 de Cooperativas de la Comunidad Valenciana) e incluso permiten que determinados porcentajes de los resultados extracooperativos no vayan a fondos sociales (como ocurre en la Ley Estatal o en la de Cataluña)⁷.

Conviene aclarar que en la actividad de la cooperativa con terceros, hay que distinguir los actos preparatorios e instrumentales, sobre los que no se discute su amplitud, y los actos propios de la actividad cooperativizada que se realizan con no socios, que son los más problemáticos⁸. Es obvio que la cooperativa, como forma de empresa, no va a poder prescindir de desarrollar actividades externas en cuanto que éstas van a ser necesarias tanto para preparar como para desarrollar su objeto social (por ejemplo, una cooperativa de consumidores y usuarios de venta de productos de consumo, tiene que adquirir esos bienes a un mayorista; o una cooperativa de comercialización de productos entregados por los socios necesita colocar dicha producción en el mercado). Por ello, el tercero que le preocupa al legislador no es

perativas, t. I. Barcelona: Bosch, 1972, p. 371-373 y 502-503; MANRIQUE ROMERO, F.; RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, J. M. *La cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico*, RDN, n. 109-110, 1980, p. 37-40; VERGEZ SÁNCHEZ, M. *El Derecho de las cooperativas y su reforma*. Madrid: Civitas, 1973, p. 68-69; y VICENT CHULIÀ, F. *Análisis crítico del nuevo Reglamento de Cooperación*. RDM, n. 123, 1972, p. 440-444.

⁷ Véase *infra* la tabla comparativa de los límites legales para realizar la actividad cooperativizada con terceros no socios, en la que se hace referencia a la obligación o no de contabilidad separada de dichas operaciones. Sobre las ventajas de la contabilización conjunta véase LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G. Valoración económica del coste implícito asociado a la decisión de contabilizar conjuntamente resultados cooperativos y extracooperativos en las sociedades cooperativas especialmente protegidas. *REVESCO*, n. 72, 2000, p. 175-198.

⁸ Actividades instrumentales identificadas por el Tribunal Constitucional para distinguir las de las actividades típicas de las sociedades cooperativas en varias sentencias (STC 72/1983 de 29 de julio y STC 44/1984 de 27 de marzo)

todo aquel que no sea socio, sino sólo el que realiza una actividad con la cooperativa del mismo tipo que la actividad cooperativizada desarrollada por los socios en el seno de la sociedad⁹. Así, la venta de productos a sujetos no socios en una cooperativa de consumidores y usuarios, la comercialización de productos de terceros en una cooperativa de comercialización o la contratación de trabajadores por cuenta ajena en una cooperativa de trabajo asociado, son ejemplos de operaciones que supuestamente ponen en entredicho la mutualidad cooperativa. La Ley 27/1999 de Cooperativas (arts. 4.1, 57.3, 88.2, 98.3, etc.) y algunas leyes autonómicas califican a estas operaciones como actividades y servicios cooperativizados con terceros no socios.

Pues bien, este principio de mutualidad viene desde hace unas décadas quedando progresivamente comprometido, tanto a nivel estatal como autonómico, a la vista de las sucesivas reformas legales, que con objeto de consolidar empresarialmente a las cooperativas en el mercado la actuación extracooperativa deja en muchas ocasiones de ser algo ocasional y marginal para hacerse de forma sistemática y habitual¹⁰.

En Derecho comparado no existe un criterio único respecto a la extensión de las actividades típicas de la cooperativa con personas sin la cualidad de socios, pero también es evidente el proceso de ruptura generalizada del principio de exclusividad, incluso en ordenamientos como el francés, históricamente muy restrictivos en cuanto a la amplitud de la actuaciones con terceros, que actualmente permite, aunque dentro de ciertos límites, dichas operaciones¹¹. En cambio, en

⁹ Sobre la distinción de estos terceros vid. BONFANTE, G. *Imprese cooperative*. En: GALGANO, F. (Dir.). *Comentario del Codice Civile Sicaloja-Branca*. Bolonia: Zanichelli, 1999, p. 24; y en nuestra doctrina MARTÍNEZ SEGOVIA, F. J. *Sobre el concepto jurídico de cooperativa*. En: MOYANO FUENTES. *La sociedad cooperativa. Un análisis de sus características societarias y empresariales*. Jaén: Universidad de Jaén, 2001, p. 68.

¹⁰ Muy ilustrativo del fenómeno operado PAZ CANALEJO, N. *La sociedad cooperativa ante el reto de los mercados actuales. Un análisis no sólo jurídico*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, p. 271.

¹¹ La legislación cooperativa francesa ha tenido históricamente una actitud bastante restrictiva en cuanto a que la cooperativa realizase operaciones cooperativizadas con terceros. En concreto, la aún vigente Ley 47-1775, que aprueba el Estatuto General de la Cooperación, declara que las cooperativas no podrán admitir a terceros no socios para beneficiarse de sus servicios, a menos que las leyes particulares que las regulen lo autoricen (art.3). Y precisamente esto es lo que ha ocurrido desde hace unas décadas, puesto que en la actualidad la mayoría leyes especiales de cooperativas permiten la actuación con terceros: art. L. 522-5 del Código Rural, aprobado por Decreto núm. 81-276, de 18 de marzo de 1981; arts. 10, 35 y 39 de la Ley núm. 83-677, de 20 de julio de 1983, relativa al desarrollo de determinadas actividades de economía social, que regula el estatuto de las cooperativas de artesanos (Tít. I), el estatuto de las cooperativas de empresas de transporte (Tít. II) y las cooperativas marítimas (Tít. III);

otras legislaciones, como la alemana, se parte del principio de permisividad de la actuación de la cooperativa con no socios¹². En Italia el referente es la llamada mutualidad prevalente, y así la última reforma del régimen legal de la cooperativas contenido en Codice civile (Decreto Legislativo de 14 de enero de 2003, distingue a las cooperativas con *mutualità prevalente*, con un régimen fiscal más ventajoso, de las que no lo son; siendo uno de los criterios para definir esa prevalencia que la operaciones realizadas con los socios sean superiores al cincuenta por ciento del total (art. 2.513)¹³.

En Derecho comunitario, el Reglamento (CE) N.º 1435/2003 del Consejo relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (en

art. 5 de la Ley 78-763 que regula las cooperativas obreras de producción; etc. Sobre la derogación de clásico principio de exclusividad en el Derecho cooperativo francés vid. GOURLAY. *Coopérative. Juris-Classeur*, 1990, p. 8, que apunta que son tres las razones fundamentales para permitir la admisión de no socios en la cooperativa: reducir las cargas y costes para los socios; captar nuevos socios; y explotar eficientemente la empresa cooperativa.

¹² En Alemania el § 8.1.5 Gesetz betreffend die Erwerbs-und Wirtschaftsgenossenschaften de 1889 (GenG) establece que en los estatutos se debe hacer constar la posibilidad de extender la actividad empresarial de la cooperativa a personas que no reúnan la condición de socios de la cooperativa, previsión que por otra parte es habitual en los estatutos de este tipo de sociedades. Como señalan METZ, E; SCHAFFLAND, H. J. *Genossenschaftsgeset.* Berlin: WdeG, 1997, p. 26-27, en 1954 se levantó la prohibición de operar con terceros por parte de las cooperativas de consumos y en 1973 se liberalizó la última prohibición que subsistía de operar con terceros en sede de cooperativas de crédito. Por otra parte, la GenG no considera extensión de la actividad empresarial de la cooperativa la celebración de operaciones con quienes hubieran solicitado el ingreso en la misma y hayan sido aceptados (§ 8.3).

¹³ Antes de esta reforma se consideraba que, a pesar de la falta de un reconocimiento general sobre la actuación de la cooperativas con terceros no socios de la *Relazione al Codice*, que hablaba de finalidad *prevalentemente* mutualista de las cooperativas como nota distintiva de las sociedades lucrativas, se desprendía que las relaciones con terceros debían tener siempre un carácter secundario respecto a las operaciones con los socios. Por su parte, el Decreto Legislativo núm. 1577 de 1947, de disposiciones para la cooperación, más conocido como Ley Basevi, establecía los requisitos para que se diese esa mutualidad y las exenciones fiscales en tal caso (art. 26). Con la reforma, se diferencia el régimen legal, especialmente el fiscal, de la cooperativa de mutualidad preferente, que se define como aquella que desarrolla su actividad de manera preferente en favor de sus socios (en las cooperativas de consumo) o que utilice preferentemente el trabajo o los bienes y servicios de los socios (en las cooperativas de producción en sentido amplio) (art. 2.512 Cod. civ.). Sobre la mutualidad antes de la reforma, por todos, BONFANTE, G. *Imprese cooperative*. En: GALGANO, F. (Dir.). *Comentario del Codice Civile Sicaloja-Branca*. Bolonia: Zanichelli, 1999, p. 81-87; y sobre la reforma en este punto CECCHERINI, A; SCHIRÒ, S. *Società cooperative e mutue assicuratrici*. En: LO CASCIO (Dir.). *La riforma del diritto societario*. Milán: Giuffrè, 2003, p. 20-25. Sobre la nueva actitud de las cooperativas en el mercado IANNIELLO, G. *Impresa cooperativa: caratteristiche strutturali e nuove prospettive di finanziamento*. Milán: CEDAM, 1994, p. 55-58.

adelante RSCE) prevé que ésta «no podrá admitir que terceros no socios se beneficien de sus actividades o participen en sus operaciones, salvo disposición en contrario en los estatutos» (art. 4.1). Es decir, se parte de un modelo de mutualidad pura pero derogable estatutariamente; y lo normal será que la sociedad prevea en sus estatutos la posibilidad de actuación con no socios, rompiéndose así fácilmente el principio de exclusividad formulado¹⁴. Por otra parte, el RSCE no señala límite cuantitativo alguno en caso de estatutariamente se admita la actuación con terceros no socios, lo que plantea la cuestión de si los Estados miembros regularán este aspecto en la legislación especial para este tipo de sociedades o si serán de aplicación los límites legales de la legislación cooperativa nacional que resulte aplicable en virtud del domicilio de la Sociedad Cooperativa Europea¹⁵.

Tampoco se puede argumentar la esencialidad de la operatividad exclusivamente con los socios en los orígenes históricos del cooperativismo, y así, por ejemplo, en los Estatutos originales de la Sociedad de los Equitativos Pioneros de Rochdale de 1844, pionera —y valga la redundancia— entre las cooperativas de consumo, se contemplaba como algo habitual la venta a no socios de los bienes ofrecidos por la entidad a los socios¹⁶.

¹⁴ La Proposición de 17 de mayo de 1990 del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea establecía que «salvo disposiciones contrarias o restrictivas de los estatutos, la Sociedad Cooperativa Europea puede admitir a terceros no socios para beneficiarse de sus actividades». El cambio de criterio se realiza con la Propuesta de 6 de marzo de 1992 que contiene una previsión idéntica a la del artículo 4.1 del texto final del Reglamento. Aunque ambas formulaciones parecen conducir al mismo resultado, la propuesta de 1990 era aún más permisiva ya que no era necesaria la previsión estatutaria en tal sentido y sólo se prohibía de haber una disposición estatutaria contraria o restrictiva. En general sobre el contenido del proyecto y texto del Reglamento del Estatuto de la SCE en este punto *vid.* PASTOR SEMPERE, C. La sociedad cooperativa europea. *REVESCO*, n. 74, 2001, p. 123-174; y MARTÍNEZ SEGOVIA, F.J. *La sociedad cooperativa europea: Más cerca*. En: VARGAS SÁNCHEZ, A; LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G. *Las empresas de participación en Europa: El reto del siglo XXI*. En homenaje al Prof. Dr. Carlos GARCÍA-GUTIERREZ FERNÁNDEZ. Madrid: Escuela de Estudios Cooperativos, 2002, p. 101-127; y tras la publicación del RSCE, MARTÍNEZ SEGOVIA, F. J. Primera aproximación al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea. *REVESCO*, n. 80, 2003, p. 73., esp. nota núm. 36.

¹⁵ MARTÍNEZ SEGOVIA, F. J. Primera aproximación al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea. *REVESCO*, n. 80, 2003, p. 73, apunta que del Considerando 9.º in fine RSCE se deduce la admisibilidad de limitación de la actuación con terceros no socios («En algunos casos, las cooperativas también pueden contar entre sus miembros con un porcentaje determinado de socios inversores no usuarios o de terceros que se benefician de su actividad o realizan trabajos por cuenta de la cooperativa»).

¹⁶ Aunque la actividad con los socios tenía carácter principal como se deduce la primera de las reglas sobre la gestión del almacén que preveía que «el despacho se abrirá al público los lunes y los sábado por la tarde; el lunes de siete a nueve; el sá-

En cuanto a la actividad con no socios en los principios cooperativos de la Alianza Cooperativa Internacional (en adelante ACI), hay que señalar que, si bien la primera lista presentada por la Comisión especial designada para elaborar los principios cooperativos en el XIII Congreso de Viena (1930) incluía el principio de *venta exclusiva* a los socios, en la formulación de dichos principios en el XV Congreso celebrado en París (1937) éste no aparece como uno de los principios esenciales del cooperativismo. Es más, en la segunda formulación de los principios cooperativos, aprobada por la ACI en su XXIII Congreso celebrado en Viena (1966), expresamente se declara que en la actuación de la cooperativa con terceros no socios, dentro de ciertos límites y condicionamientos, no sólo no choca con los principios cooperativos, sino que es coherente con los objetivos y contenidos axiológicos de la cooperación, y que el carácter mutualista de la entidad no debe ser entendido en el sentido de exclusividad de las relaciones cooperativas con los socios, sino en el significado de ayuda mutua para satisfacer las necesidades socioeconómicas de los socios y los intereses más amplios de la comunidad donde la cooperativa actúa¹⁷. La propia ACI reconoce así que las relaciones con terceros permiten un mejor cumplimiento de los principios de adhesión voluntaria y abierta (en el sentido de que las actividades con no socios pueden ser utilizadas como un instrumento para facilitar la adhesión de nuevos socios) y de educación cooperativa (ya que este principio predica su extensión a los cooperadores potenciales)¹⁸. Por último cabe señalar que en la última reelaboración de los principios cooperativos por la ACI en su Congreso XXXI, celebrado en Manchester (1995), entre los mismos no se hace referencia a la no actuación con terceros no socios.

En cuanto al Derecho cooperativo español, nuestro ordenamiento ha pasado por una serie de etapas bien diferenciadas respecto a la actuación de la cooperativa con terceros. Una primera que se inicia con la promulgación del Código de comercio de 1885, cuyo ar-

bado de seis a once», entendiéndose que en los demás días el almacén se abría sólo para los socios. PANIAGUA ZURERA, M. *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 266-267, que apunta que el crecimiento de la actividad económica de esta cooperativa resultó favorable a la admisión de clientes sin la cualidad de socios cooperativos.

¹⁷ Sobre el contenido de estos principios SANZ JARQUE, J. J. *Cooperación. Teoría general y régimen de las sociedades cooperativas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1974, p. 96-99; y DIONISIO ARANZADI, S. J. *Cooperativismo industrial como sistema, empresa y experiencia*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1976, p. 73-75.

¹⁸ PANIAGUA ZURERA, M. *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 266-268.

título 124 —que es el único precepto que dedica a las sociedades cooperativas—, establece que «las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad», con lo que la calificación de mercantil de una sociedad dependía precisamente del desarrollo de la actividad cooperativa con terceros no socios. Pero esto no significa que estuviese prohibida dicha actividad con terceros sino que, de realizarla, la sociedad era calificada de mercantil. Con la promulgación de la Ley de cooperativas de 1931, cuyo artículo 45 declaraba que toda sociedad cooperativa inscrita en el Registro de cooperativas que «encamine su funcionamiento a realizar o servir cualquier combinación lucrativa» podría serle retirada la «calificación de cooperativa» temporal o definitivamente, se cuestionó la compatibilidad de los términos cooperativa y mercantil¹⁹, ya que las condiciones que según el artículo 124 del Código de comercio llevan a la calificación mercantil de la cooperativa, eran las que con arreglo a dicha ley dan lugar a que les fuera retirada la calificación de cooperativas²⁰. Pero de nuevo no se prohíben con carácter general la actuación de las cooperativas con terceros no socios, ya que, por ejemplo, las cooperativas de consumo podían servir al público siempre que lo consignasen así expresamente en sus Estatutos (art. 19).

Será con la Ley de Cooperación de 1942 cuando se produzca un giro en nuestro ordenamiento en contra de la prestación de los servicios cooperativos a nos socios, influido sin duda por la doctrina cooperativa de la época y por las presiones de los empresarios capitalistas que veían en el cooperativismo una forma de competencia desleal. La consideración de que el principio de exclusividad en la operatividad de las cooperativas con sus socios como algo consustancial al concepto de cooperativa se mantiene en la Ley 52/1974 General de Cooperativas, que fue su sucesora en esta materia.

¹⁹ En concreto, el artículo 45 de la Ley de Cooperativas de 1931 declaraba que «toda sociedad inscrita en el Registro de cooperativas que, aun cumpliendo en lo externo con los requisitos correspondientes con los de su clase, encamine su funcionamiento a realizar o servir cualquier combinación lucrativa, será requerida, dándole un plazo prudencial, no superior a treinta días, para que se ponga el oportuno remedio. Si no lo hiciera así, o si reincidiera, podrá serle retirada la calificación de cooperativa temporal o definitivamente, según el caso, sin perjuicio de las demás sanciones que hubiere dado lugar».

²⁰ Como puso de manifiesto POLO, A. en las *Notas al Tratado de Derecho mercantil de COSACK* (traducido al español por el propio Polo) Madrid: RDP, 1935, p. 222.

TABLA I
COMPARATIVA DE LOS LÍMITES PARA REALIZAR LA ACTIVIDAD COOPERATIVIZADA
CON TERCEROS NO SOCIOS

| | Obligación de contabilidad separada | Límite general actividad cooperativa con 3º | Límite en las cooperativas de consumidores y usuarios | Límite en las cooperativas agrarias | Límite en las cooperativas de trabajo asociado |
|---|---|---|---|---|--|
| Ley 27/1999 Estatal de cooperativas | No. Necesaria la previsión estatutaria. (art. 57.4) | Cuando lo prevean los estatutos en las condiciones y con las limitaciones legales. (art. 4) | Sin límite legal , pero tiene que preverse en los estatutos. (art. 88.2) | Hasta el 50% del total. (art. 93.4) | El número de horas/año realizadas por trabajadores con contratos de trabajo por cuenta ajena no puede ser superior al 30% del total número de horas año realizadas por los socios trabajadores. (art. 80.7). |
| Ley 2/1999 de Sociedades Cooperativas Andaluzas | Sí. (art. 7.3) | En los casos previstos y en las condiciones y con las limitaciones legales (art. 7.1) | Sin límite legal , en los siguientes casos: - Se establezca tal posibilidad expresamente en los estatutos. - Cuando el 3º sea un ente público. - Cuando tenga autorización adva. - En cada nuevo centro que abra la cooperativa pro 6 meses. (art. 132). | Con carácter general 5% del total, y si se prevé en estatutos 50% . (art. 153). | El número de jornadas legales realizadas por cuenta ajena no puede ser superior al 30% del total realizadas por los socios trabajadores. (art. 126.1). |

TABLA 1 (Continuación)
COMPARATIVA DE LOS LÍMITES PARA REALIZAR LA ACTIVIDAD COOPERATIVIZADA
CON TERCEROS NO SOCIOS

| | Obligación de contabilidad separada | Límite general actividad cooperativa con 3º | Límite en las cooperativas de consumidores y usuarios | Límite en las cooperativas agrarias | Límite en las cooperativas de trabajo asociado |
|--|--|--|--|--|---|
| Ley 18/2002 de Cooperativas de Cataluña | Sí. (art. 64) | Sólo limitadas cuando lo establezcan los estatutos o la Ley. (art. 4) | Sin límite legal. | Sin límite legal. | El número de horas/año realizadas por trabajadores con contratos de trabajo por cuenta ajena no puede ser superior al 30% del total número de horas año realizadas por los socios trabajadores. (art. 115). |
| Ley 4/1999 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid | No. Necesaria la previsión estatutaria. (art. 59.5). | Cuando lo prevean los estatutos en los casos previstos por la Ley y la legislación sectorial casos previstos por ley y legislación sectorial. (art. 58.1). | Sin límite legal. Los estatutos determinarán si la cooperativa puede o no realizar o peraciones con 3.º. (art. 113.3). | Necesaria previsión estatutaria y hasta motivada y hasta el límite del 40% del total. (art. 109.4). | El número de horas/año realizadas por trabajadores con contratos de trabajo por cuenta ajena no puede ser superior al 30% del total número de horas año realizadas por los socios trabajadores. (art. 106.1). |

TABLA 1 (Continuación)
COMPARATIVA DE LOS LÍMITES PARA REALIZAR LA ACTIVIDAD COOPERATIVIZADA
CON TERCEROS NO SOCIOS

| | Obligación de contabilidad separada | Límite general actividad cooperativa con 3º | Límite en las cooperativas de consumidores y usuarios | Límite en las cooperativas agrarias | Límite en las cooperativas de trabajo asociado |
|---|--|--|--|--|--|
| Ley 4/1993 de Cooperativas del País Vasco | No. No es necesaria la previsión. La Ley no distingue resultados cooperativos y extracooperativos. | Cuando sin estar expresamente prohibida por la ley y los estatutos no lo impidan; y dentro de los límites legales. (art. 5). | Sin límite legal. Pero tiene que preverse en los estatutos. (art. 105.2). | Con carácter general 5% del total, y si se prevé en estatutos 40% (art. 87.3). | El número de horas/año realizadas por trabajadores de trabajo por cuenta ajena no puede ser superior al 25% del total número de horas año realizadas por los socios trabajadores. (art. 99.4). |
| Ley 8/2003 de Cooperativas de la Comunidad Valenciana | No. Necesaria la previsión estatutaria. (art. 65.3). | En las condiciones fijadas en la Ley y cuando los estatutos lo prevean. (art. 2 y art. 90.4). | Sin límite legal. Los estatutos determinarán si la cooperativa puede o no realizar operaciones con 3.º (art. 90.4). | Hasta el 50% del total. (art. 87.3). | El número de trabajadores asalariados con contrato por tiempo indefinido no puede ser superior al 10% del número total de socios; pero se puede superar dicho porcentaje cuando existan trabajadores contratados indefinidamente a tiempo parcial sin superar el 10% de las horas trabajadas por la totalidad de los socios trabajadores. (art. 89.4). |

FUENTE: Elaboración propia.

Con la promulgación de la Ley 3/1987 General de Cooperativas se cambia de nuevo el criterio, superándose esa rigidez en la actuación de la cooperativa con terceros. Así, su Exposición de Motivos declaraba que «la exigencia de potenciar cuanto favorezca al desarrollo de la actividad empresarial de las cooperativas hace preciso, entre otras cosas, aceptando con pragmatismo las realidades del mercado, abrir las posibilidades para determinadas clases de cooperativas de realizar operaciones con terceros no socios»²¹. Esta tendencia se confirma en la Ley 27/1999 de Cooperativas y en las últimas reformas legislativas autonómicas, que flexibilizan e incrementan paulatinamente los límites legales de la actuación de las cooperativas con terceros no socios. Pero aunque esta tendencia liberalizadora es evidente en todas las leyes cooperativas, los límites cuantitativos concreto para cada clase de cooperativa varían de unas leyes a otras.

Dada la diversidad de leyes cooperativas y la utilización de diversos criterios económicos en su configuración (distintos límites para operar con terceros, diferencias en las obligaciones de dotar fondos sociales y en la obligación de contabilizar de forma separada los resultados cooperativos y extracooperativos), y dada el diferente grado de presión fiscal a las que quedan sometidas en el Impuesto de Sociedades según donde desarrollen su actividad, nos planteamos si se puede producir en el Derecho cooperativo español una lucha entre ordenamientos autonómicos para captar un mayor número

²¹ Según el artículo 5.º de dicha ley, las sociedades cooperativas podrán realizar actividades con terceros no socios sólo cuando para la clase de cooperativa de que se trate lo prevea la ley y en las condiciones y limitaciones legales que se establezcan; y si bien los límites cuantitativos de actuación en ocasiones son muy reducidos (por ejemplo, 10 por cien en las cooperativas de servicios art. 139.4 LGC), en otras sólo exigen su previsión estatutaria sin señalar porcentaje máximo (por ejemplo, las cooperativas de consumidores podía vender a terceros, entre otros casos, cuando así estuviese previsto en los estatutos art. 128.1 LGC); pero en todo caso había que contabilizar de forma separada esas operaciones y sus resultados destinarlos al Fondo de Reserva Obligatorio (art. 5.3 LGC).

²² Delaware es el nombre de un pequeño estado de los EE.UU., que es conocido en el mundo entero por ser el estado americano en el que, con diferencia, más sociedades se constituyen. En Estados Unidos hay una competencia de ordenamientos y los estados compiten para conseguir que el mayor número posible de sociedades se constituyan en su territorio, y de este shopping legislativo hasta ahora ha salido ganador el Estado de Delaware. Para el estudio del posible efecto Delaware en el Derecho de sociedades europeo al hilo de varias sentencias del TJCE que han interpretado el principio de libertad de establecimiento de las personas jurídicas (casos Centros, *Übersee-ring e Inspire Art*) remitimos al trabajo de VARGAS VASSEROT, C. El Derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de sociedades. RdS, n. 22, 2004-1, p. 305-334. En el ámbito fiscal de las coo-

de operadores económicos (*efecto Delaware*)²². Las formas de atraer *clientes* pueden ser de dos tipos: a menos (por ejemplo, con normas menos protectoras para las minorías o los acreedores, menos controles y obligaciones legales, menos exigencias contables, menos fondos obligatorios, etc.) o a más (mayores márgenes para actuar con terceros, mayor libertad en el reparto de los excedentes y beneficios, etc.).

Antes de esto, habrá que ver la posibilidad de elección de lugar de constitución de la cooperativa. Al respecto hay que señalar que un primer obstáculo es la exigencia de desarrollar principalmente la actividad cooperativizada dentro de una Comunidad Autónoma para poder constituirse en ella; esto es, la actividad societaria típica que realiza con los socios para el desarrollo del objeto social. No obstante, este obstáculo se puede salvar porque sólo se exige dicha localización en el momento del desarrollo y éste no siempre está condicionado por el lugar de residencia de los socios. Por ejemplo, los socios de una cooperativa agraria podrían llevar los productos al territorio de otra Comunidad diferente a la que residan; o una cooperativa de trabajo asociado podría centralizar la gestión administrativa y dirección en una Comunidad distinta de donde se desarrolla el trabajo por los socios. Además, nada obsta a que la cooperativa pueda abrir una sucursal, es decir, un establecimiento subordinado al principal cuyas instrucciones debe seguir, en una Comunidad Autónoma diferente²³.

Por tanto, es fácil comprender por qué las mejoras legales en las condiciones del régimen económico de las cooperativas en una Comunidad Autónoma son imitadas por el resto, que no quieren ver como sus cooperativas pierden competitividad. Este proceso de imitación de las iniciativas legislativas que potencien las ventajas económicas para las cooperativas y sus socios, se producirá de forma más o menos intensa dependiendo del respecto a los principios del mutualismo que rijan en la mente de los legisladores autonómicos. Respeto que casi siempre pierde la batalla ante los poderosos criterios de eficiencia económica.

perativas es muy interesante el estudio SERVER IZQUIERDO, R. J. y MARÍN SÁNCHEZ, M.ª M. La presión fiscal como factor de economía de opción en la localización de las cooperativas. En: *Jornadas de Investigadores en Economía Social y Cooperativas*, organizadas por CIRIEC y celebradas en Canarias en el año 2002 (trabajo disponible en www.asescan.com/ciriec.cfm).

²³ En este sentido, algunas leyes autonómicas de cooperativas mencionan la posibilidad de abrir las sucursales que crean conveniente, sin que esto afecte al domicilio social de la cooperativa: art. 6 de la Ley 8/2003 de Cooperativas de la Comunidad Valenciana; y art. 2 de la Ley 5/1998 de Cooperativas de Galicia.

3. LA INCONSISTENCIA DE LA ARGUMENTACIÓN DEL PRIVILEGIADO TRATAMIENTO FISCAL DE LAS COOPERATIVAS PARA JUSTIFICAR LA LIMITACIÓN DE LA OPERACIONES CON TERCEROS NO SOCIOS

La existencia de un régimen fiscal especial para las cooperativas en España viene a responder a la necesidad de un tratamiento diferenciado para este tipo de sociedades, basado, de una parte, en razón de su función social (en especial, en cuanto que facilitan el acceso de los trabajadores a los medios de producción y promueven la adecuada formación de los mismos a través de las correspondiente dotaciones efectuadas con esta finalidad); de otra, por el mandato constitucional de los poderes públicos de fomentar mediante una legislación adecuada las sociedades cooperativas (art. 129.2 CE); y por último, en función de su especialidad derivada del diferente régimen económico que tienen las cooperativas respecto al resto de sociedades de nuestro ordenamiento. Estas consideraciones han motivado la promulgación de una legislación fiscal especial que tiene como principal manifestación la Ley 20/1990 de Régimen Fiscal de las Cooperativas (en adelante LRFC) y determinadas leyes forales sobre la materia: la ley Foral 9/1994 de Régimen Fiscal de las Cooperativas Navarras, la Ley Foral 2/1997, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas del territorio histórico de Guipúzcoa, la Ley Foral 16/1997, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas del territorio histórico de Álava; y Ley 9/1997 sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas del territorio histórico de Vizcaya.

Nosotros nos centraremos en uno de los aspectos motivadores de un tratamiento fiscal especial para este tipo de sociedades que muchas veces no se tiene en consideración: la exigencia de un tratamiento diferente al amparo de los principios de justicia e igualdad tributaria para corregir situaciones desiguales. Estas sociedades tienen un tratamiento fiscal diferente porque son sociedades diferentes al tener que cumplir una serie de obligaciones económicas-financieras sin parangón en el régimen económico del resto de sociedades mercantiles²⁴.

La LRFC, como su propia Exposición de Motivos indica, contiene dos tipos esenciales de normas para entender el verdadero tratamiento fiscal de estas sociedades. Existen, de una parte, normas incentiva-

²⁴ Sobre el régimen fiscal de las cooperativas en España, por todos, JULIÁ, J. F. y SERVER, R. J. *Fiscalidad de cooperativas. Teoría y práctica*. Madrid: Pirámide, 1996, 300 p.

doras que establecen beneficios fiscales reconocidos a las cooperativas «protegidas» y «especialmente protegidas» (arts. 33 y s.); y de otra parte, existen normas técnicas, de ajuste, que adaptan las reglas generales de tributación a las peculiaridades propias del funcionamiento de las cooperativas y que se engloban bajo el título de «Reglas especiales aplicables en el Impuesto sobre Sociedades» (arts. 15 y ss.). La LRFC para la determinación de la base imponible del Impuesto de Sociedades (IS), diferencia dos grupos de operaciones: con socios y con no socios. La norma esencial de ajuste en este punto es la contenida en el artículo 16, por el que para la determinación de la base imponible se considerarán separadamente los resultados cooperativos por las operaciones realizadas con los socios; y los extracooperativos, que se componen de los resultados provenientes de las operaciones realizadas por la cooperativa con no socios o terceros, junto los obtenidos de actividades económicas o fuentes ajenas a los fines específicos de la cooperativas, así como los derivados de actividades extraordinarias procedentes de plusvalías que resulten de operaciones de enajenación de los elementos del activo inmovilizado o los derivados de inversiones o participaciones financieras en otras sociedades (art. 57.3 LC).

Esto hay que hay que relacionarlo con el artículo 33 LRFC, que especifica que se diferencia el tipo de gravamen, aplicándose el 20 por ciento a la base imponible correspondiente a los resultados cooperativos, y el tipo general del impuesto, 35 por ciento, a la base imponible correspondientes a los resultados extracooperativos. Por tanto, en los rendimientos que obtiene una cooperativa en su actuación con terceros no socios no se produce bonificación fiscal alguna en cuanto al tipo de gravamen del IS.

Por su parte, el artículo 23 LRFC define la cuota tributaria de dicho impuesto como la suma de las cantidades resultantes de aplicar a las bases imponibles anteriores los tipos de gravamen correspondientes, y tendrá la consideración de cuota íntegra cuando resulte positiva, teniendo una bonificación del 50 por cien sobre dicha cuota las cooperativas «especialmente protegidas» (art. 34.2). Estas son cooperativas de determinada clase (trabajo asociado, agrarias, del mar, consumidores y usuarios, y de explotación comunitaria de la tierra) que disfrutan unos beneficios adicionales por su actuación en determinados sectores, por la capacidad económica de sus socios y el mayor acercamiento a lo que se considera el principio mutualista, es decir, actuar dentro de unos límites con terceros no socios.

Pero ese beneficio fiscal no puede considerarse de forma desconectada del coste fiscal de los retornos en la renta del socio cooperativista por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).

Hay que tener en cuenta que la doble imposición de los dividendos/ retornos como consecuencia de grabar primero el beneficio por el IS y posteriormente por el IRPF, y la atenuación en la doble imposición efectuada en la relación sociedad capitalista y socio (dividendo empresarial) no tienen contrapartida en la relación sociedad cooperativista y socio (retorno cooperativo), por lo cual el retorno tiene una mayor carga fiscal que el dividendo²⁵. Por otra parte, como se sabe, la legislación cooperativa limita las remuneraciones del capital social, medida que no existe para el resto de sociedades, elevándose éste a uno de los principios básicos del cooperativismo (art. 48 LC y concordantes autonómicos)²⁶.

Pero sin duda, el elemento determinante para la comprensión del régimen global de este tipo de sociedades y del juego del beneficio y las obligaciones específicas de las cooperativas es la existencia de determinadas obligaciones financieras que inmovilizan recursos y los convierten en irrepartibles, como es la constitución de Fondos Sociales Obligatorios, que significa que parte de lo que cada socio reparte a la empresa nunca lo va a recuperar y que parte de los excedentes empresariales quedan inmovilizados.

Centrándonos en la legislación estatal, la LC establece que el Fondo de Reserva Obligatorio (FRO) está destinado específicamente a la consolidación, desarrollo y garantía de la cooperativa y es irrepartible entre los socios (art. 55), limitación que no tiene ninguna otra sociedad. Este fondo forma parte del patrimonio social irrepartible y en caso de disolución de la cooperativa pasa a disposición de la Administración con la finalidad de destinarlo a la constitución de un Fondo para la Promoción del cooperativismo. No obstante, hay que mencionar que una de las grandes novedades de la Ley andaluza de cooperativas de 1999 es la posibilidad de que si los estatutos de la

²⁵ En concreto esto se refleja en el artículo 23 de la Ley 40/1998 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que establece que se integrarán en el IRPF los rendimientos obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad, especificando que en el caso de dividendos se deberá recoger el 40 por cien de dichos rendimientos en la base imponible del impuesto, mientras que para los retornos este porcentaje será del 100 por cien. Por otra parte, las deducciones de la cuota del IRPF, tal como se deduce en el artículo 66 de dicha ley, también son distintas según el tipo de sociedad: en el caso de obtener dividendos la deducción será del 40 por cien de la cuota; y en caso de los retornos remite al artículo 32 de la Ley 20/1990, donde se recoge que la deducción por doble imposición será del 10 o el 5 por cien, dependiendo de si la cooperativa es protegida o especialmente protegida. Sobre estas deducciones *vid.* CRESPO MIEGIMOLLE, M. *Régimen fiscal de las cooperativas*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 400-405

²⁶ GÓMEZ APARICIO, P. Algunas consideraciones sobre la remuneración del capital social en las sociedades cooperativas. *REVESCO*, n.º 72, 2000, p. 87-97.

cooperativa así lo contemplan expresamente, dicho fondo tendría carácter parcialmente repartible (art. 95.2)²⁷.

En cuanto a su dotación, según la LC, se dota este fondo con un mínimo del 20 por cien de los resultados cooperativos y con un mínimo del 50 por cien de los extracooperativos, además de con las cuotas de ingreso de los socios (art. 58). Por su parte, el Fondo de Educación y Promoción (FEP), tiene como finalidad la formación y educación de sus socios y trabajadores, la difusión del cooperativismo y la promoción cultural, profesional y asistencial del entrono local o de la comunidad en general (art. 56); y se dota de un mínimo del 5 por cien de los resultados cooperativos y un 50 por cien de los extracooperativos (art. 58).

Todo esto lleva a la conclusión de que con carácter general, el excedente máximo distribuible en las cooperativas es inferior al que se genera en otro tipo de sociedades, donde la disponibilidad de los resultados por parte de los socios es mayor, al no tener la obligación de dotar estos fondos con el beneficio obtenido en el ejercicio. En definitiva, la exigibilidad para las cooperativas de las dotaciones obligatorias a fondos sociales, así como la existencia de un patrimonio social irrepartible, aún en el caso de disolución de la sociedad, suponen una limitación a la distribución de los excedentes y a la retribución al capital, convirtiéndose en la práctica en unas importantes cargas parafiscales.

Esta parafiscalidad se percibe claramente en dos comparativas que se contienen en las Observaciones hechas por la Confederación de Cooperativas Agrarias de España (CCA) el 11 de julio de 2001 a las Consideraciones de la Comisión de la Unión Europea sobre la licitud del Real Decreto Ley 10/2000 de medidas urgentes de apoyo a los sectores agrario, pesquero y del transporte ante la denuncia planteada por la Asociación de Estaciones de Servicio Españolas contra el Gobierno español²⁸. En dichas observaciones vienen dos ejemplos muy ilustrativos de la carga fiscal y parafiscal de las cooperativas y de cómo inciden las operaciones con terceros no socios en los retornos que perciben los socios.

²⁷ Sobre el reparto del Fondo de Reserva Obligatorio en la legislación cooperativa andaluza, que puede llegar al 50 por cien: MARTÍN ZAMORA, M. P.; PUY FERNÁNDEZ, G.; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S. *Constitución y funcionamiento de las Sociedades Cooperativas Andaluzas*. Huelva: Universidad de Huelva, 2001, p. 338-341.

²⁸ Este Real Decreto Ley contenía determinadas medidas de apoyo a las cooperativas en estos sectores, en concreto las modificaciones en la LC, en la Ley 10/1990 y en la Ley 34/1998 del Sector Hidrocarburos para que dichas cooperativas pudieran distribuir gasóleo B a sus socios o crear estaciones de servicio para todo tipo de combustibles y carburante, pudiendo distribuir libremente a terceros. Finalmente la Comisión en su Decisión de 5 de mayo de 2003 dio la razón al Gobierno español y declaró lícitas las medidas adoptadas.

En el primer supuesto, se analiza la disponibilidad neta de fondos que percibe el socio de la cooperativa en relación al socio de una sociedad capitalista, partiendo de unos mismos resultados iniciales.

TABLA 2
HIPÓTESIS DE RESULTADO COOPERATIVO (50%) Y RESULTADO
INSERTAR TABLA 2

| HIPÓTESIS | SOCIEDAD COOPERATIVA PROTEGIDA | | | | SOCIEDAD DE CAPITALES |
|--|-----------------------------------|-----------------------------|------------------------|------------------------|-----------------------------|
| | R.C.: 75% R.E.: 25% | R.C.:66,66% R.E.: 33,33% | R.C.: 50% R.E.: 50% | R.C.: 25% R.E.: 75% | |
| RESULTADOS | 150 | 150 | 150 | 150 | 150 |
| DOTACIÓN FONDOS SOCIALES | 48,875 | 50 | 56,25 | 65,625 | 0 |
| RESULTADO DESPUÉS DE FONDOS | 103,125 | 100 | 93,75 | 84,375 | 150 |
| I.S. | 28,97 | 30,125 | 32,437 | 35,906 | 52,5 |
| BENEFICIO DISPONIBLE | 74,155 | 69,875 | 61,313 | 48,469 | 97,5 |
| I.R.P.F. | 28,179 | 26,55 | 23,299 | 17,418 | 26,52 |
| DINERO PERCIBIDO POR LA PERSONA | 45,976 | 43,325 | 38,014 | 30,051 | 70,98 |

FUENTE: CCAE (Observaciones de 11 de julio de 2001).

En el segundo supuesto, se establecen distintos porcentajes de las operaciones de la cooperativa con socios y con terceros no socios, y se observa como, en la medida que aumenta el peso específico de los resultados extracooperativos frente a los cooperativos, las dotaciones a fondos obligatorios se incrementan, el IS será mayor y el porcentaje del beneficio disponible descende, de forma que el dinero neto que percibe cada socio será menor cuando los resultados extracooperativos sean mayores.

TABLA 3
ANÁLISIS DE DISTINTA HIPÓTESIS DE DISTRIBUCIÓN ENTRE
RESULTADOS COOPERATIVOS Y RESULTADOS EXTRACOOPERATIVOS

| | SOCIEDAD COOPERATIVA | SOCIEDAD DE CAPITALES |
|--|--|--|
| RESULTADOS | 150 $\left\{ \begin{array}{l} \text{Resultado Cooperativo (R.C.): 75 (50\%)} \\ \text{Resultado Extracooperativo (R.E.): 75 (50\%)} \end{array} \right.$ | 150 |
| DOTACIÓN FONDOS SOCIALES | E. Educación y Promoción: 5% R.C. = 3,75 F. Reservas Obligatorio: $\left\{ \begin{array}{l} 20\% \text{ R.C.} = 15 \\ 50\% \text{ R.E.} = 37,5 \end{array} \right.$ 56,25 | 0 |
| DOTACIÓN DESPUÉS DE FONDOS | R.C.: 56,25 R.E.: 37,5 $\left. \right\} 93,75$ | 150 |
| I.S. | R.C.: $(75 - 11,25) \times 20\% = 12,75$ R.E.: $(75 - 78,75) \times 35\% = 19,687$ $\left. \right\} 32,437$ | $150 \times 35\% = 52,5$ |
| BENEFICIO DISPONIBLE | $93,75 - 32,437 = 61,313$ | $150 - 52,5 = 97,5$ |
| I.R.P.F. | B.I. = $61,313 \times 100\% = 61,313$ C.I. (al tipo marginal): $61,313 \times 48\% = 29,430$ Deducción: $61,313 \times 10\% = 6,131$ C. Liquidable: $29,430 - 6,131 = 23,299$ | B.I. = $97,5 \times 140\% = 136,5$ C.I. (al tipo marginal): $136,5 \times 48\% = 65,52$ Deducción: $97,5 \times 40\% = 39$ C. Liquidable: $65,52 - 39 = 26,52$ |
| DINERO NETO QUE PERCIBE EL SOCIO/ ACCIONISTA | $61,313 - 23,299 = 38,014$ | $97,5 - 26,52 = 70,98$ |

FUENTE: CCAE (Observaciones de 11 de julio de 2001).

Por tanto, serán razones de economía de escala, de estrategia de la cooperativa o de necesidad e interés de ampliar los servicios a terceros, las que impulsan a mantener e incrementar las operaciones con terceros no socios, porque como hemos visto la limitación cuantitativa de las operaciones con terceros no constituye una forma de compensar las ventajas fiscales que tienen estas sociedades frente al resto.

4. LÍMITES IMPUESTOS POR LA NORMATIVA FISCAL EN LA ACTUACIÓN CON TERCEROS PARA OBTENER LA CONSIDERACIÓN DE COOPERATIVA PROTEGIDA Y ESPECIALMENTE PROTEGIDA

Uno de los criterios que la normativa fiscal ha utilizado para dispensar a las cooperativas de un tratamiento especial ha sido su mayor acercamiento al principio mutualista, que es como la Exposición de Motivos de la LRFC se refiere a una limitada actuación con terceros no socios en el desarrollo del objeto social de la cooperativa. Como vimos, la LRFC distingue dos niveles de protección: uno para las cooperativas protegidas (art. 6) y otro para las especialmente protegidas (arts. 7 y ss.). En cuanto a las primeras, que en principio son todas las que se ajusten a los principios y leyes cooperativas, la Ley, tras mencionar que una de las causas de pérdida de la condición de cooperativa fiscalmente protegida es actuar con terceros fuera de los casos permitidos en las leyes, declara, con carácter general, que ninguna cooperativa, cualquiera que sea su clase, podrá realizar un volumen de operaciones con terceros no socios superior al 50 por cien de total de las de la cooperativa (art. 13.10); o el empleo de trabajadores asalariados en número superior al autorizado en las normas legales por aquellas cooperativas respecto de las cuales exista tal limitación (art. 13.11), y que normalmente, es del 30 por cien de las horas trabajadas al año.

Para las cooperativas especialmente protegidas sí se utiliza un criterio diferenciador de los límites cuantitativos de las operaciones con terceros para cada tipo de cooperativas de las que pueden ser consideradas como tales (a saber, cooperativas de trabajo asociado, agrarias, de explotación comunitaria de la tierra, del mar, y de consumidores y usuarios). Así, por ejemplo, para las cooperativas agrarias se dispone que no pueden conservar, distribuir o comercializar productos procedentes de otras explotaciones similares a los de las explotaciones de la cooperativa o de sus socios en cuantía superior, por cada ejercicio económico, al 5 por cien del precio de mercado obtenido por los productos propios, o al 40 por cien del mismo precio, si así lo prevén sus estatutos [art. 9.2, letra b)]. Para las cooperativas de trabajo asociado se limita el número de trabajadores asalariados con contrato por tiempo indefinido al 10 por cien del total de sus socios, aunque si el número de socios es inferior a diez podrá contratarse un trabajador asalariado; y se establece que la cooperativa puede emplear trabajadores por cuenta ajena mediante cualquier otra forma de contratación, sin perder su condición de especialmente protegida, siempre que el número de jornadas legales realizadas por estos trabajadores durante el ejercicio económico no supere el 20 por cien del total de jornadas legales de trabajo realizado por los socios (art. 8.3).

Para las cooperativas de consumidores y usuarios se limitan las ventas efectuadas a personas no asociadas al 10 por cien del total de las realizadas por la cooperativa en cada ejercicio económico o del 50 por cien si así lo prevén sus estatutos (art. 12.3); pero que no serán de aplicación dicha limitaciones a aquellas cooperativas que tengan un mínimo de treinta socios de trabajo y, al menos, cincuenta socios de consumo por cada socio de trabajo (art. 12.4).

TABLA 4
LÍMITES LEGALES PARA REALIZAR LA ACTIVIDAD COOPERATIVA
CON TERCEROS NO SOCIOS EN LA LRFCA

| | Obligación de contabilidad separada | Límite general actividad cooperativa con terceros | Límite en las cooperativas de consumidores y usuarios | Límite en las cooperativas agrarias | Límite en las cooperativas de trabajo asociado |
|---|--|--|---|---|---|
| Ley 20/1990 sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas | Si. Incumplimiento: pérdida condición de coop. <i>fiscalmente protegida.</i> (art. 13.10). | Remisión a los límites impuestos por las leyes, pero en ningún caso más del 50% de la actividad total de la cooperativa. Incumplimiento: pérdida condición de coop. <i>fiscalmente protegida.</i> (art. 13.10). | Con carácter general 10% del total, y si se prevé en estatutos 50% . Incumplimiento: pérdida condición de coop. <i>especialmente protegida.</i> (art. 12.3). Límites no aplicables cuando existen como mínimo 30 socios de trabajo y 50 socios de consumo por cada socio de trabajo. (art. 12.4). | Con carácter general 5% del total, y si se prevé en estatutos 40% . Incumplimiento: pérdida condición de coop. <i>especialmente protegida.</i> (art. 9.2.b). | El número de trabajadores asalariados con contrato por tiempo indefinido no puede ser superior al 10% del número total de socios (si el número de socios es inferior a 10 se puede contratar 1 trabajador asalariado); y los trabajadores por cuenta ajena por cualquier otra forma de contratación puede realizar hasta el 20% del total de jornadas legales de trabajo realizadas por los socios. Incumplimiento: pérdida condición de coop. <i>especialmente protegida.</i> (art. 8.3). |

FUENTE: Elaboración propia.

5. CONCLUSIONES

Primera. En relación a las cooperativas se debe tomar un concepto amplio del término *mutuo*, en el sentido de que la actividad social de la cooperativa se orienta necesariamente hacia sus socios, que son los destinatarios principales de las actividades económicas y sociales que ésta lleve a cabo.

Segunda. Este principio de mutualidad viene quedando progresivamente comprometido tanto a nivel estatal como autonómico a la vista de las sucesivas reformas legales que, con objeto de consolidar empresarialmente a las cooperativas en el mercado, tienden a ampliar las posibilidades legales de la actuación con terceros no socios específicas de cada tipo de cooperativas.

Tercera. Dada la diversidad de leyes cooperativas y la diversidad de criterios económicos en cuanto a los límites para operar con terceros o respecto a la obligación de dotar fondos o de contabilizar los resultados separadamente, nos preguntamos si se puede producir en nuestro Derecho cooperativo una lucha entre ordenamientos autonómicos para captar un mayor número de operadores económicos a través de medidas que hagan más atractiva su regulación.

Cuarta. La Ley 20/1990, de Régimen Fiscal de Cooperativas contiene, de una parte, normas incentivadoras, que establecen beneficios fiscales reconocidos a las cooperativas protegidas y especialmente protegidas; y de otra parte, normas técnicas, de ajuste, que adaptan las reglas generales de tributación a las peculiaridades propias del funcionamiento de las cooperativas. Entre estas particularidades encontramos la limitada remuneración de las aportaciones al capital social de las cooperativas y la existencia de determinadas obligaciones financieras que inmovilizan recursos y los convierten en irrepartibles, como es la constitución de fondos sociales obligatorios.

Quinta. Visto todo lo anterior, entendemos que el régimen fiscal privilegiado que se otorga a las cooperativas responde a la necesidad de compensar las cargas parafiscales a que se ven sometidas. La limitación de los porcentajes para su actuación con terceros no encuentra su justificación en ese teórico trato fiscal privilegiado aya que los rendimientos de esas operaciones tributan al tipo general de Impuesto sobre Sociedades, sino en una concepción más doctrinal que legal, de que la cooperativa debe actuar principalmente con sus socios en respeto del principio de mutualidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARRUÑADA, B. *Teoría contractual de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 1998, 345 p. ISBN: 84-206-2615-5.
- BALLESTERO, E. *Economía Social y empresas cooperativas*. Madrid: Alianza Universidad, 1990, 302 p. ISBN: 84-206-2615-5.
- BONFANTE. Imprese cooperative. En: GALGANO, F. (Dir.). *Comentario del Codice Civile Sicaloja-Branca*. Bolonia: Zanichelli, 1999, 745 p. ISBN: 88-08-09179-1.
- BORJABAD GONZALO, P. El sistema legislativo español de cooperativas y la Ley 27/1999. En: ALONSO ESPINO (Coord.). *La sociedad cooperativa en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*. Granada: Comares, 2001, p. 1-4. ISBN: 84-8444-315-9.
- CECCHERINI, A; SCHIRÒ, S. Società cooperative e mutue assicuratrici. En: LO CASCIO (Dir.). *La riforma del diritto societario*. Milán: Giuffrè, 2003, 248 p. ISBN: 88-14-10413-1.
- CRESPO MIEGIMOLLE, M. *Régimen fiscal de las cooperativas*. Pamplona: Aranzadi, 1999, 545 p. ISBN: 84-8410-203-3.
- DIONISIO ARANZADI, S. J. *Cooperativismo industrial como sistema, empresa y experiencia*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1976, 552 p. ISBN: 84-600-0550-X.
- GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*. t. I y único. Madrid: Artes Gráficas Benzal, 1976, 724 p. ISBN: 84-400-9847-2.
- GÓMEZ APARICIO, P. Algunas consideraciones sobre la remuneración del capital social en las sociedades cooperativas. *REVESCO*, n.º 72, 2000, p. 87-97.
- IANNIELLO, G. *Impresa cooperativa: caratteristiche strutturali e nuove prospettive di finanziamento*. Milán: CEDAM, 1994, 217 p. ISBN: 88-13-19094-8.
- JULIÁ, J. F. y SERVER, R. J. *Fiscalidad de cooperativas. Teoría y práctica*. Madrid: Pirámide, 1996, 300 p.
- LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G. Valoración económica del coste implícito asociado a la decisión de contabilizar conjuntamente resultados cooperativos y extracooperativos en las sociedades cooperativas especialmente protegidas. *REVESCO*, n.º 72, 2000, p. 175-198.
- LLOBREGAT HURTADO, M. L. *Mutualidad y empresa cooperativas*. Barcelona: Bosch, 1990, 464 p. ISBN: 84-7698-143-0.
- LLUIS y NAVAS, J. *Derecho de cooperativas*, t. I. Barcelona: Bosch, 1972, 669 p. D.L.: Z.738.-1971.
- MANRIQUE ROMERO, F; RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, J. M. La cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico. *RDN*, n.º 109-110, 1980, p. 29-155.
- MARTÍN ZAMORA, M. P.; PUY FERNÁNDEZ, G.; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S. *Constitución y funcionamiento de las Sociedades Cooperativas Andaluzas*. Huelva: Universidad de Huelva, 2001, p. 525. ISBN: 84-95699-02-8.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F. J. Sobre el concepto jurídico de cooperativa. En: MOYANO FUENTES. *La sociedad cooperativa. Un análisis de sus características societarias y empresariales*. Jaén: Universidad de Jaén, 2001, p. 41-76. ISBN: 84-8439-069-1.

- MARTÍNEZ SEGOVIA, F. J. La sociedad cooperativa europea: Más cerca. En: VARGAS SÁNCHEZ, A; LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G. *Las empresas de participación en Europa: El reto del siglo XXI. En homenaje al Prof. Dr. Carlos GARCÍA-GUTIERREZ FERNÁNDEZ*. Madrid: Escuela de Estudios Cooperativos, 2002, p. 101-116. ISBN: 84-6009817-6.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F. J. Primera aproximación al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea. *REVESCO*, n.º 80, 2003, p. 69-104.
- METZ, E; SCHAFFLAND, H. J. *Genossenschaftsgesetz*. Berlin: WdeG. 1997, 1.283 p. ISBN: 3-11-015385-8.
- PANIAGUA ZURERA, M. *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*. Madrid: MacGraw-Hill, 1997, 537 p. ISBN: 84-481-1083-8.
- PASTOR SEMPERE, C. La sociedad cooperativa europea. *REVESCO*, n.º 74, 2001, p. 201-215.
- PAULICK, H. *Das Recht der eingetragenen Genossenschaft*. Münster: CFM Karlsruhe, 1953, 391 p.
- PAZ CANALEJO, N. *La sociedad cooperativa ante el reto de los mercados actuales. Un análisis no sólo jurídico*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, 271 p. ISBN: 84-8417-105-1.
- POLO, A. *Misión y sentido de la nueva Ley de Cooperación*. Madrid: RDP, 1942, 55 p.
- POLO, A. *Notas al Tratado de Derecho mercantil de COSACK*, Madrid: RDP, 1935, 342 p.
- SANZ JARQUE, J. J. *Cooperación. Teoría general y régimen de las sociedades cooperativas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1974, 1.194 p. ISBN: 84-8151-066-1.
- SERVER IZQUIERDO, R. J. y MARÍN SÁNCHEZ, M.ª M. La presión fiscal como factor de economía de opción en la localización de las cooperativas. En: *Jornadas de Investigadores en Economía Social y Cooperativas*, organizadas por CIRIEC y celebradas en Canarias en el 2002 (trabajo disponible en www.asescan.com/ciriec.cfm).
- TRUJILLO DÍEZ, I. J. *Cooperativas de consumo y cooperativas de producción*. Pamplona: Aranzadi, 2000, 263 p. ISBN: 84-8410-437-0.
- VARGAS VASSEROT, C. El Derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de sociedades. *RdS*, n.º 22, 2004-1, p. 305-334.
- VERGEZ SÁNCHEZ, M. *El Derecho de las cooperativas y su reforma*. Madrid: Civitas, 1973, 150 p.
- VICENT CHULIÁ, F. Análisis crítico del nuevo Reglamento de Cooperación. *RDM*. núm. 123, 1972, p.429-537.