

DEL ISOMORFISMO ORGANIZATIVO AL RECONOCIMIENTO DE UNA IDENTIDAD DIFERENCIADA: ALGUNAS PROPUESTAS PARA DESARROLLAR EL POTENCIAL DE LAS EMPRESAS DE LA ECONOMÍA SOCIAL EN EL MERCADO DE SEGUROS ESPAÑOL

María José Puyalto Franco

Profesora Agregada de Derecho Mercantil.

Universitat de Lleida

Vocal del Consejo de Gobierno de la Mutualidad de Previsión Social de la Policía (MUPOL)

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Alfonso CANDAU PÉREZ, doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Alberto ALONSO UREBA, don Ángel CARRASCO PERERA y don Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA.

EXTRACTO

En este trabajo se identifican algunos aspectos de la vigente norma de control de los seguros privados que resultan inconsistentes con los rasgos identitarios de las entidades aseguradoras de la Economía Social (cooperativas, mutuas y mutualidades de previsión social) y se sugieren algunas líneas de revisión de su estatuto jurídico al hilo de la reforma de la normativa de rango legal y reglamentario sobre ordenación y supervisión de los seguros privados como consecuencia de la transposición de la Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II).

Palabras claves: economía social, Solvencia II, cooperativas de seguros, mutuas y mutualidades de previsión social.

Fecha de entrada: 03-05-2012 / Fecha de aceptación: 10-07-2012

ORGANIZATIONAL ISOMORPHISM THE RECOGNITION OF A DISTINCT IDENTITY: SOME PROPOSALS TO DEVELOP BUSINESS POTENTIAL OF THE SOCIAL ECONOMY IN SPANISH INSURANCE MARKET

María José Puyalto Franco

ABSTRACT

This paper identifies some inconsistencies of the rules on supervision of private insurance in relation to the identity features of insurance companies of social economy (cooperatives, mutual insurance companies). A revision of their legal status is suggested along the lines of the amendment of the regulation on supervision of private insurance as a resulting from the transposition of Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II).

Keywords: social economy, Solvency II, cooperative insurance and mutual insurance companies.

Sumario

1. From words to action: planteamiento y objeto de este trabajo
2. Una primera aproximación a las entidades de la Economía Social en el ejercicio de la actividad aseguradora
3. Las especificidades de las aseguradoras de la Economía Social y su tratamiento en la norma de ordenación y supervisión de los seguros privado (TRLOSP)
 - 3.1. La naturaleza privada de las aseguradoras de la Economía Social
 - 3.2. El principio de adhesión voluntaria y abierta
 - 3.3. La doble condición de socio/mutualista y asegurado
 - 3.4. La posibilidad de distribuir beneficios o excedentes entre los socios/asegurados y, más en general, el principio de participación económica del socio/asegurado
 - 3.5. El principio democrático y los requerimientos cualitativos de Solvencia II
4. Otro ejemplo de isomorfismo organizativo a propósito de las modificaciones estructurales de entidades aseguradoras
 - 4.1. La «incomunicabilidad de tipos» en las operaciones de cesión de cartera, fusión, escisión y transformación
5. Recapitulación

1. FROM WORDS TO ACTION: PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE ESTE TRABAJO

En octubre de 2010 un grupo de 421 profesores europeos presentaron ante la Comisión Europea una carta con el título «From Words to action: Supporting cooperative and social enterprises to achieve a more inclusive, sustainable and prosperous Europe»¹, en la que reclamaban la adopción de iniciativas políticas concretas en toda la Unión Europea en apoyo del sector de la Economía Social² (en adelante, ES). Dos años después, la Conferencia Científica Inter-

¹ El texto integro se encuentra disponible en <http://www.socialeconomy.eu.org>.

² Aunque en numerosos documentos la Comisión Europea hace referencia al sector de la «ES» [COM(2004) 18 final «sobre fomento de las cooperativas en Europa» (punto 4.3)], esta denominación no es utilizada en todos los países de la Unión Europea, empleándose en otros casos las expresiones «tercer sector» [por ejemplo, en el Reino Unido existe el Office of the Third Sector (OTS) que agrupa en su ámbito de actuación a los «voluntary and community groups, social enterprises, charities, cooperatives and mutuals»], «tercer sistema» o «economía solidaria». En España se ha optado por la utilización del término «Economía Social» existiendo una amplia bibliografía sobre la delimitación de su concepto, atributos principales y evolución histórica. Entre los trabajos más recientes y sin ánimo exhaustivo pueden citarse los siguientes: CARRASCO CARRASCO, M.: «Economía Social. Concepto e importancia», Trabajo. *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, núm. 1, marzo 1996, págs. 11-33; HERRERA GÓMEZ, M.: «La especificidad organizativa del tercer sector: tipos y dinámicas», *Papers*, 56, 1998, págs. 163-196; CHÁVEZ, R.: «La economía social como enfoque metodológico, como objeto de estudio y como disciplina científica», CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 33, diciembre 1999, págs. 115-139; PÉREZ FERNÁNDEZ, E.: «La participación como elemento constitutivo de las empresas de la Nueva Economía Social», CIRIEC-España, *Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 40, 2002 (Ejemplar dedicado a: La empresa participativa), págs. 141-164; CALVO ORTEGA, R.: «Las figuras de la Economía Social en la Constitución Española de 1978», CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 47, 2003, pág. 159-174; BAREA TEJEIRO, J.: «Constitución y Nueva Economía Social», CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 47, 2003, págs. 137-148; MONZÓN RAMOS, J. L.: «Economía Social y conceptos afines: fronteras borrosas y ambigüedades conceptuales del tercer sector», CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 56, 2006, págs. 9-24; FAJARDO GARCÍA, G.: «La economía social en las Leyes», CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 66, octubre 2009, págs. 5-35; VALDÉS DAL-RE, F.: «La representación institucional de la Economía social: una aproximación desde el derecho vigente y desde el derecho propuesto», CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 66, octubre 2009, págs. 37-60; PÉREZ DE MENDIGUREN CASTRESANA, J.C.; ETXEZARRETA ETXARRI, E. y GURIDI ALDANONDO, L.: «Economía Social, Empresa Social y Economía Solidaria: diferentes conceptos para un mismo debate», *Papeles de Economía Solidaria*, núm. 1, junio 2009, págs. 1-41. Este último trabajo está basado en una ponencia presentada por los mismos autores en las XI Jornadas de Economía Crítica celebradas en Bilbao entre el 27 y 29 de marzo del 2008, titulada: «¿De qué hablamos cuando hablamos de Economía Social y Solidaria? Concepto y nociones afines». Asimismo, resulta de gran interés la consulta de diversos Informes, en particular: CHÁVEZ, R. y MONZÓN CAMPOS, J. L.: *La economía social en la Unión Europea (Informe elaborado para el Comité Económico y Social Europeo por el CIRIEC (Centro Internacional de Investigación e información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa)*, 2005.

nacional «Promoting the understanding of cooperatives for a better world»³, organizada por el *European Research Institute on Cooperative and Social Enterprises* (EURICSE)⁴ y la *Internacional Co-operative Alliance* (ICA)⁵ con motivo del Año Internacional de las Cooperativas⁶ acordó realizar un llamamiento a las autoridades europeas y a los gobiernos y jefes de Estado de la Unión Europea para que considerasen la importancia de la Banca Cooperativa para la recuperación económica⁷. En ambos textos, los académicos coinciden en señalar que las sucesivas (y entusiastas) declaraciones de las instituciones europeas sobre el papel clave de las entidades de la ES «para detectar y satisfacer necesidades y aspiraciones colectivas así como para resolver problemas sustantivos de las economías, en fin, para el progreso con cohesión social»⁸, corren

³ Esta Conferencia se celebró del 15 a 16 marzo de 2012 en San Servolo, Venecia (Italia).

⁴ EURICSE es un centro de investigación con sede en Trento (Italia) destinado a promover el desarrollo del conocimiento y la innovación en el ámbito de las cooperativas, empresas sociales, las organizaciones sin fines de lucro y, más en general, todas las organizaciones privadas y las empresas que persiguen fines diferentes al lucro y que se caracterizan por modelos de gestión participativa y por adoptar un enfoque de desarrollo que combina el bienestar social y económico.

⁵ La Alianza Cooperativa Internacional conocida por sus siglas ACI en castellano, es una organización no gubernamental independiente fundada en 1895 que reúne, representa y sirve a organizaciones cooperativas en todo el mundo. Actualmente tiene su sede en Ginebra.

⁶ La Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el 2012 como el Año Internacional de las Cooperativas y resaltó la contribución de las cooperativas al desarrollo económico y social, especialmente su impacto en la reducción de la pobreza, la creación de empleos y la integración social. Este año internacional tiene tres objetivos: (i) crear mayor conciencia del público sobre la contribución de las cooperativas al desarrollo económico y social, y al logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, (ii) fomentar la constitución y el crecimiento de cooperativas, compuestas de personas e instituciones, para abordar sus necesidades económicas mutuas además de lograr una plena participación económica y social, y (iii) alentar a los gobiernos y organismos reguladores a implementar políticas, leyes y normativas que propicien la constitución y el crecimiento de las cooperativas.

⁷ El llamamiento lleva por título «Appeal on the importance of cooperative banks for Europe's economic recovery and growth». El texto integro se encuentra disponible en la web de EURICSE <http://euricse.eu/>

⁸ En palabras de CHAVES, R.: «El análisis de la economía social en las políticas públicas. Visión de conjunto», *La Economía Social en las Políticas Públicas en España*, CIRIEC, 2007, pág. 4. Entre las declaraciones que de manera explícita ponen en valor la ES y apuestan por su fomento podemos citar las Resoluciones del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 1994, sobre la economía alternativa y solidaria (DO C 205 de 25 de julio de 1994, p. 481), de 18 de septiembre de 1998, sobre el papel de las cooperativas en el crecimiento del empleo de las mujeres (DO C 313 de 12 de octubre de 1998, p. 234), de 6 de septiembre de 2006, sobre un modelo social europeo para el futuro (DO C 305E de 14 de diciembre de 2006, p. 141), de 23 de mayo de 2007, sobre la promoción de un trabajo digno para todos (DO C 102 de 24 de abril de 2008, p. 321), de 19 de febrero de 2009, sobre ES (Informe Toia) (DOUE C 76 E/16, de 25 de marzo de 2010); las Comunicaciones de la Comisión, de 7 de abril de 2000, sobre la actuación local en favor del empleo-Una dimensión local para la Estrategia Europea de Empleo [COM(2000)0196], de 6 de noviembre de 2001, sobre el fortalecimiento de la dimensión local de la estrategia europea de empleo [COM(2001)0629], de 23 de febrero de 2004, sobre el fomento de las cooperativas en Europa [COM(2004)0018], de 2 de julio de 2008, sobre una Agenda Social Renovada: oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del siglo XXI [COM(2008)0412], de 2 de julio de 2008, sobre Un compromiso renovado en favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social [COM(2008)0418]; y, finalmente, los Dictámenes del Comité Económico y Social sobre la ES, en particular los dictámenes sobre la ES y el mercado único (DO C 271E de 12 de noviembre de 2003, p. 593), sobre la diversificación económica en los países adherentes, Función de las PYME y de

el riesgo de convertirse en «papel mojado» si no van acompañadas de medidas concretas que garanticen un reconocimiento explícito de la identidad diferenciada de estas organizaciones, así como su condición de interlocutores en el proceso de elaboración y aplicación de las diferentes políticas públicas⁹.

Nuestro país no debe permanecer ajeno a la demanda de un compromiso efectivo con la ES. Aun concediéndole el mérito de haber sido pionero en el reconocimiento jurídico de este sector mediante la elaboración de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social¹⁰ (en adelante, LES), lo cierto es que el ordenamiento jurídico español presenta importantes deficiencias en la articulación de las singularidades de las empresas de la ES que pueden comprometer su viabilidad a corto y medio plazo, especialmente aquellas que intervienen en mercados muy reglamentados (seguros y crédito) y en los que la competencia entre los operadores es intensa. Un ejemplo paradigmático se encuentra en el ámbito del seguro privado y no solo por el tardío y vacilante reconocimiento de la aptitud de las sociedades cooperativas (organización emblemática de la ES) para el ejercicio de la actividad aseguradora, sino también por el tratamiento fragmentario dispensado a los aspectos societarios del resto de las aseguradoras de la ES (mutuas y mutualidades de previsión social) que se traduce en la existencia de auténticos «vacíos normativos» con aplicación analógica del régimen jurídico de la sociedad anónima. Este enfoque favo-

las empresas de la ES (DO C 112 de 30 de abril de 2004, p. 105), sobre la capacidad de adaptación de las PYME y de las empresas de la ES a los cambios impuestos por el dinamismo económico (DO C 120 de 20 de mayo de 2005, p. 10), y sobre distintos tipos de empresa (DO, C 318 de 23 de diciembre de 2009).

⁹ Más en particular, los investigadores europeos advierten sobre el impacto de las reformas financieras conocidas como Basilea III en las empresas de la ES. A este conjunto de reformas que nacen como respuesta a la profunda crisis financiera internacional y tienen como objetivo fundamental evitar que esta se repita, se les reprocha un enfoque de «talla única» que ignora la amplia gama de modelos de negocio en el sector financiero y la diversidad de empresas que participan en él. Como consecuencia de este planteamiento se penaliza a aquellas entidades (en su mayor parte pertenecientes al sector de la ES, como los Bancos Cooperativos) que paradójicamente menos han contribuido a la aparición de la crisis y que han demostrado ser los mejores en la mitigación de sus efectos. A escala española, por ejemplo, las cooperativas de crédito no solo no han presentado problemas de solvencia que justifiquen la adopción de las recientes medidas de regulación y reestructuración bancaria sino que mantienen importantes ventajas competitivas derivadas de la estructuración de su capital, proximidad a los clientes de su entorno geográfico y su acción social. Sobre estos temas pueden consultarse los monográficos publicados por CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y cooperativa*, núms. 73 (octubre de 2011) y 68 (agosto de 2010) con el título «Social economy, an international perspective. 25 Years of CIRIEC-España» y «Las instituciones financieras de la Economía Social en la crisis financiera», respectivamente.

¹⁰ Conviene recordar que el gobierno designó una Comisión independiente de personas expertas dirigida por el profesor José Luís MONZÓN CAMPOS que en octubre de 2009 finalizó los trabajos de elaboración del «Informe para la elaboración de una ley de fomento de la Economía Social». Partiendo del Informe de esta Comisión y de la propuesta de texto articulado elaborado por la Confederación Empresarial Española de Economía Social (CEPES), se procedió a la elaboración de un texto común que contó con el respaldo mayoritario del sector de la ES y que sirvió de base para la redacción de la vigente Ley de Economía Sostenible. Véase ALFONSO SÁNCHEZ, R.: «Algunas consideraciones en torno a la propuesta de Ley "Marco" de Economía Social», *REVESCO*, núm. 102, 2010, págs. 7-23, en su trabajo la autora argumenta que (la entonces) propuesta de Ley Marco de ES intentaba materializar todos los aspectos enunciados del Informe Toia partiendo del reconocimiento jurídico de la ES en nuestro Estado vía elaboración de una ley ad hoc.

rece procesos de *isomorfismo organizativo*¹¹ que conducen al desvirtuamiento de los atributos esenciales de las entidades de la ES y a su convergencia con el tipo societario preponderante¹².

Lo más alarmante es que la situación descrita se mantenía sin cambios sustanciales en el Proyecto de Ley de supervisión de los seguros privados (en adelante, PLSSP)¹³ con el que el gobierno socialista pretendía impulsar una profunda reforma de la normativa de rango legal y reglamentario sobre ordenación y supervisión de los seguros privados como consecuencia de la transposición de la Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II)¹⁴. La caducidad de la propuesta normativa derivada de la disolución del Congreso de los Diputados y el Senado, así como la exclusión del proyecto de la relación de iniciativas que se trasladaban a la Cámara constituida en la X Legislatura¹⁵ ofrecen una tregua momentánea¹⁶ para sopesar

¹¹ El isomorfismo constituye uno de los conceptos esenciales de la teoría institucional. DIMAGGIO, P. J. y POWELL, W., lo definen del siguiente modo: «Isomorphism is a constraining process that forces one unit in a population to resemble other units that face the same set of environmental conditions». En particular, el isomorfismo institucional constituye un proceso de homogenización entre las organizaciones sujetas a presiones similares por efecto del ambiente institucional. Los autores citados identifican tres mecanismos de isomorfismo institucional: (i) el isomorfismo coercitivo (*Coercive Isomorphism*), (ii) el isomorfismo normativo (*Normative Pressures*) y (iii) el isomorfismo mimético (*Mimetic Processes*). El primero «es el resultado de las presiones tanto formales como informales ejercidas sobre la organización por otras organizaciones de las que dependen y por expectativas culturales en la sociedad dentro de la cual funcionan». Según este enfoque, el Estado se considera un actor central en la explicación de las características de las organizaciones de modo que cuando un gobierno establece una normativa específica que afecta a una serie de organizaciones, estas deben aplicarla para evitar las consecuentes sanciones por lo que el comportamiento de las mismas será similar creándose homogeneidad en el campo organizativo. Véase de los autores «The iron cage revisited institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields», *American Sociological Review*, 48 (1983), págs. 147-160.

¹² Esta circunstancia ha sido señalada por los expertos como uno de los riesgos más importantes de las empresas de la ES. En particular, HERRERA GÓMEZ, M. cit. pág. 185; BELO MOREIRA, M.: «Holdings cooperativas en el contexto de la globalización», en CHAVES, R.; FAJARDO, G. y NAMORADO, R. (coord.): *Integración empresarial cooperativa*, CIRIEC-España, Valencia, 2003, págs. 161-184, CHÁVEZ, R. y MONZÓN CAMPOS, J. L.: *La economía social en la Unión Europea*, pág. 115. Estos últimos autores argumentan que «Un segundo problema es la estructural tendencia de las entidades de ES a ver desnaturalizadas sus especificidades, y cuando no, a su transformación en empresas tradicionales lucrativas, para aquellas empresas de ES que más inmersas en el mercado se encuentran, y a su instrumentalización, cuando no dependencia (especialmente financiera), respecto de las administraciones públicas cuando su relación habitual es con los poderes públicos. Este fenómeno se conoce como isomorfismo organizativo. Si pretende realmente desplegar todo su potencial, la ES debe crear mecanismos de resistencia a la banalización y articular mecanismos de desarrollo autosostenido que eviten su dependencia respecto de los otros dos sectores y establecer alianzas».

¹³ BOCG, Serie A, núm. 142-1, 22 de julio de 2011.

¹⁴ DO 2009/ L 335/1. Solvencia II es un proyecto iniciado en el seno de la Unión Europea para que las compañías aseguradoras operen dentro de sus ámbitos de responsabilidad con un nivel de viabilidad (solvencia) adecuado. El objetivo principal consiste en mejorar el control y medición de los riesgos (de mercado, operacionales, de crédito y de liquidez) a los que están expuestas las aseguradoras. Se estructura en tres pilares o principios: que son el correlato en el ámbito de los seguros de los establecidos en el Acuerdo de Basilea para el sector bancario.

¹⁵ BOCG, Serie D, núm. 648, 28 de octubre de 2011.

¹⁶ La transposición de los aspectos más relevantes de la Directiva debe hacerse antes del 31 de octubre de 2012.

aquellos aspectos susceptibles de mejora, especialmente los relativos a las entidades de la ES que operan en el sector.

Aprovechando esta coyuntura, el trabajo que presentamos pretende sumarse a las iniciativas de los universitarios europeos para «pasar de las palabras a la acción» (en este caso normativa) con el propósito de identificar aquellos aspectos de la vigente norma de control de los seguros privados que pueden resultar inconsistentes con los rasgos identitarios de las entidades de la ES y sugerir algunas líneas de reforma de su estatuto jurídico para que puedan desplegar todo su potencial tal y como señala el «Informe sobre la Economía Social» unánimemente aprobado por la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados a finales de 2011¹⁷. Adicionalmente, el trabajo procura dar respuesta a los llamamientos a «promover investigaciones desde las universidades en temas relacionados con la ES» para «informar la elaboración de "leyes modelo" en las empresas cooperativas y sociales», y «para comprender y contrarrestar el proceso de "isomorfismo organizativo", y los efectos particulares que pueden generar la competencia en la organización interna de las empresas»¹⁸.

2. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LAS ENTIDADES DE LA ECONOMÍA SOCIAL EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA

El artículo 5 de la LES indica que forman parte de este sector: «las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos en el artículo anterior»¹⁹. Del elenco citado, únicamen-

¹⁷ BOCG. Congreso de los Diputados, núm. D-598, de 1 de julio de 2011, pág. 8. La Subcomisión para el fomento de la ES, constituida en el seno de la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados, fue puesta en marcha a finales del año 2006 con un doble objetivo: por un lado, realizar un análisis de la situación de las entidades de ES, y por otro, avanzar en la definición de propuestas de reformas normativas necesarias en la legislación estatal en materia fiscal, financiera y laboral aplicable al conjunto de entidades de ES, con objeto de conseguir un trato fiscal, financiero y laboral favorable. La Subcomisión no pudo concluir sus trabajos por el fin de la legislatura y a mediados de 2008 el Grupo Parlamentario Catalán CiU, solicitó la reapertura del órgano. A principios de 2010, la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad la propuesta de CiU. Además de la Subcomisión para el fomento de la ES, en la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso existe otra Subcomisión sobre reestructuración bancaria y recursos propios especialmente activa durante 2011.

¹⁸ Esta recomendación se recoge en el «Informe sobre la Economía Social», en el documento «From Words to action: Supporting cooperative and social enterprises to achieve a more inclusive, sustainable and prosperous Europe» y en la Comunicación de la Comisión de 2004 sobre la promoción de las cooperativas en Europa.

¹⁹ El Informe sobre «La Economía Social en la Unión Europea», págs. 20 y ss. ofrece una concepción amplia de la ES que permite configurar los dos grandes subsectores que la integran, estos son: el subsector de mercado o empresarial que agrupa al «Conjunto de empresas privadas organizadas formalmente, con autonomía de decisión y libertad de adhesión, creadas para satisfacer las necesidades de sus socios a través del mercado, produciendo bienes y servicios, asegurando o financiando y en las que la eventual distribución entre los socios de beneficios o excedentes así como la toma de

te las *cooperativas y las mutualidades* constituyen, junto a la sociedad anónima, *formas jurídicas aptas* para el ejercicio de la actividad aseguradora a tenor de lo establecido en el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (en adelante, TRLOSSP).

Aunque en la actualidad resulta pacífica la idoneidad de algunas entidades de la ES para hacer frente a la compensación de riesgos (función básica de la actividad aseguradora), el «Informe sobre la Economía Social» aconseja «eliminar las limitaciones para poder operar en cualquier actividad económica, de forma que en todos los ámbitos de actuación empresarial desaparezcan las trabas a las entidades de la ES»²⁰. Respecto a esta última sugerencia advierte que «las cooperativas tropiezan con obstáculos legales para ejercer su actividad en algunos ámbitos especialmente regulados, debido a la falta de comprensión de su naturaleza empresarial o de su propio modelo societario. Situación que provoca dificultades para su desarrollo y en muchos casos obliga a la constitución de sociedades mercantiles de capital, sociedades anónimas o limitadas, de carácter instrumental, esto es, de capital bajo el control de las cooperativas, situación muy perjudicial para las cooperativas. Se constata que las *principales actividades en las que no se autoriza la intervención de las cooperativas* son: la distribución y comercialización de la electricidad, gasolina y gas, las farmacias, agencias de viaje y *los seguros*»²¹.

Para comprender a qué hace referencia el Informe, es necesario traer a colación la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado²². Una de las novedades de esta norma fue, precisamente, la introducción neta y clara de la sociedad cooperativa en el repertorio de entida-

decisiones, no están ligados directamente con el capital o cotizaciones aportados por cada socio, correspondiendo un voto a cada uno de ellos» y el subsector de productores no de mercado constituido por: «entidades privadas organizadas formalmente con autonomía de decisión y libertad de adhesión que producen servicios de no mercado a favor de las familias, cuyos excedentes, si los hubiera, no pueden ser apropiados por los agentes económicos que las crean, controlan o financian». Posteriormente, en el *Manual para la elaboración de las Cuentas Satélite* de cooperativas, mutuas y mutualidades de previsión social realizado para la Comisión Europea, Dirección General de Empresa e Industria, por CIRIEC, diciembre 2006, pág. 38, se adopta una definición más restringida de la ES con el propósito de incluir a los productores de mercado de la ES que no son considerados en el Handbook on Non-Profit Institutions in the System of National Accounts (2003) como las cooperativas y las mutuas. La metodología recogida en dicho Manual junto a los conceptos y clasificaciones básicos del cuadro central de la contabilidad nacional establecido por el SEC-1995 y las Cuentas nacionales elaboradas por el Instituto Nacional de Estadística de España (INE) ha servido de base para la elaboración de «Las cuentas satélite de las cooperativas, mutuas y mutualidades de previsión social en España referidas al año 2008» que fueron presentadas a principios del mes de julio de 2011 por el INE y el CIRIEC. Para un mayor detalle de las diferentes variables véase el documento de «Las cuentas satélite en la Web del Observatorio Español de la Economía Social»: www.observatorioeconomiasocial.es/

²⁰ Recomendación 16 del Informe, pág. 9.

²¹ Las cursivas son nuestras.

²² Véase artículo 7 de esta norma. A propósito de este precepto, véanse los comentarios de DUQUE, J.: «Mutuas y Cooperativas en la nueva legislación», *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, Madrid, 1988, págs. 311-388. La Ley de 1984 es la tercera norma reguladora del sector siendo precedida por Ley de Registro y Vigilancia de entidades aseguradoras de 14 de mayo de 1908 y por la Ley de Ordenación de Seguros Privados de 16 de diciembre de 1954.

des que pueden ejercer la actividad aseguradora. Además, el artículo 15 permitía que lo hicieran tanto «para cubrir riesgos a sus socios» como «bajo la forma de trabajo asociado para cubrir riesgos a cualquier asegurado». Esta doble posibilidad era una consecuencia *natural* de las modalidades que las cooperativas de primer grado²³ pueden adoptar en función del tipo de participación de los socios en el proceso de producción y distribución, distinguiendo así entre sociedades cooperativas en que los socios participan en los flujos reales como proveedores (cooperativas de trabajo asociado) y aquellas otras en las que la participación es como consumidores (cooperativas de consumo). De forma inopinada²⁴, la existencia de cooperativas de seguros de trabajo asociado quedó vedada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados que también derogó la referencia a este tipo de cooperativas en la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas.

Este estado de cosas se mantiene en la vigente norma de supervisión, por lo que entendemos que la sugerencia del «Informe sobre la Economía Social» va en la línea de «readmitir» la cooperativa de trabajo asociado en el ejercicio de la actividad aseguradora. En este supuesto, los asegurados no serían al mismo tiempo, socios de la entidad aseguradora pero podrían beneficiarse, siquiera reflejamente, por una eventual buena organización de la empresa aseguradora derivada de la coincidencia entre la cualidad de empresario y trabajador²⁵. Por otra parte, es probable que una de las causas por las que no exista en nuestro país *ninguna* experiencia de aseguramiento cooperativo, radique en la dificultad de impulsar una iniciativa de este tipo *desde y por los consumidores de seguros*, en cambio, el interés demostrado por algunos colectivos profesionales (especialmente médicos) por constituir cooperativas de seguros de trabajo asociado en lugar de tener que recurrir a una *sociedad anónima* propiedad mayoritaria de *cooperativas sanitarias de trabajo asociado*²⁶ puede ser un elemento a tener en cuenta por el legislador español para el fomento de este tipo de entidades.

Sin perjuicio de lo anterior, la ausencia de cooperativas en el mercado de seguros español también puede explicarse por la presencia de lo que algunos autores denominan *tipos fronterizos* como es el caso de las sociedades mutuas²⁷. A decir verdad, un sector de la doctrina española opina

²³ Las cooperativas pueden ser de primer grado (constituidas al menos por tres socios personas físicas o jurídicas) o de segundo grado (constituidas como mínimo por dos cooperativas). Se trata, esta última, de una verdadera forma de integración entre cooperativas a las que también pueden integrarse en calidad de socios otras personas jurídicas públicas o privadas hasta un determinado límite. Véase artículo 8 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

²⁴ Algunos autores aventuran que esta omisión se debe, entre otros motivos, al hecho que durante la vigencia de la Ley de 1984 no llegó a constituirse ninguna cooperativa de esta clase. En este sentido, NÚÑEZ LOZANO, C.: *Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*, Ed. Marcial Pons, 1998, pág. 85.

²⁵ Tomamos el argumento de DUQUE, J.: «Sociedades Mutuas y cooperativas de seguros». *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, CUNEF, 1988, pág. 314.

²⁶ Artículo 102 de la LCoop. Véase GARCÍA PÉREZ, R.: «Las cooperativas sanitarias», *AFDUDC*, 10, 2006, págs. 453-461. Como ejemplo de lo que estamos diciendo es la cooperativa de médicos de ámbito estatal Lavinia que agrupa a más de 20.000 médicos y que es propietaria de la aseguradora Asistencia Sanitaria Interprovincial, SA (ASISA).

²⁷ PAZ CANALEJO, N.: «Las cooperativas de seguros», *Revista Española de Seguros*, núm. 29, 1982, pág. 90.

que las mutuas pueden considerarse sociedades cooperativas específicas del ámbito operativo de la actividad aseguradora²⁸. Incluso las propias normas jurídicas han incurrido en esta asimilación. El Real Decreto 2710/ 1978, de 16 de noviembre, por el que se aprobaba el reglamento de la Ley 52/1974, de 19 de diciembre, General de Cooperativas (coetánea de la Ley de Ordenación de 1954) mantenía la tesis que el cooperativismo de seguros se realizaba (o debía realizarse) por las mutuas. Así, su artículo 122 señalaba que: «las cooperativas de seguros podrán crear mutualidades de seguros en las que únicamente podrán ser mutualistas los socios de las cooperativas creadoras».

A mayor abundamiento, desde la primera norma sectorial que reconoció expresamente el cooperativismo asegurador (Ley de 1984) el criterio definidor no ha sido la distinción entre mutuas y cooperativas sino la distinción entre las entidades que practican el seguro a prima fija y las que operan a prima variable²⁹. En efecto, el artículo 9 del TRLOSSP define a las mutuas y cooperativas a prima fija como «entidades aseguradoras privadas sin ánimo de lucro que tienen por objeto la cobertura a sus socios, personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al comienzo del periodo del riesgo». Por su parte, el apartado primero

²⁸ GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C.: «Las sociedades cooperativas de derecho y las de hecho con arreglo a los valores y a los principios del Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional de Manchester en 1996: Especial referencia a las sociedades de responsabilidad limitada reguladas en España», *REVESCO*, núm. 61, 1995, pág. 69 nota (68). También MERINO MERCHAN, J. F.: «Consideraciones generales sobre el cooperativismo de seguros en España», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 151, 1979, págs. 109 y ss. A propósito de la Ley de Ordenación de 16 de diciembre de 1954 que omitía cualquier referencia a la cooperativa como fórmula societaria del empresario de seguros, este último autor señalaba que no había dificultades para la creación de una cooperativa de seguros en la medida que esta constituye un modelo paradigmático de la asociación mutua. Tal circunstancia legitimaría, siempre en opinión del autor, la inclusión de la cooperativa de seguros en el concepto de mutua. Estas apreciaciones son rebatidas por otros autores que, de paso, intentan explicar esta suerte de confusión en la finalidad mutualista que comparten la cooperativa de seguros y la mutua en el sentido de que los socios se integran en ellas con el fin y en la medida en que sean capaces de usar sus servicios. Sin embargo, y salvo en el supuesto de las cooperativas de crédito y de seguro, el principio de mutualidad no está presente en el resto de cooperativas puesto que en las de consumo no se compran ni se venden bienes recíprocamente sino que los adquieren o enajenan en común y en cuanto a las cooperativas de trabajo asociado los socios no traban unos para otros sino conjuntamente. Véase BORJABAD GONZALO, P.: «Las sociedades mutuas de seguros: una panorámica de su distinto régimen jurídico desde su origen hasta la actualidad con especial incidencia en la normativa vigente», *Monografías Cooperativas*, núm. 10, 1991, pág. 108 y MONZÓN RAMOS, J. L.: «Las cooperativas de trabajo asociado ante la reforma de los Principios Cooperativos. La identidad cooperativa», *REVESCO*, núm. 61, 1995, pág. 51.

²⁹ Si asignamos al término «prima fija», el mismo significado que la prima en el sector de seguros industrial, resulta que las entidades que operan de esta forma deben calcular la tarifa técnicamente aplicándoles los principios de indivisibilidad e invariabilidad, así como el resto de las normas previstas en la Ley de Contrato de Seguros por lo que los asegurados en estas entidades deben abonar las primas a cambio de la cobertura de determinados riesgos de forma anticipada y sin posibilidad de restitución. Por el contrario, el sistema utilizado por las entidades que operan a prima variable consiste en abonar la porción exacta que al socio corresponde en proporción a su capital asegurado, de la indemnización que la entidad ha satisfecho por siniestros ocurridos en el ejercicio pasado. Esto evidentemente no es una prima en el sentido indicado anteriormente, sino una parte alicuota de las indemnizaciones pagadas. No hay aquí bases estadísticas ni cálculos actuariales, se trata de una simple aplicación de la regla proporcional. De lo expuesto se infieren los inconvenientes de la utilización de la prima variable derivados de la incertidumbre que produce la organización y funcionamiento de este tipo de sociedades y la responsabilidad que asumen a título personal los socios. De hecho, el PLSSP eliminaba la posibilidad de que las entidades de la ES (mutuas, cooperativas y mutualidades de previsión social) puedan operar a prima variable.

del artículo 10 titulado «Mutuas y cooperativas a prima variable» se limita a describir a las segundas como «entidades aseguradoras privadas sin ánimo de lucro fundadas sobre el principio de ayuda recíproca, que tienen por objeto la cobertura, por cuenta común, a sus socios, personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante el cobro de derramas con posterioridad a los siniestros, y cuya responsabilidad es mancomunada, proporcional al importe de los respectivos capitales asegurados en la propia entidad y limitada a dicho importe».

Esta suerte de «asimilación» entre mutuas y cooperativas se manifiesta también en la remisión que los artículos 9.4 (para las cooperativas a prima fija) y 10.5 (para las cooperativas a prima variable), ambos del TRLOSSP, realizan a las disposiciones aplicables a las mutuas en aspectos referidos al estatuto jurídico del socio o a la distribución de los resultados del ejercicio. Decimos *inexplicable* porque el legislador sectorial no parece ser consciente de la existencia de normas *propias* para las sociedades cooperativas que regulan con completitud su régimen jurídico societario. *Rectius*, son conscientes de su existencia porque explícitamente las mencionan, aunque con la aviesa intención de postergar su aplicación no solo respecto de las disposiciones aplicables a las mutuas sino también respecto a las previstas para la sociedad anónima. Se produce así una situación ciertamente curiosa ya que mientras la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (en adelante, LCoop)³⁰ señala que son cooperativas de seguros «las que ejerzan la actividad aseguradora, en los ramos y con los requisitos establecidos en la legislación del seguro y, con carácter supletorio, por la Ley de Cooperativas», la norma de supervisión establece la siguiente prelación: 1) Los preceptos del TRLOSSP relativos a las mutuas, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 9.4 c) de este texto legal; 2) «En lo demás», el resto de disposiciones del TRLOSSP; 3) Los preceptos del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (actualmente RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC) a los que aquella se remite, así como por las disposiciones reglamentarias que la desarrollen; y 4) *Supletoriamente, por la legislación de cooperativas*. Nuestra propuesta en este punto es realizar un nítido deslinde entre las fuentes jurídicas relativas al tipo societario y las fuentes de carácter técnico, propias de la actividad aseguradora, de modo que todas aquellas cuestiones de naturaleza estrictamente societaria (constitución, estatuto jurídico del socio, estructura orgánica, etc.) deben regularse por las normas cooperativas en tanto no se contradigan con el TRLOSSP (o la norma que la sustituya) sin que proceda efectuar ninguna remisión a la LSC ni, por supuesto, a la regulación de las mutuas salvo, en este último caso, en aquellos rasgos que como veremos son comunes a ambas en cuanto entidades de la ES. Por el contrario, en los aspectos específicos de la actividad aseguradora, el orden de aplicación de las normas ha de ser el inverso tal y como señala la LCoop.

³⁰ En este trabajo únicamente haremos referencia a los preceptos de esta norma aunque recuerdese que en la actualidad permanecen en vigor trece leyes autonómicas sobre cooperativas. Sobre esta situación, sin parangón en el derecho comparado, véase las críticas vertidas, entre otros, por BORJABAD GONZALO, P.: *Derecho Cooperativo Catalán*, Lleidat, 2005, págs. 40 y ss. El profesor recomienda «no seguir esforzándose en regular y volver a regular sus aspectos societarios (los de la cooperativa), y de una vez por todas dedicar nuestro esfuerzo legislativo, en cumplimiento de la Constitución, al estudio en primer lugar y puesta en práctica después, de una verdadera y sistemática normativa de fomento en las proporciones necesarias, y en todo caso, externa a los citados aspectos».

A nuestro juicio, el argumento *definitivo* que explica la inveterada confusión entre mutuas y cooperativas se encuentra en la *finalidad mutualista* que ambas comparten *en el ámbito del seguro*. En efecto, la *mutualidad* entendida como un conjunto de personas que soportan riesgos homogéneos y contribuyen *recíprocamente* a reparar las consecuencias de los siniestros que afecten a una de ellas, constituye uno de los principios fundamentales que sustentan la institución aseguradora³¹. En la explotación del seguro realizada por sociedades anónimas, esta mutualidad es puramente económica, es decir, los asegurados disfrutan también del carácter de *mutualistas* pero este rasgo carece de relevancia porque pasa a primer plano la figura del intermediario (la sociedad anónima). De este modo, junto al interés de los asegurados de cubrirse contra el riesgo coexiste el interés de los accionistas de obtener lucro de la explotación industrial del seguro³². Por el contrario, cuando el titular de la empresa aseguradora es uno de los tipos societarios de la ES (cooperativas o mutualidades) *existe identidad entre la comunidad de sujetos expuesta al riesgo y la comunidad personal societaria*, lo que nos lleva a afirmar que en estas sociedades los asegurados *gestionan directamente* los intereses colectivos constituyéndose en portadores del riesgo empresarial. Sin embargo, debemos tener en cuenta que, salvo el supuesto de cooperativas de crédito y de seguros, el principio de mutualidad *no está presente en el resto de cooperativas* puesto que en las de consumo no se compran ni se venden bienes *recíprocamente* sino que los adquieren o los enajenan *en común* y en cuanto a las de trabajo asociado no trabajan *unos para otros* sino *conjuntamente*³³. Dicho de otro modo, la mutualidad no es un principio inherente a la cooperativa en cuanto tipo social como, contrario sensu, ocurre con la sociedad mutua.

La situación descrita contrasta vivamente con el tratamiento dicotómico que el legislador dispensa a las mutuas y mutualidades de previsión social. Tradicionalmente se ha mantenido que la especialización *operativa* de las mutualidades consistente en el ejercicio de una *modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria* constituye un elemento distintivo respecto a las mutuas³⁴ hasta el punto de considerarlas como un tipo

³¹ Entre otros, MARTÍ SÁNCHEZ, N.: *Actividad aseguradora y contrato de Seguro*, págs. 5 y ss. (trabajo disponible en http://www.derechocambiosocial.com/revista022/contrato_de_seguro.pdf). Conviene tener en cuenta que la institución aseguradora no solo se apoya en el principio mutual (compensación entre sujetos expuestos al mismo riesgo) al que se llega a través de la idea de contribución y solidaridad, sino también en la transferencia de ese riesgo a una entidad que lo gestiona y valora estadísticamente para que, a través de la «ley de los grandes números», se compensen las situaciones favorables con las desfavorables. Esta transferencia de riesgos para su redistribución entre un colectivo requiere que el asegurador reciba un importe monetario de cada uno de los asegurados que se denomina prima. La prima, como precio del seguro, es el valor medio de la siniestralidad esperada y su importe se establece en razón de la experiencia estadística del asegurador en relación con el tipo de riesgos que cubre. Esta experiencia estadística le permite efectuar la determinación de la prima en términos de probabilidad de ocurrencia de los siniestros. Véase MAESTRO MARTÍNEZ, J. L.: «El control financiero en la nueva Ley del Seguro, Manual de la nueva Ley del Seguro», Análisis y Comentarios de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados II, *Expansión*, pág. 177.

³² GARRIGUES, J.: *Teoría general del contrato de seguros terrestres*, Madrid, 1982, pág. 627.

³³ Véase MONZÓN RAMÓN, J.L.: «La cooperativa de trabajo asociado ante la Reforma de los Principios Cooperativos», *REVESCO*, núm. 61 (ejemplar dedicado a La identidad cooperativa), 1995, pág. 51.

³⁴ Por todos, MORENO RUIZ, R.: «Las mutualidades: empresas de participación en la actividad aseguradora y de previsión social», *Economistas*, núm. 83, 2000, págs. 137-146.

societario *autónomo*. Este planteamiento se traduce en un estatuto jurídico diferenciado que para las sociedades mutuas se encuentra en la TRLOSSP y en su reglamento aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre (en adelante, ROSSP), y para las mutualidades de previsión social, fundamentalmente en el Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de mutualidades de previsión social, además de cinco normas autonómicas sobre la misma materia (en adelante, RMPS)³⁵.

En este trabajo mantenemos la tesis que las mutuas y mutualidades de previsión constituyen un *único tipo societario* a pesar de sus diferencias *operativas*. Las razones que avalan esta conclusión son diversas. En efecto, aunque las formas institucionales que integran la ES pueden variar significativamente de un país a otro, existe un núcleo común integrado por *cooperativas y mutualidades*, como formas *genuinas nacionales* que los expertos han considerado ser integrantes de la ES de su país³⁶. De hecho, la propia LES avala este paradigma cuando, al enunciar las entidades que integran la ES, se refiere a *las cooperativas y mutualidades*, utilizando este último término como comprensivo de las mutuas y las mutualidades de previsión social. Más aún, la diferencia entre entidades que ejercen la previsión social y el seguro mutuo no existe en otros países europeos, donde solo hay una clase de mutualidad, llamada también sociedad mutua de seguros o sociedad de seguros mutuos. Este es el caso de Francia que las contempla en el *Code de la Mutualité* o Bélgica en la *Loi du 6 aout 1990, relative aux mutualites et aux unions nationales des mutualites*. Por otra parte, entre los instrumentos opcionales europeos de carácter societario se encuentra una propuesta de reglamento sobre estatuto de *la mutualidad europea*³⁷ que se uniría

³⁵ Las comunidades autónomas ostentan competencia exclusiva en la materia siempre que las mutualidades de previsión social tengan su domicilio social, ámbito de operación y asunción de compromisos (en el caso de seguros de vida), o localización de riesgos (respecto de seguros distintos del de vida), dentro del ámbito espacial de la comunidad autónoma. Concretamente, tienen competencia exclusiva en lo relativo a su organización y funcionamiento, y les corresponde conceder la autorización administrativa y su revocación, previo Informe de la Administración General del Estado. Varias han sido las comunidades autónomas que han legislado en materia de mutualismo, así tenemos la Ley 10/2003, de 13 de junio, de Mutualidades de Previsión Social de Cataluña y su Decreto 279/2003, de 4 de noviembre, de desarrollo de determinados aspectos de la Ley 10/2003, de 13 de junio, sobre mutualidades de previsión social, Ley 7/2000, de 29 de mayo, de Mutualidades de Previsión Social de la Comunidad Valenciana, Ley 9/2000, de 30 de junio, de Mutualidades de Previsión Social de la Comunidad de Madrid y Ley 5/2012, de 23 de febrero, sobre Entidades de Previsión Social Voluntaria del País Vasco (deroga la Ley 25/1983, de 27 de octubre).

³⁶ Del «Informe de la Economía Social en la Unión Europea», cit., pág. 24.

³⁷ En 1992, la Comisión presentó tres propuestas de reglamento con objeto de adoptar, respectivamente, el estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), el de la asociación europea (AE) y el de la mutualidad europea (ME). Cada uno de los reglamentos se complementaba con una directiva relativa al cometido de los trabajadores. Con esos textos se pretendía dotar a esos tres modelos de sociedades (cooperativa, asociación y mutualidad) de un instrumento jurídico que les permitiera desarrollar sus actividades transnacionales en toda la Unión Europea, ya que el estatuto de la sociedad europea (SE), que entonces se debatía, no aportaba soluciones adecuadas a sus especificidades. Las tres propuestas fueron modificadas en 1993 para tener en cuenta los dictámenes del Comité Económico y Social Europeo y del Parlamento Europeo 14. El grupo «Derecho de sociedades» del Consejo trabajó sobre estos textos hasta 1996, año en que surgieron diferencias insalvables entre los Estados miembros en torno al estatuto de la SE (y, más concretamente, sobre la directiva relativa al cometido de los trabajadores) que paralizaron los trabajos sobre todos los estatutos. En la cumbre de Niza de diciembre de 2000 se alcanzó un compromiso estatutario, comenzando por el de la SCE. A

a los ya existentes sobre la sociedad cooperativa [Reglamento (CE) núm. 1435/2003, de 22 de julio de 2003, del Consejo relativo al estatuto de la sociedad cooperativa europea] y la sociedad anónima europea [Reglamento del Consejo (CE) núm. 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea].

Finalmente, a pesar que las mutualidades están sometidas a estatutos jurídicos muy diversos en la Unión Europea el «Manual de la Comisión Europea para la elaboración de las cuentas satélite de las empresas de la Economía Social» se anima a ofrecer una definición, *común a todas ellas*, que las describe como «una asociación autónoma compuesta por personas físicas o morales que se han agrupado de forma voluntaria con la perspectiva, esencialmente, de satisfacer necesidades comunes en los sectores del seguro (vida y no vida), de la previsión de la salud y de los bancos, y cuyas actividades están sometidas a la competencia. Se administra en virtud de un principio de solidaridad entre los miembros que participan en el gobierno de la empresa y obedece a los principios de ausencia de acciones, libertad de adhesión, fines no exclusivamente lucrativos, solidaridad, democracia y autonomía de gestión».

Si aceptamos que la mutua y la mutualidad de previsión constituyen un único tipo societario, llámese sociedad mutua o mutualidad (que parece ser el término más utilizado en el ámbito europeo), la consecuencia más evidente sería la articulación de un régimen jurídico común que contemplará la regulación de los *aspectos estrictamente societarios* (constitución, estatuto jurídico del socio, estructura orgánica, estructura financiera, etc.). Este régimen común debería contenerse en una norma independiente de la de supervisión que, como mínimo, tuviera el mismo rango que las que regulan el resto de tipos societarios. Somos conscientes que frente a esta propuesta puede alegarse que las mutuas o las mutualidades de previsión social se regulan en la norma de supervisión porque se dedican *exclusivamente* a la actividad aseguradora; sin embargo, este argumento puede neutralizarse fácilmente cuando se comprueba que existe un tipo de entidad de crédito, concretamente la Sociedad de Garantía Recíproca, que solo puede tener como objeto social *el otorgamiento de garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución, a favor de sus socios para las operaciones que estos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares* y, sin embargo, dispone de una norma *propia* que contempla su régimen jurídico.

La propia exposición de motivos de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca argumentaba que: «El Real Decreto 1885/1978³⁸ remitía genéricamente a la Ley de Sociedades Anónimas como derecho subsidiario. *Tal solución creaba*

continuación debía acometerse el de la AE y, finalmente, el de la ME. El estatuto de la SCE fue adoptado en julio de 2003, y los trabajos sobre la AE avanzaron mucho durante la presidencia griega (primer semestre de 2003). Tal como se señala en la Comunicación de la Comisión sobre la modernización del Derecho de sociedades 16: «la Comisión tiene intención de apoyar activamente el proceso legislativo iniciado a este respecto [SCE y otras formas jurídicas de empresas en la Unión Europea], como respuesta al deseo, explícitamente expresado por el Parlamento Europeo, de prestar una atención significativa al desarrollo de nuevas formas jurídicas de empresas europeas».

³⁸ Real Decreto 1885/1978, sobre régimen jurídico, fiscal y financiero de las Sociedades de Garantía Recíproca.

dificultades a la hora de determinar qué artículos en concreto de la Ley de Sociedades Anónimas podían ser aplicados a las Sociedades de Garantía Recíproca. Por ello se ha optado por establecer un *texto completo y desarrollado sobre el régimen jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca*, en el que ciertamente se hacen remisiones a la Ley de Sociedades Anónimas, pero se trata de remisiones puntuales, a artículos concretos, evitando la difícil interpretación que significaba la remisión genérica contenida en el Real Decreto 1885/1978». A mayor abundamiento añade que «El nuevo texto legal *respeto las características fundamentales* de las Sociedades de Garantía Recíproca establecidas por el Real Decreto 1885/1978, que han contribuido al éxito de la institución. Por consiguiente, en ese aspecto fundamental de la delimitación del tipo societario no se contienen modificaciones esenciales. *Las Sociedades de Garantía Recíproca siguen siendo un tipo especial de sociedad, que en lo que se refiere al capital social y a la responsabilidad de los socios por las deudas sociales se asemeja totalmente a una sociedad anónima; pero en lo que se refiere a los derechos de los socios predomina el carácter mutualista*». La mayoría de estos argumentos sirven, sin duda, para avalar la conveniencia de una norma especial para la sociedad mutua, con independencia de estudiar la posibilidad de ampliar su objeto social a otro tipo de actividades económicas de modo que la sede natural de su regulación dejaría de ser la norma supervisión³⁹.

También podrían aducirse obstáculos de índole competencial argumentando que una regulación unitaria de la mutua y la mutualidad de previsión social podría conculcar las competencias normativas y de ejecución que las comunidades autónomas ostentan con carácter exclusivo *sobre las cooperativas y las mutualidades de previsión social cuyo domicilio social, ámbito de operaciones y localización de los riesgos*, en el caso de seguros distintos del de vida, y *asunción de los compromisos, en el supuesto de seguros de vida*, que aseguren se circunscriban *al territorio de la respectiva comunidad autónoma*⁴⁰. El obstáculo es más aparente que real ya que no pretendemos una unificación *operativa* de ambas entidades sino una unificación de su estatuto jurídico societario que admitiría, incluso, una denominación diferenciada para ambas entidades aseguradoras en función de sus especialidades operativas. De este modo, las competencias de las comunidades autónomas permanecerían intactas respecto a aquellas mutualidades que ejercieran una *modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria*.

3. LAS ESPECIFICIDADES DE LAS ASEGURADORAS DE LA ECONOMÍA SOCIAL Y SU TRATAMIENTO EN LA NORMA DE ORDENACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LOS SEGUROS PRIVADO (TRLOSSP)

Los datos del Informe de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (en adelante, DGS y FP) correspondiente a 2010, señala que el número de entidades operativas inscritas en el Registro administrativo de entidades aseguradoras en España a 31 de diciembre de 2010

³⁹ Este es el caso del Reino Unido donde pueden operar desde en el suministro de agua al deporte.

⁴⁰ Véase artículo 69.2 del TRLOSSP.

era de 285 de las cuales 195 eran sociedades anónimas y el resto entidades de la ES: 35 mutuas de seguros y 55 mutualidades de previsión social de ámbito nacional, 11 de las cuales tienen la consideración de alternativas a la Seguridad Social en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (mantenida en vigor por el actual texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados⁴¹). Sin entrar en consideraciones sobre la inveterada atomización del sector, lo cierto es que la presencia de entidades de la ES en el mercado de seguro español es minoritaria en términos cuantitativos y, además, hay que recordar que no se ha constituido ninguna cooperativa de seguros. Sin lugar a dudas, las razones de este exiguo balance son diversas pero en este trabajo pretendemos concentrarnos en una de carácter jurídico tal y como seguidamente expondremos.

En el diseño de cualquier regulación subyace un asunto clave que consiste en decidir si se opta por un modelo de normas estrictas que prescriban determinados comportamientos (actividades permitidas o prohibidas) o bien, un enfoque que estimule o induzca el comportamiento deseado. En este último caso, las normas pretenden que los comportamientos deseados sean elegidos por los operadores a través de un mecanismo de incentivos que favorecen las alternativas que el regulador considera mejores. Si trasladamos estas consideraciones al marco regulatorio de los seguros privados resulta que una de las decisiones más relevantes que debe adoptar el legislador es elegir los tipos societarios del catálogo legal que sean más adecuados para organizar y gestionar una empresa de seguros. Partiendo de la base de su clara preferencia por la *sociedad anónima*, como lo demuestran no solo las continuas remisiones a su norma reguladora que se encuentran en diversas partes de su articulado sino también por el hecho de que el TRLOSSP se haya inspirado en ella para la regulación de determinadas materias, es claro que la cuestión solo puede resolverse de dos modos: estableciendo *exclusivamente* la sociedad anónima como forma organizatoria del empresario de seguros, o bien, intentando favorecer *indirectamente* la elección de este tipo societario. Descartada la primera opción⁴², parece evidente que la preferencia de los operadores se dirigirá hacia aquellas fórmulas que ofrezcan mayores ventajas desde cualquier punto de vista, incluido la *seguridad jurídica* que ofrece un estatuto completo y perfectamente delimitado⁴³. Desde esta perspectiva, la fragmentaria regulación de algunas entidades de la ES en el ámbito del seguro, así como la desatención de sus particulares características, constituye evidentes desincentivos para optar por estos tipos societarios.

⁴¹ Además de las anteriores hay que contabilizar unas 186 mutualidades de previsión social en el País Vasco y 57 en Cataluña.

⁴² Básicamente lo ha sido por razones históricas ya que las fórmulas asociativas que excluyen el ánimo de lucro fueron pioneras en la historia del seguro. En efecto, hay quien afirma que las sociedades mutuas tienen sus precedentes en las diversas asociaciones de asistencia recíproca de la antigüedad y en las de la Edad Media. Sobre la evolución histórica de las mutuas, véase ANTIGONO DONATI: *Los Seguros Privados, Manual de Derecho*, (trad. de Arturo VIDAL SOLA), Barcelona, 1960.

⁴³ La posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin pero generadoras de alguna ventaja adicional respecto a las otras se conoce con el término de «economía de opción». Este concepto ha sido tradicionalmente utilizado en el ámbito tributario como una estrategia de minoración del coste fiscal.

El propio «Informe de la Economía Social» coincide con estas apreciaciones cuando advierte que un obstáculo para el desarrollo de la ES se encuentra, justamente, en «la falta de instrumentos jurídicos que pueden reconocer y potenciar sus características alternativas a las empresas convencionales». Dicho de otro modo, para garantizar una igualdad de oportunidades entre las diferentes formas organizativas, es imprescindible que el ordenamiento jurídico reconozca y articule adecuadamente sus rasgos distintivos. Ciertamente es que ello puede dar lugar a un marco jurídico *diverso* pero, como es sabido, *Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum*. Veamos ahora cuáles son estas características singulares y cómo las aborda la norma de supervisión.

En tanto que integrantes de la ES, las entidades aseguradoras presentan los siguientes atributos comunes⁴⁴: (i) Tienen *carácter privado*; (ii) *Con libertad de adhesión*, por lo que la participación de los socios no puede tener carácter obligatorio por ningún motivo; (iii) Se crean para *satisfacer las necesidades de sus socios*, mediante la aplicación del principio de *self-help*; (iv) *Pueden distribuir beneficios o excedentes entre los socios usuarios*, pero no en proporción al capital o a las cotizaciones aportadas por los mismos, sino *de acuerdo con la actividad que estos realizan con la entidad* y, finalmente, (v) Son *organizaciones democráticas* en las que, en el proceso de toma de decisiones, se aplica el principio de «una persona, un voto», independientemente del capital o cotizaciones aportadas por los socios.

Las características enunciadas coinciden sustancialmente con los cuatro principios orientadores y comunes a todas las entidades de la ES, recogidos en el artículo 4 de la LES: «a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social. b) Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad. c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad. d) Independencia respecto a los poderes públicos».

3.1. LA NATURALEZA PRIVADA DE LAS ASEGURADORAS DE LA ECONOMÍA SOCIAL

Decíamos, en primer lugar, que las aseguradoras de la ES tienen naturaleza *privada* lo que básicamente significa que no forman parte institucional de la Administración Pública ni están controladas por ella. Esta característica, que comparten por cierto con las sociedades anónimas de seguros,

⁴⁴ Seguimos en este punto el «Informe sobre la Economía Social en la Unión Europea», págs. 21 y ss., y el *Manual para la elaboración de las Cuentas Satélite*, págs. 38 y ss.

se recoge en los preceptos relativos a cada una de ellas. Así, el artículo 9.1 del TRLOSSP señala que: «Las mutuas (...) son *entidades aseguradoras privadas* (...)». Por lo que respecta a las mutualidades de previsión social, el artículo 2.1 del Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de mutualidades de previsión social indica que «Las mutualidades de previsión social *son entidades aseguradoras privadas* (...)». El TRLOSSP no contempla la definición de cooperativa de seguros por lo que ha de acudir a una lectura conjunta de los artículos 1 y 101 de la LCoop). Así, la cooperativa (de seguros) es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria (...) para ejercer la actividad aseguradora, en los ramos y con los requisitos establecidos en la legislación del seguro, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional. Aun cuando en la definición legal no aparece la expresa declaración del carácter privado de la sociedad cooperativa, es sabido que uno de los *presupuestos esenciales* del cooperativismo es el hecho de no haberse salido del ámbito de la propiedad privada de los medios de producción. De hecho, la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) en su Congreso de 1995 acordó formular un nuevo principio: el de *autonomía e independencia* en los siguientes términos: «Las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda gestionadas (o mejor gobernadas) por sus socios. Si firman acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, lo hacen en términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa»⁴⁵. La definición que ofrece la ACI es oportuno para introducir alguna precisión en el sentido que la naturaleza privada de las aseguradoras de la ES no es óbice para que puedan contar con financiación del sector público o que parte de su capital sea de propiedad pública o incluso que en sus estructuras directivas participen representantes de la administración siempre que ello se produzca en las condiciones que anuncia la formulación del principio de autonomía e independencia⁴⁶.

3.2. EL PRINCIPIO DE ADHESIÓN VOLUNTARIA Y ABIERTA

La segunda característica propia de las empresas de la ES es la denominada *libertad de adhesión*. Se trata de un principio clásico del movimiento cooperativo recogido por la ACI e incorporado en la *Carta de Principios de la Economía Social* promovida por la Conferencia Europea Permanente de Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones (CEP-CMAF)⁴⁷ que en opinión de algún autor «supone un reflejo de la libertad de asociarse y permanecer asociado llevado al más alto grado»⁴⁸. Como tal, no aparece expresamente recogido en la norma sectorial salvo

⁴⁵ Para algún autor, este principio puede ser considerado como inherente al de democracia, en particular, PAZ CANALEJO, N.: «Principios Cooperativos y prácticas societarias de cooperación», *REVESCO*, núm. 61, 1995, pág. 27. En nuestra opinión, sin embargo, es que ambos conceptos son distintos, por autonomía debe entenderse la independencia de la cooperativa de los poderes públicos. La democracia, en cambio, es una forma de gobierno que debe plantearse una vez conseguida la independencia.

⁴⁶ En el mismo sentido, *Manual para la elaboración de las Cuentas Satélite*, pág. 39.

⁴⁷ Déclaration finale commune des organisations européennes de l'Économie Sociale, CEP-CMAF, 20, juin 2002.

⁴⁸ BORJABAD, P.: *Derecho Cooperativo...*, pág. 79.

en el caso de las mutualidades de previsión social. Así, el artículo 64.3 f) del TRLOSSP dispone que: «La incorporación de los mutualistas a la mutualidad de previsión social *será en todo caso voluntaria* y requerirá una declaración individual del solicitante, o bien de carácter general derivada de acuerdos adoptados por los órganos representativos de una cooperativa o de un colegio profesional, salvo oposición expresa del mutualista, *sin que puedan ponerse límites* para ingresar en la mutualidad de previsión social distintos a los previstos en sus estatutos por razones justificadas» y, en el mismo sentido, el artículo 6 de RMPS titulado «Voluntariedad en la incorporación».

Particularmente en las sociedades cooperativas, el principio de adhesión voluntaria y abierta se traduce en el carácter *constantemente* variable del capital social⁴⁹ como consecuencia de las altas y bajas de los socios⁵⁰. Así, a diferencia de las sociedades de capital en las que no es posible «presentarse ante los administradores (...) y entregando los títulos que representan las partes de capital social exigir su valor y con la entrega de aquellos obtener la baja de la sociedad»⁵¹ el socio de una cooperativa puede darse de baja voluntaria en cualquier momento⁵², mediante preaviso por escrito al órgano de administración (Consejo Rector) y calificación de la baja por este órgano, obteniendo así *el reembolso de sus aportaciones*⁵³. En su momento, esta peculiaridad desencadenó una controversia doctrinal sobre la calificación del capital cooperativo como recurso propio⁵⁴ que se intensificó notablemente al hilo del proceso de armonización contable a nivel europeo⁵⁵. La incidencia de

⁴⁹ Ídem, pág. 132.

⁵⁰ En algunos ordenamientos como el alemán se parte de que la cooperativa no tiene un número limitado de socios, pero no se impone legalmente la variabilidad del capital social cooperativo.

⁵¹ Como es sabido, en las sociedades de capital la baja voluntaria del socio se produce cuando este transmite a otra persona los títulos que representan las aportaciones al capital social de que es titular (acciones o participaciones).

⁵² Téngase en cuenta que los estatutos de la sociedad pueden exigir el compromiso del socio de no darse de baja voluntariamente, sin justa causa que califique la misma de justificada hasta el final del ejercicio económico en que quiera causar baja o hasta que haya transcurrido, desde su admisión, el tiempo que fijen los estatutos, que no será superior a cinco años (art. 17.3 LCoop).

⁵³ Artículo 17 de la LCoop sobre el procedimiento de baja del socio.

⁵⁴ Puede verse una descripción de las diversas posturas en MATEOS RONCO, A.: «La información financiera en las sociedades cooperativas. Efectos en la evaluación de la solvencia», *Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ (on-line)*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, set. /dez., 2009, págs. 5 y ss.

⁵⁵ Existen numerosos trabajos en los que se analiza la incidencia de estas normas sobre las sociedades cooperativas, en particular los publicados por *REVESCO (Revista de Estudios Cooperativo)*. Así, FERNÁNDEZ GUADAÑO, J.: «Diferentes consideraciones en torno al capital social de las sociedades cooperativas», *REVESCO*, núm. 88, 2006, págs. 42-61; En el número 89 se pueden localizar los siguientes: POLO GARRIDO, F.: «La contabilidad de cooperativas en un proceso de armonización contable internacional. El caso de España», págs. 108-138; DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, J. y GADEA SOLER, E.: «Adaptación de la Ley de Cooperativas del País Vasco a las Normas Internacionales de Contabilidad (Apuntes para una nueva configuración del régimen del capital en las Sociedades Cooperativas)», págs. 7-26; GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C.: «La reafirmación de las aportaciones de (propiedad de) los socios de las sociedades cooperativas. Propuesta de regulación de las sociedades de responsabilidad limitada cooperativa. El incorrecta e impropriadamente denominado "capital social" (constituido por las aportaciones financieras propiedad de los socios) en las sociedades cooperativas ante las tentativas de considerarlo "recurso propio"», págs. 27-83. En el número 90: GÓMEZ APARICIO, P. y MIRANDA GARCÍA, M.: «La caracterización financiera y contable del capital social a la luz de los principios cooperativos», págs.

la normativa contable internacional en las cooperativas deriva fundamentalmente de la aplicación de la NIC 32 que establece criterios para la clasificación de instrumentos financieros como pasivos financieros o patrimonio neto⁵⁶. Esta norma, así como la emisión de la correspondiente interpretación del Comité de las Normas Internacionales de Información Financiera (CINIIF) sobre la aplicación de la misma a las aportaciones de las personas socias de las cooperativas⁵⁷, impide la consideración como recurso propio de las aportaciones al capital social de las cooperativas, tanto obligatorias como voluntarias, cuando los socios tienen el derecho incondicional a su reembolso.

Puesto que esta normativa contable se enfrentaba directamente con la configuración del derecho de reembolso en la legislación cooperativa de nuestro país y podía tener graves repercusiones sobre la solvencia de las cooperativas, la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea⁵⁸ introdujo una serie de modificaciones en el artículo 45 de la

7-27; PANIAGUA ZURERA, M., ob. cit., págs. 57-91; PASTOR SEMPERE, M. C.: «La reforma del derecho contable y sus repercusiones en el régimen de los recursos propios de las sociedades cooperativas», págs. 109-141. Finalmente, VARGAS VASSEROT, C.: «Los previsibles efectos de la NIC 32 en el sector cooperativo», *REVESCO*, núm. 91, 2007, págs. 120-159; ITURRIOZ DEL CAMPO, J. y MARTÍN LÓPEZ, S.: «La adaptación de las sociedades cooperativas al nuevo plan general contable: análisis de las principales implicaciones económicas y financieras», *REVESCO*, núm. 94, 2008, págs. 80-112.

⁵⁶ De acuerdo con la NIC 32 Instrumentos financieros (2003, párrafo 11) la existencia de una obligación contractual por parte del emisor del instrumento financiero de entregar efectivo u otro activo financiero al tenedor, convierte el instrumento financiero en un pasivo exigible. En el párrafo 18 de esta misma norma se hace mención al caso de las cooperativas como entidades emisoras de instrumentos que conceden a sus partícipes o miembros el derecho a percibir en cualquier momento el reembolso de sus participaciones insistiendo en su clasificación como exigibles. La norma señala (párrafo 19) que si una entidad no tiene un derecho incondicional de evitar la entrega de efectivo u otro activo financiero para liquidar una obligación contractual, la obligación cumple la definición de un pasivo financiero. En la sección de Conclusiones de la NIC 32 (2003, párrafo 7) se matiza que la clasificación como pasivo exigible es independiente de consideraciones tales como cuándo es ejercitable el derecho, al modo en el que se determina la cantidad a recibir o a la existencia de un plazo fijo de vencimiento.

⁵⁷ Aprobadas ambas por la Comisión en virtud del Reglamento núm. 2237/2004 de la Comisión, de 29 de diciembre de 2004, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1725/2003, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad en conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, en aquello que se refiere a la NIC 32 y a la interpretación CINIIF 1, y del Reglamento núm. 1073/2005 de la Comisión, de 7 de julio de 2005, que modifica el Reglamento núm. 1725/2003, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad en conformidad con el Reglamento núm. 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, en aquello que se refiere a la interpretación CINIIF 2. El documento de interpretación Aportaciones de socios de entidades cooperativas e instrumentos similares (CINIIF 2, 2004) tenía como objetivo fundamental interpretar el contenido de la NIC 32 para el caso particular de los instrumentos financieros emitidos a favor de socios de sociedades cooperativas. Entre los principales acuerdos adoptados destaca (párrafo, 7) que las aportaciones de los socios serán consideradas patrimonio, si la entidad tiene el derecho incondicional a rechazar su rescate. Si el rescate estuviera incondicionalmente prohibido por la legislación autonómica o estatal, por el reglamento o por los estatutos de la entidad, las aportaciones de los socios serán clasificadas como patrimonio. En el párrafo 8 se matiza que no será suficiente que la restricción al rescate se produzca únicamente cuando se cumplen (o se dejan de cumplir) ciertas condiciones mencionándose expresamente condiciones relacionadas con la liquidez de la cooperativa.

⁵⁸ El nuevo marco reglamentario viene constituido por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC), el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas (PGC-PYMES) y los criterios

LCoop⁵⁹ permitiendo que la asamblea de la cooperativa modificase los estatutos otorgando al Consejo Rector la facultad de rehusar el reembolso de las aportaciones. De este modo, tendrán la consideración de fondos propios las aportaciones al capital social (i) cuyo reembolso en caso de baja pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector o la Asamblea General, según establezcan la ley aplicable y los estatutos sociales de la cooperativa, (ii) siempre que no obliguen a la sociedad cooperativa a pagar una remuneración obligatoria al socio o partícipe y (iii) el retorno sea discrecional⁶⁰. En cambio, las aportaciones al capital social con derecho de reembolso en el caso de baja y las que tienen asociada una remuneración o retorno obligatorio tendrán la consideración de instrumento financiero compuesto o pasivo financiero. En definitiva, la reforma se articula en el sentido de permitir que cada cooperativa decida, en función de sus propias circunstancias, la configuración de capital que quiere y su consiguiente calificación como recurso propio o ajeno⁶¹.

contables específicos para microempresas y, recientemente, la Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas. Esta última Orden, de acuerdo con su disposición final segunda, entró en vigor el 1 de enero de 2011 y es de aplicación para los ejercicios económicos que se inicien a partir de esta fecha. Esta Orden establece que a las sociedades cooperativas de seguros les será aplicable el Real Decreto 1317/2008, de 24 de julio, por el que se aprueba el Plan de contabilidad de las entidades aseguradoras y, en lo no previsto en esta norma, la Orden EHA 3360/2010.

⁵⁹ Disposición adicional cuarta de la Ley 16/2007. En la norma catalana de cooperativas estas modificaciones se han introducido por el Decreto-Ley 1/2011, de 15 de febrero, de modificación de la Ley 18/2002, de 5 de julio, de cooperativas de Cataluña.

⁶⁰ La norma segunda referida al capital de la Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, establece que las aportaciones al capital se clasifican como fondos propios a pesar de que los estatutos sociales prevean: a) Que las aportaciones obligatorias iniciales de las nuevas personas socias deban efectuarse mediante la adquisición de las aportaciones cuyo reembolso hubiese sido rehusado por la cooperativa. b) Limitaciones sobre la distribución del resultado en tanto en cuanto existan aportaciones cuyo reembolso ha sido rehusado. c) Que cuando en un ejercicio el importe de la devolución de las aportaciones supere un determinado porcentaje del capital social, los nuevos reembolsos estarán condicionados al acuerdo favorable del Consejo Rector o de la Asamblea General. En estos casos, se calificará como fondos propios el importe del capital social que supere el citado porcentaje.

⁶¹ MATEOS RONCO, A., ob. cit., pág. 7. Como señala, VARGAS VASSEROT, C., cit. pág. 157: «Ante esta previsible opción legal algunas cooperativas preferirán respetar este derecho histórico del socio al reembolso, a costa de reducir su nivel de solvencia; y otras incentivarán la conversión de las aportaciones sociales en recursos propios, a través de la articulación en los estatutos de un derecho incondicional de la sociedad a negar el ejercicio del derecho de reembolso. Esta diferente forma de abordar el derecho de reembolso, provocará la existencia de dos clases de cooperativas. Por un lado, habrá sociedades cooperativas capitalizadas, de gran tamaño y un gran número de socios, en las que sus administradores gestionarán las sociedades de forma muy parecida a como funcionan las sociedades de capital. A estas sociedades le interesará tener más recursos propios para aumentar sus ratios de solvencia, su valoración por las agencias de *rating*, para presentarse con más solvencia en el mercado, pero inevitablemente se alejarán del ideal cooperativo. Pero la mayoría de pequeñas y medianas cooperativas estarán descapitalizadas, ya que ni a la sociedad ni a los socios les interesará ni renunciar al derecho de reembolso de sus aportaciones ni contar con una cifra importante de aportaciones sociales a costa de una contabilidad más saneada. Seguramente esto es lo que suceda en las cooperativas de pequeño tamaño, como son algunas agrarias y la mayoría de cooperativas de trabajo asociado, cooperativas de enseñanza o de servicios. Estas sociedades estarán más, si cabe, descapitalizadas y establecerán aportaciones al capital social de carácter simbólico y testimonial, buscando su financiación externa a través de créditos garantizados por los administradores y socios, que es lo que ocurre también ahora con la mayoría de las cooperativas de nuestro país.», el autor cita como ejemplo del primer grupo a las sociedades cooperativas de crédito y nosotros nos atreveríamos a señalar también a las cooperativas de seguros (si hubiera alguna, claro).

Si las cuestiones planteadas revisten importancia sea cual sea la actividad cooperativizada, en el caso de las cooperativas de seguros resultan cruciales, más aún ante el marco regulador propiciado por la transposición de Solvencia II que, entre otras cuestiones, establece reglas sobre requerimientos de capital determinados en función del nivel de riesgo soportado *en todas y cada una* de las esferas en las que se desarrolla la actividad de una aseguradora⁶². Aunque el análisis de este tema excede del objeto de este trabajo nos atrevemos a señalar que si lo que realmente se pretende es fomentar la presencia de cooperativas en todos los sectores de la actividad económica y especialmente en el mercado de seguros, solo hay dos opciones: o bien esperar que el IASB⁶³ considere, como excepción, que el capital social de las sociedades cooperativas de carácter reembolsable continúe siendo parte de los fondos propios lo que haría innecesarias las últimas reformas en la legislación cooperativa⁶⁴ o bien replantear la *viabilidad* de algunos principios (como el de adhesión voluntaria y abierta) y sus principales consecuencias (capital variable, reembolso de las aportaciones en caso de baja)⁶⁵. El dilema citado constituye un ejemplo excelente de cómo un marco jurídico único para todas las entidades (*one-size-fits-all*) y, por tanto, no adaptado a las especificidades de las entidades de la ES puede provocar, en última instancia, la renuncia a las mismas o su banalización.

Huelga decir que las exigencias derivadas de Solvencia II también afectan a las mutualidades probablemente en mayor medida que a las cooperativas debido a su peculiar estructura financiera y a las limitaciones que se derivan de la misma. En efecto, el artículo 13.2 del TRLOSSP

⁶² Solvencia II está basada en una estructura de tres pilares. El primero contiene los requerimientos cuantitativos. En este ámbito existen dos magnitudes fundamentales: el capital de solvencia obligatorio (SCR por sus siglas en inglés) y el capital mínimo obligatorio (MCR por sus siglas en inglés), que representan dos niveles diferentes de intervención supervisora. El SCR es la magnitud fundamental de referencia para evaluar la solvencia de las entidades pero a diferencia de Solvencia I, su cálculo se basa en la evaluación y valoración del perfil de riesgo específico de la entidad ya sea mediante la aplicación de la fórmula estándar o de un modelo interno autorizado para dicha entidad, teniendo en cuenta todos los riesgos cuantificables con que se enfrenta la aseguradora, así como las técnicas de mitigación empleadas. El MCR es un requerimiento inferior cuya insuficiencia origina, como última intervención supervisora, la retirada de autorización. Imprescindible la crítica a este nuevo paradigma de HUERTA DE SOTO, J.: «El error fatal de Solvencia II», *Actuarios*, núm. 27, 2008, págs. 48 y ss.

⁶³ Acrónimo de *International Accounting Standards Board*.

⁶⁴ El debate sigue abierto ya que en febrero de 2008, el IASB elaboró un documento de discusión (*Financial Instruments with Characteristic of Equity*) cuyo objetivo fundamental es analizar las principales críticas sobre la NIC 32, en particular, la cuestión de si la clasificación de los principios de la NIC 32 reflejan una adecuada distinción entre instrumentos de neto y pasivos financieros máxime cuando, como consecuencia de su aplicación, hay entidades que se quedan sin instrumentos financieros de patrimonio. Algunas de las decisiones provisionales adoptadas van en la línea de reconocer que un instrumento financiero en el que la empresa esté obligada a reembolsar solo en determinados casos: muerte, renuncia o cese debería ser calificado como instrumento de patrimonio.

⁶⁵ En esta última línea parecen ir dirigidas, por cierto, algunas de las sugerencias formuladas por los profesores BEL y LEJARRIAGA en su Informe sobre el régimen económico de las sociedades cooperativas agrarias en España cuando, a propósito del capital social, los autores argumentan que: «Existe la opinión de que si la decisión de que el capital social sea o no reembolsable va a depender de los órganos sociales de las cooperativas, entonces el capital social va a continuar siendo reembolsable. Así, se propone que para que las sociedades cooperativas realmente hagan que, al menos, una parte del capital social, sea no reembolsable debería implantarse de forma obligatoria por ley». Documento disponible en <http://www.ucm.es>

exige a las mutuas (a prima fija) que *acrediten* un Fondo Mutual permanente (...) cuyas cuantías mínimas, según los ramos en que pretendan operar, son las mismas que las señaladas como capital desembolsado de las sociedades anónimas. En opinión de algunos autores⁶⁶ el Fondo Mutual constituye una *conditio iuris* para que las sociedades mutuas obtengan la preceptiva autorización administrativa que les permita el acceso a la actividad aseguradora pero en ningún caso un elemento o requisito constitutivo de aquellas. De lo anterior cabe concluir que el Fondo Mutual no se forma, como necesariamente ocurre en la sociedad anónima o en la cooperativa, con aportaciones procedentes de los socios, si bien es una de las posibles fuentes de las que puede nutrirse. De hecho, la condición de mutualista no está indisolublemente vinculada a la de aportante al Fondo Mutual como se deriva del propio articulado del TRLOSSP⁶⁷.

En efecto, el artículo 37.2 d) al señalar que «los mutualistas que hayan realizado aportaciones para constituir el Fondo Mutual (...)» parece sugerir que no todos los mutualistas han realizado dicha aportación. Más aún, si nos atenemos al estatuto jurídico de los mutualistas recogido en el vigente ROSSP, el artículo 14 ni siquiera menciona la aportación al Fondo Mutual entre las obligaciones exigibles. Finalmente, el fenómeno de la no vinculación de los socios al Fondo Mutual viene avalado por el derecho a percibir *intereses no superiores al interés legal del dinero* por su aportación al mismo que se contempla en el artículo 9.2 c) del TRLOSSP. Si el socio, por el mero hecho de serlo, tuviera la obligación de efectuar aportaciones al Fondo Mutual, como ocurre en la sociedad anónima o en la sociedad cooperativa, no tendría derecho a recibir una remuneración por este motivo en la medida que el pago de intereses viene a cumplir la función de una retribución por el servicio que solo algunos socios han prestado a la sociedad y una compensación para equilibrar su situación respecto a los socios no aportantes que, no obstante, se aprovechan de la existencia de dicho Fondo.

La disociación entre la condición de mutualista y la de aportante del Fondo Mutual provoca dificultades para una correcta financiación de la mutua que, de este modo, ve limitada la posibilidad de exigir aportaciones obligatorias para constituir dicho Fondo salvo que dicha posibilidad se haya previsto en los estatutos. Con posterioridad a la constitución cabe, no obstante, que la Asamblea General adopte el acuerdo de exigir *nuevas aportaciones obligatorias al Fondo Mutual* tal y como contempla el artículo 16.2 c) del ROSSP. La circunstancia aludida impide, sin embargo, uno de los efectos típicos expuestos en la sociedad cooperativa derivado del principio de libre adhesión puesto que la ampliación o reducción de mutualistas no tiene por qué incidir en la cuantía del Fondo Mutual. Ello puede suceder porque al mutualista no se le exija hacer ninguna aportación al Fondo Mutual de forma que el acceso a dicha condición no implica un aumento del Fondo Mutual y la subsiguiente reducción del mismo en caso de baja. Pero incluso habiendo hecho una aportación al Fondo Mutual, y teniendo derecho a la reintegración de la misma en los términos previstos en el ar-

⁶⁶ MARTI SÁNCHEZ, N.: «El fondo mutual en las Sociedades Mutuas de Seguros», *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, CUNEF, Madrid, 1988, págs. 445 y ss.

⁶⁷ Así lo entendía también a propósito de la Ley de 1984, MARTI SÁNCHEZ, N.: «El fondo mutual en las Sociedades Mutuas de Seguros», *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, Madrid, 1988, págs. 445 y ss.

título 9.2 f) del TRLOSSP, el artículo 11.1 b) del ROSSP prevé que dicha reintegración sea atendida con cargo a resultados positivos, una vez constituidas las garantías financieras exigidas por la ley.

La necesidad de reforzar los recursos propios de las mutualidades propiciada por Solvencia II, justifica una revisión de esta peculiar desconexión entre la condición de mutualista y aportante del Fondo Mutual, así como la de alguno de sus aspectos más relevantes (v. gr. el pago de intereses). Sería recomendable que, en aras de una correcta financiación de la mutua, a los socios se les exigiera (*¿ex lege?*) una aportación al Fondo Mutual independiente de la prima que satisfacen en calidad de asegurados sin perjuicio de acudir a otros instrumentos como las aportaciones no reintegrables previstas en el artículo 59.1 c) del ROSSP que se computan a efectos de determinar el patrimonio propio no comprometido de las mutuas siempre que cumplan los requisitos exigidos por el citado artículo⁶⁸.

Finalmente, conviene advertir que los requerimientos cuantitativos de Solvencia II pueden obligar a las mutualidades a adoptar estrategias que vayan en detrimento de sus singularidades en tanto empresas de la ES como la transformación en sociedades anónimas o la creación de grupos mutuales⁶⁹. Esta última posibilidad, prevista en el Proyecto de ley socialista al hilo de los principios generales enunciados por el considerando 98 y el artículo 212.1 c) ii) de la Directiva 2009/138/CE (Solvencia II), supone el reconocimiento normativo de los grupos consolidables (contablemente) de entidades mutuales sobre la base de vínculos contractuales con requisitos similares a los exigidos a los Sistemas Institucionales de Protección (SIP) de entidades de crédito. La principal objeción a los términos en los que se formulaba este proyecto radica en que, además de la concurrencia de varias mutuas de seguros, la constitución de un grupo mutual precise de la participación de una *sociedad anónima de seguros*, que tendrá la consideración de entidad central del grupo mutual y cabecera del grupo de consolidación. Nuevamente, nuestra opinión es que el legislador sectorial debería ser coherente con su enérgica defensa de las singularidades de la ES y aceptar opciones alternativas, como que la central principal del SIP fuera una mutua e incluso una cooperativa.

3.3. LA DOBLE CONDICIÓN DE SOCIO/MUTUALISTA Y ASEGURADO

Rutinariamente se afirma que las entidades de la ES «se crean para *satisfacer las necesidades de sus socios*, mediante la aplicación del principio de *self-help*». Esta peculiaridad puede comportar la concurrencia de la condición de socio (de la sociedad) y la de usuario de la actividad desarro-

⁶⁸ Estos requisitos son: 1) Que los estatutos de la entidad prevean que su devolución no ocasione un descenso del patrimonio propio no comprometido por debajo de la cuantía mínima del margen de solvencia y que, en caso de liquidación de la entidad, solo se harán efectivos después de liquidar todas las demás deudas de la empresa. 2) Que su devolución se notifique a la DGS y FP con un mes de antelación a su pago, pudiendo prohibirlo mediante resolución motivada en el plazo de un mes desde que la DGS y FP tuviera conocimiento de la notificación de la empresa. 3) Que las disposiciones de los estatutos, así como sus modificaciones, referentes a esta partida, sean aprobadas por la DGS y FP.

⁶⁹ El «Informe de la Economía Social en la Unión Europea» se refiere a estos fenómenos con el nombre de «desmutualización».

llada por la empresa⁷⁰. En el caso de las aseguradoras de la ES *siempre* se produce esta coincidencia como consecuencia del *principio de mutualidad* que ya ha sido expuesto en otro epígrafe.

La doble cualidad socio/asegurado que concurre en las entidades de la ES se reconoce sin ambages en el TRLOSSP. Así, el artículo 9.2 b) dispone que: «(...) La condición de mutualista *será inseparable* de la de tomador del seguro o de asegurado», precepto que también es de aplicación, *mutatis mutandis*, a las cooperativas de seguros [art. 9.4 b)] y a las mutualidades de previsión social [art. 64.3 b)]⁷¹. El problema es que el TRLOSSP (al igual que sus predecesoras) no va más allá de este reconocimiento y deja sin resolver algunas cuestiones de calado como tendremos ocasión de argumentar seguidamente.

La primera consiste en discernir quién adquiere la condición de socio/mutualista cuando la cualidad de tomador y asegurado recae en personas distintas. No se trata de un tema trivial máximo cuando se atiende a los requisitos exigidos en los distintos tipos societarios de la ES. Como hemos visto, la condición de mutualista no va indisolublemente unida a la de aportante del Fondo Mutuo, en la cooperativa de seguros, sin embargo, la admisión y acceso a dicha condición implica no solo la celebración de un contrato de seguros y el pago de la prima correspondiente⁷² sino también la suscripción y posterior desembolso de la *aportación obligatoria mínima* al capital social y el abono, en su caso, de la cuota de ingreso⁷³ de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.5 de la LCoop⁷⁴.

⁷⁰ Sin embargo, hay algunos supuestos en los que no se produce esta coincidencia, por ejemplo, en las cooperativas de trabajo asociado.

⁷¹ Como han señalado algunos autores: «El ordenamiento español queda así al margen de la tendencia a la separación de ambas figuras que se observa en otros ordenamientos como el alemán, el holandés y el suizo, países en los que las mutualidades y/o las sociedades cooperativas de seguros pueden asegurar a no socios si los estatutos sociales así lo permiten –aunque con el requisito, en el caso holandés, de que la actividad aseguradora realizada con no socios no tenga más importancia que la realizada con socios–, lo que supone la aproximación a las características de la empresa aseguradora capitalista convencional». MORENO RUIZ, R. y DOMÍNGUEZ FABIÁN, I.: «Sociedades Cooperativas de Seguros» en *Libro Blanco de las Sociedades Cooperativas y Laborales de Extremadura*, Junta de Extremadura, Consejería de Trabajo, 2002, págs. 441-457.

⁷² En las cooperativas, la prima vendría a ser un ejemplo de lo que el artículo 52.3 califica como «pagos para la obtención de los servicios cooperativizados». Estos pagos no integran el capital social y están sujetos a las condiciones fijadas y contratadas con la sociedad cooperativa.

⁷³ Como señala el artículo 52 de la LCoop, tanto los estatutos de la sociedad cooperativa como la Asamblea General pueden establecer estas cuotas de ingreso y/o periódicas que no integran el capital social ni son reintegrables. Dichas cuotas pueden ser diferentes para las distintas clases de socios previstas en la ley, en función de la naturaleza física o jurídica de los mismos o, para cada socio, en proporción a su respectivo compromiso o uso potencial de actividad cooperativizada. Cuantitativamente, el importe de las cuotas de ingreso de los nuevos socios, no puede ser superior al 25% del importe de la aportación obligatoria al capital social que se le exija para su ingreso en la cooperativa.

⁷⁴ La participación de los socios en la financiación de las sociedades no se queda tan solo en las aportaciones obligatorias sino que puede ampliarse mediante las aportaciones voluntarias u otros mecanismos contemplados en las diferentes normativas. Sobre estos temas en relación a la norma catalana puede verse, a BORBAJAB GONZALO, P.: *Derecho Cooperativo Catalán*, págs. 132 y ss.

En la actualidad, la cuestión planteada lo resuelve el artículo 11.1 a) del ROSSP disponiendo que: «Cuando el tomador del seguro y el asegurado no coincidan en la misma persona, la condición de mutualista la adquirirá el tomador, salvo que en la póliza de seguro expresamente se haga constar que deba serlo el asegurado». Con independencia de valorar la idoneidad de la opción elegida por el reglamento que puede ser fácilmente cuestionada sobre la base de lo expuesto en los párrafos precedentes [identidad entre la comunidad de *sujetos expuesta al riesgo* (v. gr. los asegurados) y la comunidad personal societaria] que avalaría justamente la opción contraria, lo cierto es que no parece correcto que *la póliza de seguros* sea el documento más adecuado para determinar la excepción a la regla. Por este motivo, nuestra propuesta va en la línea de reconocer directamente en la nueva Ley de Supervisión que la condición de mutualista/socio *sea inseparable de la de asegurado* o, alternativamente, que esta norma remita a *los estatutos de la sociedad* para determinar quién adquiere aquella cualidad cuando asegurado y tomador sean sujetos distintos.

En todo caso no podemos dejar de apuntar que en el trasfondo de las cuestiones apuntadas existe una cierta confusión entre las relaciones societarias y contractuales, derivadas estas últimas del contrato de seguro que el socio suscribe con la entidad. Entre ambas relaciones existe una íntima conexión de tal forma que *el contrato de seguros se establece en el contrato social constituyendo un todo económica y jurídicamente unitario*⁷⁵ pero ello no significa que sean indistinguibles ni está justificado la mezcolanza de aspectos estrictamente societarios, regulados en la norma de supervisión, y aspectos contractuales contemplados en la Ley 50/1980, de 8 octubre, que resultan particularmente intensos en la sociedad mutua. A título de ejemplo, así como en la sociedad cooperativa de seguros separadas con nitidez las obligaciones económicas del socio/asegurado en cuanto a la aportación al capital social y el pago de la prima se presentan claramente diferenciadas, en la mutua (a prima fija) la prestación del *mutualista* parece tener un doble carácter puesto que, para el caso que se exija aportación al Fondo Mutua, dicha prestación es, *simultáneamente*, contribución para constituir la base económica de la sociedad y prima. Ello plantea el problema del plazo de prescripción al que se encuentra sometida la sociedad al exigir el pago de dicha prestación. Como contribución al Fondo, estaría sometida al plazo prescriptivo previsto para las acciones derivadas de las relaciones sociales, mientras que como prima del seguro debería someterse al plazo establecido en la Ley de Contrato de Seguro⁷⁶.

Finalmente, con relación a las cooperativas es sabido que la LCoop admite la existencia de *socios/as colaboradores* estos son «personas físicas o jurídicas, que, sin poder desarrollar o participar en la actividad cooperativizada propia del objeto social de la cooperativa, pueden contribuir a su consecución»⁷⁷. Sin embargo, la tajante declaración de la norma sectorial a la que están

⁷⁵ GASPERONI, citado por DUQUE, J.: «Sociedades Mutuas y Cooperativas de Seguros», *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, Madrid, 1988, pág. 370.

⁷⁶ Algunos autores como DUQUE, ob. cit., pág. 374, sugieren que esta cuestión debería resolverse aplicando el plazo más largo que es el que se corresponde a las acciones societarias ya que esta solución beneficia a la propia sociedad y, en consecuencia, a la comunidad de asegurados/mutualistas.

⁷⁷ Artículo 14 de la LCoop.

sometidas las cooperativas de seguros en virtud del artículo 101 de la LCoop, no permite que en ellas exista ningún socio que no sea a su vez asegurado. Tampoco parece posible que la cooperativa de seguros pueda realizar la actividad y servicios cooperativizados *con terceros no socios* como prevé el artículo 4 de la LCoop, salvo cuando por «circunstancias excepcionales no imputables a la misma, el operar exclusivamente con sus socios y, en su caso, con terceros dentro de los límites establecidos por esta ley en atención a la clase de cooperativa de que se trate, suponga una disminución de actividad que ponga en peligro su viabilidad económica», la entidad obtenga la pertinente autorización del Ministerio de Economía y Hacienda para realizar, o, en su caso, ampliar actividades y servicios con terceros, por el plazo y hasta la cuantía que fije la autorización en función de las circunstancias que concurren⁷⁸.

Puesto que al admitir el aseguramiento de terceros no socios se produciría la derogación del (sacrosanto) principio de inseparabilidad entre la condición de socio y asegurado no vemos por qué no podría aceptarse que, concurriendo esas *circunstancias excepcionales* a las que alude el precepto (¿e incluso sin ellas?), las cooperativas de seguros pudieran aceptar también la presencia de socios *no asegurados* o, lo que es lo mismo, socios colaboradores. En realidad, la posibilidad de acoger *socios no asegurados* puede llegar a ser incluso más interesante que lo contrario (asegurados no socios) si tenemos en cuenta su contribución al capital social de la cooperativa mediante la suscripción y posterior desembolso de la aportación económica que determine la Asamblea General. No en vano la utilidad de dicha figura en el ámbito cooperativo ha sido descrita por insignes expertos en la materia como BORJABAD⁷⁹ quien aplaude la existencia de esta figura dada la precariedad económica que suele caracterizar la situación de los socios. Sobre la base de lo expuesto sería recomendable que el legislador sectorial acogiera esta figura aunque solo fuera mediante una remisión a la norma específica, con las limitaciones que considerara oportunas⁸⁰.

3.4. LA POSIBILIDAD DE DISTRIBUIR BENEFICIOS O EXCEDENTES ENTRE LOS SOCIOS/ASEGURADOS Y, MÁS EN GENERAL, EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN ECONÓMICA DEL SOCIO/ASEGURADO

Otra de las peculiaridades de las aseguradoras que integran la ES consiste en que: «*pueden distribuir beneficios o excedentes entre los socios usuarios, pero no en proporción al capital o a las cotizaciones aportadas por los mismos, sino de acuerdo con la actividad que estos realizan*

⁷⁸ Segundo párrafo del artículo 4 de la LCoop.

⁷⁹ El profesor de la Universitat de Lleida se refería a la figura del «asociado» en la derogada Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas. Se trataba de una figura equivalente a la de socio colaborador. Del autor, *Manual de Derecho Cooperativo*, pág. 80.

⁸⁰ El artículo 14 de la LCoop contempla diversas limitaciones para los socios colaboradores que básicamente consisten en que su existencia se contemple en los estatutos de la cooperativa y que las aportaciones realizadas por dichos socios en ningún caso exceda del 45 % del total de las aportaciones al capital social, ni el conjunto de los votos a ellos correspondiente, sumados entre sí, superen el 30 % de los votos en los órganos sociales de la cooperativa.

con la entidad» si bien el «Informe sobre la Economía Social en la Unión Europea» precisa que esta no constituye una característica esencial de las empresas de la ES⁸¹.

El TRLOSSP aborda el tema de la aplicación del resultado positivo de las sociedades mutuas en el artículo 9.2 e) con el siguiente tenor «los resultados de cada ejercicio darán lugar a la correspondiente derrama activa o retorno que, en cuanto proceda de primas no consumidas, no tendrá la consideración de rendimiento del capital mobiliario para los mutualistas; o, en su caso, pasiva, que deberá ser individualizada y hecha efectiva en el ejercicio siguiente; o se traspasarán a las cuentas patrimoniales del correspondiente ejercicio». Este precepto viene desarrollado posteriormente por el artículo 11. b) del ROSSP: «Los resultados positivos, una vez constituidas las garantías financieras exigidas por la ley, incluso la reserva a que se refiere el artículo 19 de esta, se destinarán en primer término a la devolución de las aportaciones reintegrables a socios o mutualistas realizadas para constituir el Fondo Mutuo o a incrementar las reservas patrimoniales, y el exceso sobre dichas cuantías podrá distribuirse entre los mutualistas». Las normas sobre la aplicación de resultados resultan de aplicación a las mutualidades de previsión y a las cooperativas en virtud de la remisión efectuada por los artículos del TRLOSSP 9.4 a) y 64.3 c), respectivamente.

En cuanto a las cooperativas, esta remisión es susceptible de crítica por cuanto implica ignorar las disposiciones sobre esta materia en su normativa específica, que resultan difícilmente conciliables con las previstas para las mutuas. En efecto, el resultado del ejercicio en una sociedad cooperativa se obtiene por la suma algebraica del resultado cooperativo y del extracooperativo⁸². Cuando el resultado del ejercicio sea positivo⁸³, atendiendo a lo establecido en las distintas leyes de cooperativas, debe procederse a efectuar las deducciones correspondientes en conceptos tales como los resultados negativos de ejercicios anteriores y el gasto por impuesto sobre sociedades, así como a dotar el Fondo de Reserva Obligatorio (FRO) y el Fondo de Educación y Promoción (FEP)⁸⁴ de

⁸¹ Del Informe, pág. 23 y en el *Manual para la elaboración de las Cuentas Satélite*, pág. 43.

⁸² A estos efectos, la normativa sobre cooperativas define como resultados extracooperativos, básicamente, los procedentes de operaciones de la actividad cooperativizada cuando se realiza con terceros no socios, los derivados de actividades económicas o fuentes ajenas a los fines específicos de la cooperativa y los obtenidos de inversiones y participaciones financieras en otras sociedades que no constituyan actividades preparatorias, complementarias o subordinadas a la propia cooperativa, así como determinados resultados derivados de plusvalías obtenidas en la enajenación de ciertos elementos del inmovilizado.

⁸³ Cuando el resultado cooperativo es positivo se emplea el término excedente en tanto que el vocablo beneficio se emplea para referirse al resultado positivo obtenido de esas mismas operaciones cooperativizadas realizadas con terceros, así como para designar los resultados positivos obtenidos de actividades diferentes a la actividad cooperativizada. Para GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C., el motivo de la diferenciación entre excedente y beneficio es la identificación del concepto de beneficio con el de lucro. Véase del autor citado, «Estudio del régimen económico de la contabilidad de la empresa cooperativa en relación con la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas», *REVESCO*, núms. 54-55, pág. 175.

⁸⁴ Aunque la existencia de fondos obligatorios (básicamente reserva legal) y su dotación mediante un porcentaje de los resultados es similar al de las sociedades de capital, las sociedades cooperativas presentan sustanciales particularidades respecto aquellas. La primera consiste en la existencia de más de un fondo obligatorio concretamente se trata del FRO (equivalente a la Reserva Legal de las Sociedades de Capital) destinado a la consolidación, desarrollo y garan-

acuerdo con los porcentajes y bases de cálculo legales⁸⁵. Una vez efectuadas las deducciones anteriores *el resultado positivo disponible* se distribuye atendiendo a las disposiciones de los estatutos o a los acuerdos de la Asamblea General, *en forma de retorno cooperativo a los socios*, fondos de reserva voluntarios, dotaciones superiores a las legales del FRO y aportaciones de los socios al capital social y a otras partidas de los fondos propios reguladas en leyes autonómicas de cooperativas. En este sentido, debe entenderse que el retorno cooperativo es el importe del excedente o beneficio positivo del ejercicio que se distribuye entre los socios una vez compensadas las pérdidas de ejercicios anteriores y efectuadas las dotaciones obligatorias al FRO y al FEP.⁸⁶ Este reparto no se realiza en función de las aportaciones de los socios al capital social sino, como señala el párrafo cuarto del artículo 58 de la LCoop, en función de las actividades cooperativizadas realizadas por cada socio con la cooperativa (en el caso de una cooperativa de seguros, a la magnitud de los riesgos asegurados y, por tanto, a las primas o cuotas satisfechas en el ejercicio económico⁸⁷). En todo caso, le corresponde a los estatutos o, en su defecto, la Asamblea General, por más de la mitad de los votos válidamente expresados, fijar la forma de hacer efectivo el retorno cooperativo acreditado a cada socio.

Concluyendo con el reconocimiento de la norma sectorial de uno de los rasgos característicos de las entidades aseguradoras de la ES relativo a la posibilidad de *distribuir beneficios o excedentes entre los socios usuarios* a través de «derramas activas» o «retornos cooperativos» queda por dilucidar cómo se concilia esta circunstancia con la rotunda declaración del artículo 9.2 a) del TRLOSSP sobre la ausencia de ánimo de lucro en las sociedades mutuas que se predica también respecto a las cooperativas en virtud de la remisión del artículo 9.4 a) y para las mutualidades de

tía de la cooperativa y que es irrepartible entre los socios y el Fondo de Promoción y Educación Cooperativa (FEPC) que se destinará, en aplicación de las líneas básicas fijadas por los estatutos o la Asamblea General, a actividades que cumplan alguna de las finalidades descritas en el artículo 56.1 de la LCoop. Este Fondo es inembargable e irrepartible entre los socios, incluso en el caso de liquidación de la cooperativa, y sus dotaciones deberán figurar en el pasivo del balance con separación de otras partidas. Otra diferencia es que la dotación al FRO se produce todos los ejercicios, con independencia de la cuantía acumulada, mientras que en las sociedades de capital, una vez alcanzado, el 20% del capital social, no es obligatorio hacer aportaciones adicionales.

⁸⁵ Adicionalmente, la cooperativa de seguros debería «constituir y dotar los fondos que, por la normativa que le resulte de aplicación, se establezcan con carácter obligatorio en función de su actividad o calificación» (art. 55.2 LCoop).

⁸⁶ El Auto de la Audiencia Provincial de Zamora de 14 de enero de 1999 dispone que el concepto de retorno cooperativo «obedece, y tiene su causa, en la retribución cooperativa, que no es necesario que deba darse con carácter forzoso y obligatorio, basada en principios de proporcionalidad económica sobre las operaciones llevadas a cabo por cada socio con la cooperativa, pero partiendo siempre de un principio de unidad y solidaridad, y conforme a la naturaleza de las operaciones que la cooperativa haya llevado a cabo por los servicios o suministros aportados por los cooperativistas y en función de la finalidad perseguida, pues así se infiere de los artículos 35 y 85 de la Ley General de Cooperativas 3/1987, de 2 de abril». Asimismo, señala que el concepto de retorno «responde a unos criterios de cooperación, unidad, solidaridad y proporcionalidad con los demás cooperativistas en función de los servicios o aportaciones que se hayan realizado para la cooperativa, y que, una vez se proceda a su liquidación, de la forma expuesta, podrá o no dar lugar a la cuantificación del retorno cooperativo que proceda».

⁸⁷ GÓMEZ PÉREZ-CACHO, O.; MORENO RUIZ, R. y TRIGO FERNÁNDEZ, E.: «La financiación de las mutualidades y de las cooperativas de seguros», *REVESCO*, núm. 72, 2000, pág. 108.

previsión en el artículo 64.3 a). De nuevo, el legislador sectorial parece obviar la norma específica para las cooperativas, en particular, la disposición adicional primera de la LCoop, que prevé su calificación (administrativa) como sociedades *sin ánimo lucro* cuando *gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública*, así como las que realicen *actividades económicas* que conduzcan a la integración laboral de las personas que sufran cualquier clase de exclusión social y en sus estatutos recojan expresamente, entre otras cuestiones, «que los resultados positivos que se produzcan en un ejercicio económico no podrán ser distribuidos entre sus socios»⁸⁸. En definitiva, por un lado la LCoop contempla la posibilidad de calificar a una cooperativa como entidad sin ánimo de lucro⁸⁹ lo que, a sensu contrario indica que las otras cooperativas, que son la mayoría, no pueden tener esa consideración y, de otra parte, la norma sectorial atribuye esta particularidad *a todas las cooperativas de seguros* aun admitiendo la distribución de resultados positivos entre sus socios/asegurados.

Una posible explicación a esta discordancia puede encontrarse en la ya conocida nota *mutualista* que concurre en las cooperativas de seguros. En efecto, descartando ab initio que la exclusión del ánimo de lucro deba identificarse con la imposibilidad de que las aseguradoras de la ES puedan obtener beneficios⁹⁰ ni mucho menos con una explotación del seguro ajena a criterios

⁸⁸ El resto de requisitos son: (i) Que las aportaciones de los socios al capital social, tanto obligatorias como voluntarias, no podrán devengar un interés superior al interés legal del dinero, sin perjuicio de la posible actualización de las mismas; (ii) El carácter gratuito del desempeño de los cargos del Consejo Rector, sin perjuicio de las compensaciones económicas procedentes por los gastos en los que puedan incurrir los consejeros en el desempeño de sus funciones y, finalmente, (iii) Las retribuciones de los socios trabajadores o, en su caso, de los socios de trabajo y de los trabajadores por cuenta ajena no podrán superar el 150 % de las retribuciones que, en función de la actividad y categoría profesional, establezca el convenio colectivo aplicable al personal asalariado del sector. Así las cosas, algún autor opina que: «La LCoop ha querido, no solamente excluir el lucro societario en sentido estricto, sino –además– impedir fraudes de ley, que pudieran ampararse en el recurso a vías indirectas –posiblemente no societarias– para remunerar a socios y trabajadores, como si de facto percibieran ganancias sociales. Así, ni la "vía crediticia" (percibir intereses por las aportaciones sociales, en cuantía superior al legal del dinero), ni la vía "managerial" (el cargo de consejero rector se prevé como necesariamente gratuito), ni la vía "salarial"/"laboral" (se limitan las cuantías de las retribuciones por trabajo), pueden conducir a que el socio de la cooperativa de iniciativa social logre ningún tipo de ganancia económica, como consecuencia de su participación en la actividad—"lato sensu"— de la sociedad». En este sentido, DÍAZ DE LA ROSA, A.: «Las cooperativas de iniciativa social», *AFDUDC*, 10, 2006, pág. 207.

⁸⁹ No obstante, la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre régimen fiscal de las cooperativas aplicable a todas las cooperativas se refiere a «las cooperativas fiscalmente protegidas» que a su vez se subdividen en: «cooperativas protegidas» y «cooperativas especialmente protegidas», y a las que se otorgan unos beneficios fiscales más favorables que los que tienen las sociedades mercantiles, aunque sin llegar a los, aún más beneficiosos, de las entidades sin ánimo de lucro (asociaciones de utilidad pública y fundaciones).

⁹⁰ El TJCE en su Sentencia de 21 de marzo de 2002 (PROV 2002, 91149) entiende que si una entidad es calificada como no lucrativa, el hecho de que posteriormente obtenga beneficios, aun cuando intente conseguirlos o los genere sistemáticamente, no permite poner en entredicho su calificación inicial mientras los beneficios no se distribuyan a sus socios en concepto de ganancias. Evidentemente a estas entidades no se les prohíbe cerrar el ejercicio con un saldo positivo. De lo contrario, resultaría imposible para ellas el crear reservas para sufragar el mantenimiento y las mejoras futuras de sus instalaciones (en el caso de autos se trataba del propietario de un club de golf). Esta tesis la mantiene también el Tribunal Supremo. Así, en la Sentencia de 11 abril 1995 (RJ 1995/4345) se reconoció que la mera existencia de be-

empresariales⁹¹, la razón de ser de esta característica debe buscarse en el hecho de que los integrantes de la comunidad personal societaria sean los mismos que los integrantes de la comunidad de intereses de los asegurados o, lo que es lo mismo, existe identidad entre los productores de los servicios de aseguramiento y los destinatarios de estos servicios. Se produce así lo que GIRÓN TENA⁹² denomina «el objeto cooperativo verdadero» consistente en una prestación empresarial en condiciones más favorables que las de mercado, gracias a la eliminación del empresario capitalista, en la contratación de la cooperativa con sus propios miembros. En este sentido ha de entenderse que el lucro que se excluye es el que corresponde a la intermediación que realiza el empresario capitalista.

3.5. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LOS REQUERIMIENTOS CUALITATIVOS DE SOLVENCIA II

Probablemente, el rasgo más característico de las aseguradoras de la ES radica en su calificación como «organizaciones democráticas en las que, en el proceso de toma de decisiones, se aplica el principio de "una persona, un voto", independientemente del capital o cotizaciones aportadas por los socios. Los socios usuarios controlan mayoritaria o exclusivamente el poder de decisión de la empresa»⁹³. De hecho, en el *Manual de Cuentas Satélite* el criterio democráti-

neficios no es incompatible con la ausencia de finalidad lucrativa que se produce en las fundaciones. Afirmando incluso que: «Esta precisión no deja de ser razonable puesto que para que una institución benéfico-social pueda cumplir su finalidad específica, debe contar con unos fondos no siempre procedentes del mecenazgo o de la titularidad de un patrimonio propio y es también posible que una entidad de estas características, sin renunciar a ejercer una función social, se nutra del buen resultado de su propia gestión». Argumento que fue reiterado posteriormente en la STS de 3 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3598). En definitiva, lo que se trata de decir es que en las entidades calificadas sin ánimo de lucro lo que se está excluyendo es el lucro en sentido subjetivo (la voluntad de obtener una ganancia común partible mediante el desenvolvimiento de la actividad productiva para su posterior reparto entre los socios) no el lucro objetivo entendido como «Ganancia o provecho que se saca de algo».

⁹¹ Entre otras, GÓMEZ APARICIO, P. y MIRANDA GARCÍA, M.: «Sobre el régimen económico y financiero particular de las sociedades cooperativas», *REVESCO*, núm. 90, Tercer Cuatrimestre 2006, pág. 29. Ya la Exposición de Motivos de la derogada Ley General de Cooperativas de 1974 señalaba que: «No puede desvincularse de las exigencias comunes al propio hecho empresarial, cuando innova es audaz, pero es también consciente y realista, y al transformar las estructuras societarias no olvida de que las empresariales rindan a plena satisfacción».

⁹² Citado por DUQUE, J.: *Mutuas y cooperativas...*, pág. 352.

⁹³ Segundo Principio Cooperativo: Gestión democrática por parte de los socios, Declaración de la ACI –Alianza Cooperativa Internacional–, Manchester, 1995. El principio descrito, nuclear dentro de la doctrina y el movimiento cooperativo, ha sido comentado en profundidad por varios autores. Así, PAZ CANALEJO, N.: «Principios cooperativos», cit. pág. 21, destaca el contraste, evidenciado en la redacción del principio, entre una corriente dogmática, ortodoxa, que reitera la igualdad de voto en las sociedades de primer grado sin excepción alguna y una corriente, que califica de prudente o posibilista, que se manifiesta en la deliberada indeterminación sobre las formas en que la democracia debe articularse en las cooperativas de segundo y ulterior grado, la vaguedad en cuanto a la participación activa en la fijación de unas políticas de la sociedad, etc. PAZ señala también la virtualidad del principio en el sentido de aludir a las mujeres como líderes y rectoras de sociedades cooperativas, cuestión esta que también fue destacada por LAIDLAW en su Informe sobre «Las

co se considera *imprescindible* para que una empresa sea considerada como integrante de la ES «ya que la utilidad social de estas empresas no se apoya habitualmente en la actividad económica desarrollada, que tiene un carácter instrumental al servicio de un fin no lucrativo, sino que proviene de su propia finalidad y de los valores democráticos y participativos que incorporan en su funcionamiento»⁹⁴. Una de las posibles quebras a este principio puede encontrarse en la propia LCoop al permitir que, en las cooperativas de primer grado, los estatutos puedan establecer *el derecho al voto plural ponderado*, en proporción al volumen de la actividad cooperativizada, para los socios que sean cooperativas, sociedades controladas por estas o entidades públicas»⁹⁵. Dado que en una cooperativa de seguros pueden existir socios que tengan la condición de sociedades cooperativas la posibilidad descrita sería perfectamente factible.

Por lo que respecta a las mutuas, el TRLOSSP recoge este principio de un modo tangencial, limitándose a señalar en el apartado 3 del artículo 9 que: «En el reglamento de desarrollo de esta ley se regularán *los derechos y obligaciones de los mutualistas, sin que puedan establecerse privilegios en favor de persona alguna*⁹⁶» y «(...) los órganos de gobierno, que deberán tener funcionamiento, gestión y control democráticos (...)». Así lo hace el párrafo segundo del artículo 13 del ROSSP cuando dispone que: «Los derechos políticos de los mutualistas responderán al principio de igualdad. *Cada mutualista tendrá un voto*. Todos tendrán las cualidades de elector y elegible para los cargos sociales, siempre que estén al corriente de sus obligaciones sociales, así como el derecho de asistir a las Asambleas Generales, formular propuestas y tomar parte en las deliberaciones y votaciones de las mismas, todo ello en la forma que establezcan los estatutos (...)». Del precepto citado se infiere que el *modelo de gobierno democrático* de las entidades de la ES implica la *participación activa* de los socios en los órganos de la sociedad.

Como regla general, las aseguradoras de la ES disponen de dos órganos obligatorios: la Asamblea General y el Consejo de Administración, Junta Directiva o Consejo Rector. Adicionalmente, pueden contemplarse otros órganos facultativos u obligatorios en los estatutos o en el propio texto legal. Este es el caso del artículo 43 del RMPS que incluye para las mutualidades de previsión so-

cooperativas en el año 2000», Ed. CENEC-ALCECOOP, Zaragoza, 1982. Este autor explica también las distorsiones que el principio sufre en la práctica societaria: escasa profundización en la gestión democrática, articulación insatisfactoria o inadecuada de las Asambleas Generales, etc. El problema ha sido también analizado por BUENDÍA MARTÍNEZ, I., en su artículo «Las distorsiones en el funcionamiento democrático de las sociedades cooperativas», *REVESCO*, núm. 60, Madrid, 1994. La profesora BUENDÍA señala y comenta tres tipos de disfunciones en el proceso democrático de la sociedad cooperativa: la primera, derivada del posible desequilibrio de las aportaciones a los flujos reales de los socios activos y su igual participación en los flujos informativos-decisionales; la segunda, en cuanto a la participación de los socios no activos en el proceso de toma de decisiones; y, por último, referente a la participación de los trabajadores en la gestión de la sociedad cooperativa.

⁹⁴ Del «Informe de la Economía Social en la Unión Europea», pág. 21.

⁹⁵ Artículo 26.2. de la LCoop.

⁹⁶ Este principio no debe entenderse como una afirmación de que existe igualdad entre los mutualistas, significa más bien que un mutualista en el que concurren las mismas características que en otro no puede ser tratado de forma distinta a como son tratados todos los que se encuentran en su misma situación.

cial la *Comisión de control financiero* que es un órgano social de carácter necesario para aquellas mutualidades de previsión social que por disposición normativa no estén obligadas a someter sus cuentas anuales a auditoría de cuentas y facultativo para el resto. Un órgano similar existe también para las cooperativas⁹⁷ y, además, los estatutos podrán prever la creación de un *Comité de Recursos*, que tramitará y resolverá los mismos contra las sanciones impuestas a los socios incluso cuando ostenten cargos sociales por el Consejo Rector, y en los demás supuestos que establezca la LCoop o los estatutos.

La Asamblea General es la reunión de los socios/mutualistas para deliberar y tomar acuerdos como órgano supremo de expresión de la voluntad social en las materias que le atribuye la ley y su reglamento, así como los estatutos. Junto a esta competencia amplia, que aunque literalmente solo se refiere al debate, debe entenderse comprensiva también de la decisión, las normas reguladoras de los distintos tipos societarios consignan una serie de asuntos de competencia exclusiva de este órgano y por ello absolutamente indelegables bajo pena de nulidad. En el caso de las sociedades mutuas, el artículo 16.2 del ROSSP señala lo siguiente: el nombramiento y revocación de los miembros del Consejo de Administración, la aprobación de las cuentas anuales, y la aplicación del resultado, acordar nuevas aportaciones obligatorias al Fondo Mutuo, modificar los estatutos sociales, etc. Más allá de esta somera descripción, el ROSSP únicamente menciona que mayorías serán necesarias para la adopción de acuerdos⁹⁸ remitiendo en aspectos tan relevantes como el régimen de convocatoria, o la constitución de este órgano, «a lo dispuesto en la normativa aplicable a las sociedades anónimas, en cuanto no contradiga el régimen específico de esta clase de entidades». Con independencia de cuestionar la idoneidad de esta remisión, no podemos pasar por alto la ironía de la expresión «en cuanto no contradiga el régimen específico de esta clase de entidades» teniendo en cuenta que en realidad no existe tal régimen. Probablemente, el gobierno quiso referirse a la «naturaleza específica de estas entidades» y, si este hubiera sido el caso, el tipo societario más próximo a las mutuas no son las sociedades anónimas, sino las cooperativas por lo que tal vez hubiera sido más adecuada una remisión a la LCoop.

Lo previsto para la Asamblea General de las mutuas coincide, en líneas generales, con las previsiones del RMPS para el mismo órgano en las mutualidades de previsión. De hecho, el artículo 38 dispone que «en lo no previsto expresamente en el presente Reglamento, el régimen de convocatoria, constitución, legitimación para asistir, celebración, derecho de información, adopción e impugnación de acuerdos sociales, de las mutualidades de previsión social se ajustarán a lo previsto en el ROSSP para las mutuas de seguros y, subsidiariamente, a los artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas y correlativos preceptos del Reglamento del Registro Mercantil, entendiéndose hechas a la Asamblea general y la Junta Directiva las referencias que en dichas normas se hacen a la Junta General y al Consejo de Administración». Ciertamente resulta turbador que los «vacíos normativos» tengan que integrarse acudiendo a otra norma que también presenta los mismos «vacíos normativos» en cuanto «al régimen de convocatoria, constitución,

⁹⁷ Artículo 38 de la LCoop (La intervención).

⁹⁸ Artículo 17 del ROSSP.

legitimación para asistir, celebración, derecho de información, adopción e impugnación de acuerdos sociales» lo que, en última instancia, obliga a acudir al régimen de las sociedades anónimas.

En descargo del redactor del RMPS cabe decir que, como mínimo, tuvo el acierto de intuir aquellos aspectos del régimen de las anónimas que podían causar fricciones con la naturaleza específica de las mutualidades y, por ello, introdujo un segundo párrafo en el artículo 38 en el que señala que: (...) en el régimen de funcionamiento de la Asamblea General previsto en los estatutos de las mutualidades de previsión social se observarán las siguientes peculiaridades⁹⁹: a) Las menciones a la participación en el capital social, sea genéricamente, sea a capital suscrito o a capital desembolsado, se entenderán hechas en todos los casos a número de mutualistas; b) No será necesaria la publicación del anuncio de convocatoria en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*¹⁰⁰; c) Entre la primera y la segunda convocatoria deberá mediar, por lo menos, una hora de diferencia, no siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 98 de la Ley de Sociedades Anónimas¹⁰¹; d) Cuando en la convocatoria de la Asamblea General figure en el orden del día la adopción de acuerdos que supongan la modificación de los derechos de los mutualistas como asegurados, deberá convocarse individualmente a aquellos mutualistas a los que afecte el acuerdo, debiendo acompañarse junto con la convocatoria el texto de los reglamentos de prestaciones o de los acuerdos que vayan a ser sometidos a aprobación, así como un Informe justificativo emitido por la junta directiva. En caso de que los acuerdos que se vayan a adoptar afecten a las expectativas de derechos de un determinado grupo de mutualistas, incluyendo aquellos que hayan pasado a tener la condición de beneficiarios, el acuerdo habrá de adoptarse por la mayoría de los afectados; e) No serán admisibles las limitaciones de los derechos de asistencia y voto recogidas en los artículos 104 y 105 de la Ley de Sociedades Anónimas¹⁰². Los estatutos sociales contendrán la previsión del modo de acreditar la condición de mutualista con anterioridad a la celebración de la Asamblea General; f) Las Asambleas Generales se celebrarán en la localidad donde la mutualidad tenga su domicilio social, salvo que los estatutos prevean que, por razones justificadas, se puedan celebrar en otro u otros lugares; g) Salvo disposición contraria de los estatutos, los mutualistas podrán hacerse representar en la Asamblea General por medio de otra persona, que deberá reunir necesariamente la condición de mutualista. Los estatutos sociales podrán limitar el número de representaciones que pueda tener un mismo mutualista en la Asamblea General, que no podrán exceder del 5 % del número total de mutualistas, con un límite máximo de 50. Las precisiones realizadas por el RMPS, aunque incompletas, evidencian mejor que ninguno

⁹⁹ No hace falta decir que la remisión se realizaba al Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas que estuvo vigente hasta el 1 de septiembre de 2010.

¹⁰⁰ En la vigente Ley de Sociedades de Capital (LSC) el anuncio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil únicamente es preceptivo para la sociedad anónima con acciones al portador. En los demás casos, los estatutos pueden prever establecer que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del mismo por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad. Véase artículo 173 de la LSC.

¹⁰¹ Este precepto fijaba un plazo de 24 horas entre primera y segunda convocatoria. En la norma vigente se mantiene este criterio en el artículo 177.2.

¹⁰² Actualmente contenidos en los artículos 179 y ss. de la LSC.

de nuestros argumentos las dificultades que la remisión al régimen de las sociedades anónimas plantea a las entidades de la ES.

El artículo 38 del RMPS también incluye una última previsión relativa a la posibilidad de celebrar *asambleas por delegados* fijando las condiciones y los requisitos de las mismas; así, la letra h) del párrafo segundo establece: «los estatutos de las mutualidades de previsión social *cuyo ámbito sea superior a una provincia* podrán prever que la celebración de la Asamblea General vaya precedida de asambleas previas, en las que serán elegidos los representantes de los mutualistas en la Asamblea General, en la forma y número que, con respeto al principio de participación efectiva de los mutualistas en el gobierno de la mutualidad, determinen los estatutos de cada mutualidad», añadiendo que, «el funcionamiento de las asambleas previas se regirá por lo dispuesto en el presente artículo, debiendo darse a conocer en las mismas, en todo caso, los acuerdos cuya aprobación se vaya a proponer en la Asamblea General y se aprobarán las instrucciones generales que se consideren oportunas sobre la actuación de los delegados o compromisarios en esta. Cuando se celebren asambleas previas, lo dispuesto en el primer párrafo del párrafo d) y en el párrafo g) del presente artículo no será de aplicación a la Asamblea General». Las asambleas por delegados son especialmente convenientes para las aseguradoras de la ES en atención al elevado número de socios/mutualistas¹⁰³, por este motivo, no solo las prevé el RMPS sino también la LCoop¹⁰⁴. Sin embargo, tanto el TRLSSOP como el ROSSP guardan silencio sobre esta cuestión respecto a las Z por lo que sería conveniente que la futura norma de supervisión se pronunciara al respecto.

El segundo órgano social *obligatorio* para las ES es el órgano de administración. Frente a la prolija regulación del mismo en la LCoop, tanto el TRLOSSP (para las mutuas) como el RMPS (para las mutualidades de previsión social) se limitan a fijar unas escuetas reglas sobre sus competencias y composición. Como no podía ser de otro modo, al órgano de administración le corresponden todas las facultades de representación, disposición y gestión y, en concreto, las siguientes: a) Fijar las directrices generales de actuación en la gestión de la sociedad. b) Nombrar los cargos de dirección de la entidad a los que se refiere el artículo 40.1 a) de la ley¹⁰⁵. c) Ejercer el control permanente y directo de la gestión de los cargos de dirección. d) Presentar a la Asamblea General, las cuentas anuales, el Informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado¹⁰⁶. Por lo se refiere a la composición, el artículo 18 del ROSSP y 39.2 del RMPS coinciden en señalar que el Consejo (o la Junta Directiva) está integrado *por personas físicas o jurídicas nombradas por la Asamblea General que tengan la condición de mutualistas*¹⁰⁷.

¹⁰³ El mínimo es de 50.

¹⁰⁴ Artículo 30 de la LCoop.

¹⁰⁵ Según este precepto son cargos de administración: los administradores o miembros de los órganos colegiados de administración y los cargos de dirección, sus directores generales o asimilados. Se entienden por tales aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados de aquel.

¹⁰⁶ Artículo 19 del ROSSP y 39 del RMPS.

¹⁰⁷ Artículo 18 del ROSSP.

Esta previsión marca una relevante diferencia con las sociedades cooperativas puesto que el segundo párrafo del artículo 34 de la LCoop contempla la posibilidad que, por vía estatutaria se pueda admitir «el nombramiento como consejeros de personas cualificadas y expertas que no ostenten la condición de socios, en número que no exceda de un tercio del total, y que en ningún caso podrán ser nombrados Presidente ni Vicepresidente». La incorporación al órgano de administración de personas que no ostenten la condición de socios también estaba prevista para las mutuas en el artículo 37.2 c) del Proyecto de Ley de supervisión que señalaba como uno de los requisitos de estas entidades la circunstancia que *al menos las dos terceras partes de los miembros del Consejo de Administración sean mutualistas.*

En este velado empeño por aproximar las entidades de la ES al paradigma de gobierno de las sociedades capital subyace, en nuestra opinión, una cierta desconfianza de la Administración hacia su modelo de gestión democrática precisamente porque marca una de las grandes diferencias con la explotación del seguro realizada por sociedades anónimas¹⁰⁸. Sin embargo, téngase en cuenta que las reglas de gobierno corporativo hunden sus raíces en la dualidad que existe entre la propiedad y el control y en la necesidad de solucionar (entre otros) los asuntos de falta de responsabilidad de los administradores, ausencia de transparencia, rendición y calidad de la información. En las entidades de la ES, tal dualidad no existe por lo que muchos de los requisitos, recomendaciones y normas exigibles a las sociedades de capital, especialmente cotizadas, resultan totalmente inadecuados.

Las reflexiones anteriores no impiden reconocer las dificultades que para las aseguradoras de la ES pueden plantear los *requisitos de honorabilidad y aptitud* exigibles a los administradores y directivos de entidades financieras supervisadas por la Administración (como es el caso de las entidades aseguradoras). En efecto, el artículo 14 del TRLOSSP dispone que: «quienes, bajo cualquier título¹⁰⁹, lleven *la dirección efectiva de la entidad aseguradora*, o de una entidad cuya acti-

¹⁰⁸ La diferencia puede analizarse también desde la perspectiva que aporta la teoría de la agencia que concibe a la empresa como una red de contratos. En este sentido, se afirma que la empresa carece de objetivos propios y su comportamiento no es sino el resultado de la forma contractual de equilibrio entre los objetivos individuales en conflicto. En el sector asegurador las relaciones que se establecen entre los tres partícipes principalmente implicados en estas entidades aseguradoras: la dirección, los asegurados y los propietarios de los derechos residuales no son iguales, como tampoco lo son los problemas y los costes de agencia que originan. La característica esencial de los derechos residuales de las sociedades anónimas es su transferibilidad. Esta transferibilidad permite la especialización de funciones entre quienes asumen el riesgo (accionistas) y quienes toman las decisiones (dirección) pero plantea el problema de separación entre propiedad y control. Además, en la sociedad anónima de seguros las figuras de accionista y asegurado están separadas. La separación de los tres agentes provoca dos conflictos de intereses entre la dirección y los accionistas y entre estos últimos y los asegurados. En la estructura mutual, a diferencia de la sociedad anónima, se fusionan las figuras de propietario y asegurado con lo que se evitan los costes de agencia a que dicha relación da lugar. Pero este ahorro en costes contractuales se ve compensado en las mutuas de seguros por la acentuación del problema de separación entre propiedad y control, pues la no negociabilidad de los derechos de propiedad anula a los mercados de capitales y de control corporativo como mecanismos externos de control. *Vid.*, con más detalle estas cuestiones en AZOFRA PALENZUELA, V. y CASTRILLO LARA, M. J.: *Eficiencia en las entidades aseguradoras españolas y estrategia competitiva: un enfoque contractual*, Oviedo, 2003.

¹⁰⁹ Se entienden incluidos, por tanto, los administradores o miembros del Consejo Rector, Junta Rectora o Consejo de Administración y los cargos de dirección, directores generales y asimilados.

vidad principal consista en tener participaciones en entidades aseguradoras, serán personas físicas de *reconocida honorabilidad* y con las *condiciones necesarias de calificación o experiencia profesionales* y se inscribirán en el Registro administrativo de altos cargos de entidades aseguradoras (...). La honorabilidad se refiere al ámbito comercial y profesional y concurre *en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles y a las demás que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como a las buenas prácticas comerciales, financieras y de seguridad*¹¹⁰. El requisito de *aptitud* concurre en las personas que posean *cualificación o experiencia profesional*. Se presume que poseen la primera quienes hayan obtenido un título superior universitario en ciencias jurídicas, económicas, actuariales y financieras, administración y dirección de empresas o en materia específica de seguros privados. La experiencia profesional se presume en quienes hayan desempeñado durante un plazo no inferior a cinco años funciones de alta administración, dirección, control o asesoramiento de entidades financieras sometidas a regulación y supervisión por la Administración Pública, o funciones de similar responsabilidad en otras entidades públicas o privadas de dimensiones y exigencias análogas a las de la entidad en cuya dirección efectiva pretenda participar.

Así las cosas, la presencia de socios en el órgano de administración (genuino corolario del principio democrático) puede suponer todo un reto para las entidades de la ES en cuanto a la identificación de aquellos socios/mutualistas que reúnan los requisitos de honorabilidad y aptitud exigidos por las normas de supervisión y que estén dispuestos a implicarse en la gestión¹¹¹. Otro desafío consiste en la necesidad de contar con una *gerencia profesional* que, además de acreditar las competencias y habilidades técnicas necesarias para desarrollar de forma eficaz su actividad, tengan un concepto claro de la función de las entidades de la ES en el ámbito económico y empresarial y un convencimiento profundo de los principios que deben inspirar la actuación de estas entidades¹¹². En este sentido existe un claro riesgo de *isomorfismo normativo* causado por la experiencia previa (y la formación) de estos profesionales que les lleva a actuar de forma *homogénea* de acuerdo con las normas y valores de la cultura empresarial dominante. Este fenómeno podría ser contrarrestado por una formación específica en los valores y principios de la ES y, sin duda, sería una clara finalidad del FEPC en las sociedades cooperativas de seguros.

En todo caso, disponer de recursos humanos suficientes y con una capacitación y formación muy específica resulta aún más apremiante a la vista de las exigencias relativas al *sistema de go-*

¹¹⁰ Artículo 15.2 del TRLOSSP.

¹¹¹ Sobre este particular podría ser conveniente el diseño de programas de formación especializados dirigidos a los potenciales miembros del Consejo Rector o de la Junta Directiva organizados por asociaciones representativas del sector de la ES, por ejemplo, la Confederación Española de Mutualidades.

¹¹² COQUE MARTÍNEZ, J.: «Puntos fuertes y débiles de las cooperativas desde un concepto amplio de gobierno empresarial», *REVESCO*, núm. 95, 2008, pág. 82. El autor señalaba que «en general, las cooperativas deben profesionalizar y modernizar el liderazgo que se ejerce en su seno. El líder ha sido siempre una figura importante en las cooperativas, pero ese liderazgo se ha limitado demasiado al ámbito cultural. Es necesario un liderazgo integrador de los valores culturales del cooperativismo con los económicos y empresariales, creando una dimensión estratégica dirigida al mercado de los socios».

*bierno*¹¹³ impuestas por Solvencia II. En efecto, el denominado *Segundo Pilar*, tiene un doble impacto en las aseguradoras: por un lado, se pretende mejorar los sistemas de responsabilidad corporativa, de gobierno y de gestión; y por otro, se procura un cambio del actual sistema de orden y control a un sistema de regulación por autosupervisión en el que las entidades *demuestren* que están cumpliendo con los requerimientos del regulador. En este nuevo paradigma deberán existir organismos de gobierno como un Consejo de Administración, un Comité de auditoría interna, un Comité de riesgos y en algunos casos un Comité de prácticas societarias¹¹⁴.

En este contexto, cobran especial relevancia las reflexiones del «Informe sobre la Economía Social» cuando recomendaba al legislador el reconocimiento no solo de las especificidades de las entidades de la ES sino también «las cargas que conlleva estas especificidades que se deben a la internalización de los costes sociales que realizan, costes ligados al proceso de decisión democrático, al modo de distribución y a la naturaleza de los bienes y servicios que producen, básicamente de interés social y/o general, en contraposición a la externalización de costes privados que realizan las empresas privadas tradicionales lucrativas». La propia Directiva 2009/138/CE (Solvencia II) consideraba que su aplicación no debía «resultar demasiado gravosa para las pequeñas y medianas empresas de seguros. Uno de los medios para alcanzar este objetivo es una aplicación adecuada del principio de proporcionalidad. Este principio debe aplicarse tanto a los requisitos impuestos a las empresas de seguros y de reaseguros como al ejercicio de las facultades de supervisión»¹¹⁵.

En nuestra opinión no se trata solo de una cuestión de «tamaño de la empresa» sino también de «naturaleza del empresario» por lo que habría sido deseable que la Directiva hubiera dado un paso más incluyendo en el universo de entidades beneficiarias de este «principio de proporcionalidad» a las integrantes de la ES en línea con las principales políticas de la Unión Europea, como el Acta del Mercado Único¹¹⁶ que confirman lo que hemos venido afirmando en este trabajo: «para poder desarrollarse y responder a sus objetivos, el sector de la ES en el mercado interior deberá poder adoptar unas formas de organización *dotadas de un estatuto jurídico especial*».

En particular, el Acta del Mercado Único se refería a las mutuas para advertir que a pesar de su presencia en sectores fundamentales para los ciudadanos (salud, banca, seguros, etc.), «es poco frecuente que ofrezcan sus servicios en varios Estados miembros; y, sin embargo, con el 25% del mercado de los seguros y el 70% del número total de empresas del sector, no pueden

¹¹³ En la versión original (en inglés de la Directiva Solvencia II se hablaba de «The system of governance», que se tradujo en la versión española por «Sistema de Gobernanza» y en el PLSSP por «sistema de gobierno».

¹¹⁴ Un estudio detallado de los aspectos cualitativos de Solvencia II puede consultarse en el *Estudio sobre el sector asegurador en España 2010: Los aspectos cualitativos de Solvencia II*, Fundación Estudios Financieros, 2010. El trabajo ha sido dirigido por las profesoras BLANCO MORALES-LIMONES, P. y GUILLÉN ESTANY, M.

¹¹⁵ Considerando (19) de la Directiva.

¹¹⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones. Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento», Bruselas, 13 de abril de 2011, COM (2011) 206 final.

ser ignoradas por el mercado único». El verdadero reto para el legislador (comunitario y nacional) estriba en asumir que este estatuto jurídico especial *debe impregnar el marco jurídico y reglamentario en todos sus ámbitos*, desde el derecho de sociedades hasta la política de empresa, pasando por el derecho contable, fiscal, armonización estadística, etc. Solo así, podrá lograrse una cabal articulación de las características de los diferentes operadores que actúan en el mercado.

4. OTRO EJEMPLO DE ISOMORFISMO ORGANIZATIVO A PROPÓSITO DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE ENTIDADES ASEGURADORAS

La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME)¹¹⁷ contempla tres instituciones jurídicas generales que tienen una aplicación específica en el sector de los seguros privados. En efecto, el TRLOSSP contempla la fusión, la escisión y la transformación en la sección segunda de su Capítulo II del referido a las condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora, junto a otras normas relativas a la contabilidad y deber de consolidación de las entidades aseguradoras, régimen de participaciones significativas, estatutos, pólizas y tarifas. Junto a estos procedimientos se sitúa una operación característica del derecho de seguros conocido como *cesión de cartera* con la que aquellos mantienen una indiscutible afinidad en la medida que constituyen alternativas diversas para alcanzar unos mismos objetivos económicos.

La citada proximidad se traduce en un importante conjunto normativo compartido que en el TRLOSSP se resuelve con una remisión en bloque de diferentes aspectos de estas operaciones al régimen jurídico de la cesión de cartera que, de este modo, se convierte en el eje central de todas ellas. Asimismo, aunque en sentido inverso, a las cesiones de cartera también le son aplicables las previsiones sobre el control de concentraciones económicas que el TRLOSSP contempla para las fusiones y algún supuesto de escisión tras la reforma introducida en el ROSSP por el Real Decreto 297/2004, de 20 de febrero. Las razones que justifican este tratamiento unitario desde la perspectiva de la norma de ordenación y supervisión son de diverso tipo; como se ha destacado por numerosos autores, se trata de *figuras que presentan un núcleo común en cuanto que todas ellas inciden en mayor o menor*

¹¹⁷ La norma introduce diversas modificaciones en el ordenamiento societario mercantil que responden a cuatro fuentes distintas: en primer lugar, incorporar al Derecho español, la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital; en segundo lugar, transponer la Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como el mantenimiento y modificaciones de su capital; en tercer lugar, modificar, con carácter general, el régimen general de fusiones y escisiones de sociedad mercantil, y por último, introducir algunas modificaciones en diversos aspectos del régimen jurídico societario como son las aportaciones no dinerarias, el régimen de la autocartera y las posibilidades de asistencia financiera de las sociedades. La estructura y alcance del Proyecto son similares a una propuesta de Anteproyecto preparada por una ponencia adscrita a la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación fechada el 23 de marzo de 2007, circunstancia que es alabada por el Consejo de Estado en su dictamen de referencia 1977/2007 (Justicia) sobre el citado Proyecto.

*grado, sobre la estructura de la actividad aseguradora, al conducir a una modificación o cuanto menos, a una sustitución del sujeto activo de esa actividad, esto es, del empresario de seguros*¹¹⁸.

Asimismo, se señalan como características comunes de estas operaciones las siguientes: 1) Su repercusión sobre los contratos de seguros, lo que sitúa en un plano muy destacado la protección de los asegurados; 2) Todas estas operaciones constituyen entre sí verdaderas alternativas por las que se puede optar para conseguir unos mismos resultados económicos de modo que la elección de cualquiera de ellos depende más de las circunstancias económicas que de razones jurídicas; 3) La equivalencia económica se traduce en una cierta equivalencia jurídica de modo que la regulación de estas figuras es muy próxima; 4) Finalmente, por afectar al ejercicio de la actividad aseguradora, todas estas operaciones se someten al régimen de estricta vigilancia de la Administración. Esta última característica da idea de que la orientación del legislador de seguros va en la línea de ofrecer un tratamiento de la cesión, fusión, escisión y transformación desde la óptica de *operaciones sometidas a control*.

En atención a la virtualidad de las instituciones citadas como instrumentos para articular procesos de concentración empresarial, especialmente relevantes ante los nuevos requerimientos de solvencia que establece la Directiva Solvencia II, en los siguientes epígrafes daremos cuenta de algunos ejemplos de isomorfismo propiciados por el tratamiento que el TRLOSSP dispensa a las operaciones de cesión, fusión, escisión y transformación que perjudican el crecimiento y concentración de las entidades de la ES.

4.1. LA «INCOMUNICABILIDAD DE TIPOS» EN LAS OPERACIONES DE CESIÓN DE CARTERA, FUSIÓN, ESCISIÓN Y TRANSFORMACIÓN

La «incomunicabilidad de tipos» es una expresión acuñada por unos insignes mercantilistas¹¹⁹ en referencia a la tendencia del legislador de seguros *a favorecer el tránsito a la sociedad anónima* desde los tipos societarios de la ES (cooperativas y mutualidades). Este fenómeno se advierte en todas y cada una de las operaciones contempladas en el artículo 24 del TRLOSSP: fusión, escisión y transformación. La única excepción la constituye la cesión de cartera. Como se ha dicho anteriormente, la cesión de cartera es una operación singular del derecho de seguros que tiene por objeto la transferencia por una entidad aseguradora a otra del conjunto de contratos de seguros en vigor que representa la totalidad de los concertados por la cedente en todo o en algunos de los ramos en que opere (cesión total y general) o aquella parte de los mismos que suponga la totalidad de los que correspondan a una modalidad de seguro, a una zona geográfica determinada o agrupados atendiendo a un criterio objetivo (cesión parcial) con la intención de que la entidad cesionaria la sustituya de modo pleno y definitivo en los derechos y obligaciones dimanantes de tales contratos.

¹¹⁸ Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J. y VELASCO SAN PEDRO, L. A.: «La cesión de cartera entre entidades aseguradoras», *Comentarios a la Ley de ordenación del Seguro Privado*, Tomo I, Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF), Madrid, 1988, pág. 787, y NÚÑEZ NAVARRO, M.ª C., ob. cit., pág. 179, citando a los primeros.

¹¹⁹ QUIJANO GONZÁLEZ, J. y VELASCO SAN PEDRO, L. A., ob. cit., pág. 808.

En lo referido al elemento subjetivo de la cesión¹²⁰, el artículo 23 del TRLOSSP abarca a todas las entidades aseguradoras en términos de reciprocidad, es decir, *todas pueden ser cedentes y cesionarias entre sí*. De esta declaración general se exceptúan las sociedades mutuas y cooperativas a prima variable y las mutualidades de previsión social que *solo pueden adquirir las carteras de su misma clase*. En este sentido, el argumento en el que se apoya el planteamiento legal no reside tanto en la naturaleza de la entidad cuanto en «la clase» de estas entidades y, más en particular, en los inconvenientes de la utilización de la prima variable derivados de la incertidumbre que produce la organización y funcionamiento de este tipo de sociedades y la responsabilidad que asumen a título personal los socios.

La exclusión de las mutualidades de previsión social en su condición de cesionarias de modo que únicamente pueden adquirir carteras de entidades de su misma clase se justifica por las especialidades que se derivan de su consideración como *entidades aseguradoras privadas sin ánimo de lucro que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria a la Seguridad Social obligatoria mediante aportaciones a prima fija o variables de los mutualistas, personas físicas o jurídicas o de otras entidades o personas protectoras*¹²¹, en este sentido, aunque el objeto social es, en principio, estrictamente asegurador, está tipificado por una serie de riesgos que *institucionalmente* ha de asumir¹²² y que *excepcionalmente* cabe ampliar mediante la asunción de prestaciones sociales y la ampliación de riesgos y cuantías con determinados requisitos¹²³. Sobre la base de lo expuesto cabe concluir que la restricción legal contemplada en el artículo 23 del TRLOSSP opera exclusivamente en el plano del cesionario de forma que las mutuas y cooperativas a prima variable y las mutualidades de previsión social solo pueden recibir por cesión, la cartera de seguros de las sociedades de su clase y, evidentemente, también de su misma naturaleza; sin embargo, no existe ninguna limitación para que pueden ceder su cartera junto al resto de entidades, anónimas y cooperativas y mutuas a prima fija a otras siempre que, a su vez, sean sociedades anónimas o fórmulas *asociativas* que operen a prima fija.

El fenómeno jurídico de *la transformación de forma o tipo social* sin alteración de la personalidad jurídica¹²⁴ se contempla en el artículo 24.1 del TRLOSSP indicando que las mutualidades de previsión social y las mutuas y cooperativas de seguros a prima variable podrán transformarse en mutuas y cooperativas a primas fijas y aquellas y las mutuas y cooperativas a prima fija po-

¹²⁰ Los elementos personales que intervienen en la cesión de cartera son, de un lado, el cedente que se desprende de la cartera al efectuar la transferencia de los contratos de seguros y, de otra, el cesionario que es quien la recibe, sustituyendo al primero, que pasa a ser el nuevo asegurador en las relaciones objeto de la cesión.

¹²¹ Véase artículo 64. 1 del TRLOSSP.

¹²² Véase artículo 11 del TRLOSSP.

¹²³ Véase artículo 64.2 del TRLOSSP. Sobre la cesión de cartera de las mutualidades de previsión social. Véase RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. I.: «El régimen jurídico de la cesión de carteras de seguros de las Mutualidades de Previsión Social», *Revista Española de Seguros. Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros Privados*, enero-junio 2008, núms. 133-134, págs. 9-49.

¹²⁴ Véase artículo 3 de la LME.

drán transformarse en sociedades anónimas de seguros. Fuera de estas combinaciones, la transformación de una entidad en una sociedad de tipo distinto, sea o no sea aseguradora, será nula. En este sentido es claro que el TRLOSSP limita las posibilidades de la transformación de entidades aseguradoras permitiendo que se realicen únicamente en un sentido progresivo o ascendente, partiendo de la hipótesis de que la forma más eficiente de realizar la actividad aseguradora es la sociedad anónima. En definitiva, la voluntad de nuestro legislador es favorecer procesos encaminados hacia la fijeza de la prima y *hacia la forma de sociedad anónima*.

En la hipótesis contemplada por la transformación, además de aplicar lo dispuesto en las letras b)¹²⁵, c)¹²⁶ y d)¹²⁷ del apartado 1 del artículo 23 referido a la cesión, el legislador otorga a los asegurados el derecho de resolución de sus contratos y a los mutualistas que no hubieran votado a favor del acuerdo el derecho de separación en los términos previstos en el artículo 15 de la LME¹²⁸. Nada se dice sobre el derecho de separación de los socios de la sociedad cooperativa de seguros en el TRLOSSP, sin embargo, el artículo 69.2 de la LCoop lo recoge en los mismos términos previstos para el caso de fusión.

La fusión es un procedimiento societario de concentración empresarial por el que dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan¹²⁹. Así, atendiendo al medio de llevar a cabo la fusión se puede distinguir entre una fusión por creación o constitución que es la realizada mediante la integración de cualesquiera sociedades en una sociedad de nueva creación, con extinción de cada una de las entidades absorbidas y la transmisión en bloque de sus respectivos patrimonios sociales a la nueva sociedad que adquiere los distintos elementos que los integran por vía de sucesión universal¹³⁰; o una fusión por absorción que consiste en la integración de una o más sociedades en otra ya existentes que adquiere, también por sucesión universal, los patrimonios de las entidades absorbidas que se extinguen, aumentando, si procede, la cifra de su capital social en la cuantía pertinente¹³¹.

El régimen de la fusión de entidades aseguradoras está contenido en el artículo 24 del TRLOSSP y en el artículo 72 del ROSSP aplicándose de manera expresamente supletoria a la fusión

¹²⁵ Después de la transformación, la entidad debe tener provisiones técnicas suficientes y superar el margen de solvencia establecido.

¹²⁶ Referido a la autorización administrativa previa, periodo de información pública, otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

¹²⁷ Se refiere a las relaciones laborales existentes al tiempo de la transformación.

¹²⁸ Esta última disposición ha sido introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

¹²⁹ Véase artículo 22 de la LME.

¹³⁰ Véase artículo 23.1 de la LME.

¹³¹ Véase artículo 23.2 de la LME.

de entidades aseguradoras lo dispuesto en la LME¹³². Una de las dificultades que plantea la entrada en vigor de esta norma que, como es sabido, deroga los artículos 223 a 259 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, es que en virtud de lo establecido en el artículo 2.1 se limita su ámbito subjetivo de aplicación a *las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución*¹³³ añadiendo en el segundo párrafo que *las modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas, así como el traslado internacional de su domicilio social, se regirán por su específico régimen legal*. Entendemos que este último párrafo no es de aplicación a las cooperativas de seguros en la medida que constituyen uno de los sujetos obligados a la inscripción obligatoria en el Registro Mercantil¹³⁴ junto a las mutuas y a las mutualidades de previsión social y, por este motivo, la fusión de aquellas también debe estar sujeta a la LME en todo lo no previsto en el TRLOSSP y en el ROSSP. En cualquier caso, las posibilidades de fusión de las entidades aseguradoras viene limitada legalmente en dos sentidos: de un lado, la fusión debe ser *homogénea* de tal manera que las entidades aseguradoras no podrán fusionarse con entidades no aseguradoras ni absorberlas ni ser absorbidas por entidades no aseguradoras; de otro, y en un sentido semejante a lo observado en la transformación, el TRLOSSP limita las posibilidades de fusión en un sentido tendente a dar primacía a las entidades de prima fija sobre las de prima variable y a la forma jurídica de sociedad anónima sobre el resto de formas jurídicas¹³⁵. Por lo demás, son aplicables las letras a), b), c) y d) del artículo 23.1 del TRLOSSP que ya han sido examinadas en los comentarios sobre la cesión de cartera.

La escisión es un fenómeno opuesto a la cesión por el que se procede a la separación del patrimonio de una sociedad mercantil inscrita en dos o más partes para aportar cada una a otra u otras sociedades. En la escisión cabe distinguir tres supuestos distintos; en primer lugar, la llamada *escisión total*¹³⁶ en la que se extingue una sociedad, con división de todo su patrimonio

¹³² El artículo 24.4 del TRLOSSP indicaba que: En todo lo no regulado expresamente en esta ley, y en la medida en que no se oponga a ella, se aplicará a la transformación, fusión y escisión de entidades aseguradoras la normativa del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. Pero, como sabemos, los artículos 223 a 259 han sido derogados por la LME por lo que la referencia ha de entenderse hecha a la LME.

¹³³ La doctrina ha criticado la dicción legal alegando que «el legislador actual parece desconocer el desarrollo, respecto a esta cuestión, del derecho de sociedades español de los últimos cincuenta años, a partir sobre todo del impulso decisivo de GIRÓN TENA». Por ello, concluyen que el sentido del artículo 2.1 de la LM es que esta ley es aplicable a todas las modificaciones estructurales en las que participe cualquier sociedad de las que se incluyen en la lista del artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil. En este sentido, Véase SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., ob. cit., pág. 61.

¹³⁴ Véase artículo 81 d) del Reglamento del Registro Mercantil.

¹³⁵ El artículo 24.2 del TRLOSSP señala que: «cualesquiera entidades aseguradoras podrán fusionarse en una sociedad anónima de seguros, y las sociedades anónimas de seguros podrán absorber entidades aseguradoras cualquiera que sea la forma que estas revistan. Las mutuas y cooperativas a prima fija podrán además, fusionarse en sociedades de su misma naturaleza y forma, y únicamente podrán absorber a otras entidades aseguradoras con forma distinta. Excepcionalmente caben fusiones y absorciones en supuestos distintos de los autorizados con las debidas cautelas».

¹³⁶ Véase artículo 69 de la LME.

en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente; en el segundo supuesto de escisión, denominado, *escisión parcial*¹³⁷, se produce el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de la sociedad beneficiaria de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo esta el capital social en la cuantía necesaria¹³⁸; el tercer supuesto de escisión que se contempla en el artículo 71 de la LME con el nombre de *segregación* se refiere al traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad cada una de las cuales forma una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias¹³⁹. El TRLOSSP contempla la escisión en el apartado 3 del artículo 24 señalando que estará sujeta a las mismas limitaciones y deberá cumplir idénticos requisitos que la fusión de ellas. Ello significa, entre otras consideraciones, que las posibilidades de escisión se limitan en un sentido tendente a dar primacía a la forma jurídica de sociedad anónima sobre el resto de los tipos societarios de la LES.

Llegados a este punto, sería conveniente que el legislador de seguros revisara la posibilidad de superar esta «incomunicabilidad de tipos», en línea con lo dispuesto en la propia LME, permitiendo que todas las entidades de seguros, con independencia de su naturaleza jurídica, pudieran acogerse a las operaciones de control en términos de igualdad. En el fondo se trata de articular una opción *política* a favor de las entidades de la ES como, de hecho, ya se atisba en el artículo 24.6 del TRLOSSP cuando establece que: «Excepcionalmente, el Ministro de Economía y Hacienda podrá autorizar la transformación, fusión y absorción de entidades aseguradoras en supuestos distintos a los previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, (...) cuando, atendidas las singulares circunstancias que concurran en la entidad aseguradora que solicite la transformación, fusión, absorción o unión temporal, según los casos, se obtenga un desarrollo más adecuado de la actividad por la entidad aseguradora afectada, siempre que ello no menoscabe sus garantías financieras, los derechos de los asegurados y la transparencia en la asunción de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro».

¹³⁷ Véase artículo 70 de la LME.

¹³⁸ La diferencia, pues, entre uno y otro tipo de escisión radica en la disolución o subsistencia respectivamente de la sociedad escindida mientras que tienen en común la segregación de una o más partes del patrimonio de la sociedad que se traspasa en bloque por sucesión universal a una o más sociedades y la continuidad en la condición de socio de la sociedad escindida total o parcialmente en las sociedades beneficiarias.

¹³⁹ En este caso, existe una diferencia fundamental con la escisión total y parcial y es que no existe continuidad en la condición de socio de la sociedad segregada a la beneficiaria puesto que las acciones, participaciones o cuotas de la sociedad beneficiaria se entregan a la propia sociedad «segregada» y no a sus socios; sin embargo, la afinidad con la cesión de cartera, o al menos con aquellos supuestos en los que el precio de la cesión consistiera en acciones o participaciones de la cesionaria resultaría insoslayable.

5. RECAPITULACIÓN

El somero análisis de las entidades aseguradoras de la ES en la norma de supervisión confirma lo que el «Informe sobre la Economía Social» ya había anunciado. El TRLOSSP, como sus predecesoras, sigue sin acoger las especificidades de estas fórmulas societarias hasta sus últimas consecuencias y muestra una clara tendencia a favorecer su aproximación al tipo dominante: la sociedad anónima. Esta circunstancia, además de provocar las incoherencias y lagunas que han sido comentadas, plantea una profunda contradicción con la defensa y promoción de la ES y de sus principales operadores.

En este trabajo hemos intentado señalar alguna de las inconsistencias más evidentes derivadas, en su mayor parte, de un profundo desconocimiento (o quizás, simple desinterés) de la idiosincrasia de los tipos societarios que propone la ES. En el caso de las sociedades cooperativas, la existencia de una norma específica permite aconsejar que la futura ley de supervisión se limite a los aspectos *puramente técnicos* derivados del ejercicio de la actividad aseguradora tal y como ya ocurre con la sociedad anónima. Resulta del todo punto reprochable que el TRLOSSP efectúe continuas e injustificadas remisiones a disposiciones distintas de la LCoop o, lo que es peor, pretenda introducir modificaciones al régimen jurídico de la sociedad cooperativas *que no vengan justificadas por razones técnicas*. A título de ejemplo, pueden admitirse limitaciones en la distribución de excedentes como las contempladas en el artículo 19 del TRLOSSP¹⁴⁰ pero no un *régimen distinto de distribución* al previsto en la normativa específica sobre cooperativas. Con respecto a las mutuas y mutualidades de previsión social, se aconseja elaborar una norma de rango legal que articule de *forma unitaria y completa* el régimen societario de estas entidades sobre la base de su consideración como un único tipo social si bien con distintas posibilidades operativas.

Más en general, sugerimos que en la elaboración de cualquier norma futura se tengan en cuenta los siguientes criterios: (i) Adopción de un principio de *proporcionalidad y eficacia* basadas en el tamaño de la empresa y la naturaleza jurídica del empresario; (ii) Renunciar a aquellos requisitos que sean inconsistentes con el modelo empresarial que propugna la ES y, finalmente; (iii) Antes de su adopción, evaluar el impacto de las nuevas regulaciones sobre los diferentes tipos de operadores jurídicos y en especial los integrantes de la ES.

¹⁴⁰ Artículo 19. «Limitación de distribución de excedentes y de actividades. 1. Los beneficios o excedentes que se produzcan en los tres primeros ejercicios completos de actividad y también en el ejercicio inicial, si este no fuera completo, no podrán ser repartidos y deberán aplicarse íntegramente a la dotación de la reserva legal en las sociedades anónimas, de una reserva con idéntico régimen en las mutuas y a la incorporación obligatoria al capital social en las cooperativas. 2. Las entidades aseguradoras que no tengan totalmente cubiertas sus provisiones técnicas o cuyo margen de solvencia o fondo de garantía no alcance el mínimo legal no podrán distribuir dividendos o derramas, ni ampliar su actividad a otros ramos de seguro, ni su ámbito territorial, ni extender su actividad en régimen de derecho de establecimiento ni de libertad de prestación de servicios ni, finalmente, ampliar su red comercial».