

Sesión IV.

COOPERATIVAS DE VIVIENDAS

PONENTE:

D. Ángel Luis Monge Gil
PÁG. 233

COPONENTES:

D. Luis de Codes Díaz-Quetcuti
PÁG. 245

D.^a Mercedes Zubiri de Salinas
PÁG. 261

COOPERATIVAS DE VIVIENDA

ÁNGEL LUÍS MONGE GIL.

Profesor Titular de Derecho Mercantil.

Asesor del Presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón.

I.- INTRODUCCIÓN.

- **Vivienda:** época de mayor crisis económica desde el 29. Problemas hipotecarios en EEUU. Economía global....En los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón, para que se hagan una idea, el año pasado se dejaron de ingresar cerca de 500 millones de euros menos como consecuencia de la venta de pisos.

- **Muchos implicados en el tema:**

- **Administraciones públicas.** Política en materia de suelo, ligado a financiación de ayuntamientos en una situación de crisis económica complicada

- **Banca.** No siempre bien «controlada» por las administraciones públicas competentes, han realizado negocios arriesgados y con alto índice de morosidad. Hoy reacios a otorgar créditos hipotecarios.

- **Promotores-constructores.** En época de «vacas gordas» se ha ganado mucho dinero en España con la vivienda. Se ha calculado que el sobreprecio de la vivienda en España en torno al 30%. Hoy muchos atraviesan serias dificultades económicas.

- **Consumidores.** En algunos casos han adquirido viviendas por encima de sus posibilidades económicas. Problema del sobreendeudamiento. En consumo un 20% de la problemática que veíamos. Durante el año 2007 fue la primera preocupación de los aragoneses con un 38,9%, hasta que se inició el repunte en el 2008 de la economía y el paro.

En el caso de la Cooperativa de vivienda, el consumidor tiene un único objetivo: comprar vivienda más barata y con ayudas públicas. Régimen asimilado a VPO. (importante previsión legislativa que luego veremos)

Pero doble gran pregunta: (después de muchos años de existencia de la figura)

a) ¿qué es una cooperativa de vivienda?

b) ¿Sabes los socios-compradores exactamente cuál es su posición jurídica al comprar una vivienda a una sociedad cooperativa? Personaje en busca de autor.

Hay reforma legislativa aragonesa. Ley de 22 de junio de 2010, modifica la de 22 de diciembre de 1998.

Para responder a estas preguntas, **algunas reflexiones:**

1. Origen de las cooperativas. Las cooperativas con anterioridad al C. de Co. de 1885 (Decreto de 1868) se constituían como **ASOCIACIONES** acogiendo a la Ley de 30 de junio de 1887, que regulaban el derecho de reunirse pacíficamente y asociarse para los fines de la vida humana, derecho amparado por el artículo 13 de la Constitución de 1876. En la **Exposición de motivos del C. de Co. de 1885** no se incluyen a las cooperativas dentro del elenco de sociedades mercantiles, a salvo de la referencia al todavía vigente art. 124. Las cooperativas, se dice, en la Ex. De Motivos «obedecen ante todo a la tendencia manifestada en las poblaciones fabriles en nuestro país (también Alemania, Inglaterra y Francia) de asociarse los obreros con el único objeto de mejorar la condición de cada uno facilitándoles r, de dar salida a sus productos o de obtener con baratura los artículos necesarios para su subsistencia...» **El art. 124 C. de Co. todavía en vigor, :** « Las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios a la vejez, y de cualquiera otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código cuando se dediquen a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a rima fija» Reflexión sobre muchas de las actividades externas de las cooperativas hoy (reconocimiento legal amplio) y sus consecuencias de cara a su clasificación como sociedades mercantiles.

2. Constitución 78. Los artículos 148 y 149 de la CE guardan absoluto silencio sobre el régimen competencial en materia de cooperativas. Ello implica, en especial, que el Estado no lo ha considerado como una materia reservada a su competencia exclusiva como tal. Otra cosa será, lo que se debe al menos plantear, es si la regulación cooperativa se vería amparada bajo el paraguas del art. 149.16 que reserva la competencia exclusiva del Estado a la legislación mercantil. **Los Estatutos de Autonomía** si que han recogido como competencia exclusiva la legislación sobre cooperativas. Por ejemplo, el reciente aprobado **Estatuto de Autonomía de Aragón, establece en su artículo 71.31** la competencia exclusiva de Aragón sobre « Cooperativas y entidades asimilables, con domicilio en Aragón, que incluye la regulación de su organización, funcionamiento y régimen económico, así como el fomento del movimiento cooperativo y de otras modalidades de economía social» (resulta interesante explicar el alcance y

consecuencias de las entidades asimilables, por ejemplo las Sociedades Agrarias de Transformación) Hoy hay 15 leyes autonómicas y una «General» del Estado con un grado de aplicación muy pequeño

3. Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1983. Posiciones doctrinales. El TC ha tenido que pronunciarse en varias sentencias sobre aspectos relacionados con la competencia legislativa y sus límites de las CCAA en relación con las cooperativas. En concreto: 29 de julio de 1983, 27 de marzo de 1984, 5 de diciembre de 1985 y 11 de mayo de 1989. La que más nos interesa es la de 29 de julio de 1983. Ésta resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno de la nación, contra la Ley del País Vasco de 11 de febrero de 1982, sobre cooperativas, en concreto sus artículos 3, 8 y disposición final primera. El TC aboga por una interpretación «en el contexto legal vigente»: «si la regulación de las cooperativas hubiera de calificarse de mercantil, y, si por ello, hubiera de sostenerse la conclusión de que la Comunidad no tiene competencia legislativa en la materia, habría de afirmarse simultáneamente que la inclusión de la competencia en el art. 10 no era correcta...Por ello ha de afirmarse que el mencionado artículo 10.23 atribuye a la Comunidad Autónoma competencia para regular por Ley las Cooperativas». Es decir, que si el Estatuto de Autonomía atribuye competencia a la CA sobre una determinada materia, el TC no va a declarar inconstitucional el pronunciamiento estatutario. Y ello sin entrar en el debate doctrinal sobre el carácter societario mercantil de la cooperativa.

La Cooperativa hoy: Forma de organizar actividad empresarial, próxima a figuras societarias mercantiles. Cooperativas de seguros, crédito, vivienda: ¿no son verdaderas sociedades mercantiles? Ciertamente es que, sobre todo, a partir de las reflexiones del Tribunal Constitucional a propósito de las sociedades cooperativas, nos hacen pensar en una figura de carácter asociativo a la que, por razones técnicas, se le aplican las formas de gestión y de organización de las sociedades mercantiles. En otro caso, resulta enormemente complicado justificar las competencias de las Comunidades Autónomas en materia cooperativa.

Pero no hay que ignorar que la forma en que «nace» una cooperativa hoy dista mucho de parecerse de lo que fueron las cooperativas en un momento originario. Y más si pensamos en cooperativas como las de vivienda.

Cooperativa de Vivienda. En efecto, antes 5 socios buscaban un gestor para abaratar costes. Los socios, los futuros socios, hacían una labor digamos «activa» de agrupamiento, de asociación entre ellos, y posteriormente buscaban los medios externos de financiación. **Hoy, por el contrario,** una gestora potente busca socios para colocar en el mercado viviendas, unidas a un proceso de protección pública en materia de ayudas y requisitos. Los socios, digámoslo así, permanecen en una posición más estática, más expectante. Desean adquirir una vivienda barata. Para ello saben que deben inscribirse en un registro administrativo (el conocido Toc-Toc) y esperar que el destino, la suerte o el mero procedimiento administrativo les haga corresponderles una vivienda de protección oficial. Pero incluso eso, como sabemos está cambiando. Antes de la crisis económica, los inscritos en el registro administrativa eran más que el número de viviendas que se construía. Había

verdaderos problemas de adjudicación y «tener la suerte» de que «te tocara una VPO» era un motivo de honda satisfacción en un núcleo familiar. Hasta antes de la crisis, apenas había renuncias a pisos de protección oficial. Hoy, en cambio, esto también ha cambiado. Hoy existen promociones de VPO que no llegan a cubrirse. Las promotoras hacen verdaderos esfuerzos de captación de clientes y facilitan, en la medida de lo posible, los trámites burocráticos y aún bancarios. La crisis económica está haciendo que haya renuncias a pisos ya comprometidos. El hombre o la mujer, o ambos, que pierden su trabajo «in itinere», no pueden hacer frente ya al pago de las cantidades comprometidas. Surgiendo incluso el problema de la devolución de cantidades ya anticipadas para el pago del suelo y demás trámites administrativos necesarios (incluso, como veremos, de aportaciones al capital social de la cooperativa) Vemos, en conclusión, que la caracterización de la sociedad cooperativa, en este caso de vivienda, desde su origen, ha experimentado unas sensibles variaciones.

II.- LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS COMO EMPRESAS.

Si por empresa, en una definición clásica y comúnmente aceptada, entendemos un conjunto organizado de capital y de trabajo destinado a la producción o la mediación de bienes o servicios para el mercado, convendremos que las sociedades cooperativas son auténticas empresas que participan en el mercado. Es decir, en el caso de las cooperativas de viviendas, nos encontramos con unos agentes económicos que participan en un mercado, el de la venta de pisos, en competencia con el resto de agentes económicos dedicados al mismo género de actividad aún adoptando otro tipo de «ropajes jurídicos».

Pero además de tener la categoría de empresas, las cooperativas hoy como sostenemos están sometidas al paraguas de las principales instituciones de las sociedades mercantiles. Baste poner una serie de ejemplos.

- Están sometidas al deber de contabilidad y auditoria (art. 62.1 de la Ley de Auditoria de Cuentas y art. 85.4 de la Ley aragonesa de cooperativas)

- Registro de Cooperativas y sus funciones idénticas al RM, gestionadas, en Aragón por el Instituto Aragonés de Empleo. Principios Registrales comentados por Luís de Codex.

- Concurso de acreedores (antes quiebra y suspensión de pagos) Antes de la reforma concursal, la legislación cooperativa establecía que éstas estaban sometidas a los institutos de la quiebra y suspensión de pagos y no al concurso de acreedores y a la quita y espera.

- Capital social mínimo. La Ley aragonesa establece ya un capital social mínimo de 3000 euros sometidos a los principios de capital mínimo societario, con las especialidades propias del régimen internacional cooperativo, de capital variable y alta y baja voluntaria de socios. El art. 53 de la Ley aragonesa, regula el régimen de reembolso de las aportaciones al que luego nos referiremos.

- Concepto de ánimo de lucro. Durante mucho tiempo la doctrina mercantilista y la jurisprudencia, asimilaban el concepto ánimo de lucro con el de reparto efectivo de beneficios económicos entre los socios. De esta manera, dados los fines de una cooperativa, resultaba complicado atribuirle una de las notas caracterizadoras del concepto de sociedad recogido en el art. 116 del C.de Co. Hoy en día, esta tesis está bastante superada. Hoy por ánimo de lucro debemos entender, no solo el reparto efectivo de ganancias, sino cualquier tipo de ventaja de carácter económico patrimonial conseguida por los socios. Tan ánimo de lucro es un reparto de dividendos, como un ahorro efectivo para los socios de cantidades económicas.

- Forma de organización, similar a una SA. Los órganos sociales de una sociedad capitalista y una cooperativa, mutatis mutandis, no distan mucho. Al igual que en las sociedades de capital, las cooperativas también están viviendo un «desplazamiento» del centro de poder dentro de la cooperativa. El Consejo Rector va acaparando poder cooperativo, en detrimento de la Asamblea General. En las cooperativas de viviendas este fenómeno se ve más en el momento inicial de la vida de la cooperativa, donde el órgano administrador toma decisiones vitales para la vida de la cooperativa.

III.- POSICIÓN DEL SOCIO. EL COOPERATIVISTA COMO CONSUMIDOR O USUARIO.

Importante disfunción entre lo que los ciudadanos creen formando parte de una cooperativa y la situación real.

Socios: generalmente jóvenes que no pueden acceder a vivienda libre y buscan el precio más barato en la compra de vivienda (TOC-TOC, subvenciones.....)

Realmente, entran en una forma societaria como SOCIOS. Compran suelo y lo que allí se hace no es solo vivienda.

Así, como veremos a lo largo de la exposición, tienen una serie de derechos, pero también de obligaciones, al formar parte de una forma y estructura societaria con personalidad jurídica distinta a la de los socios que la integran.

Cuando esos jóvenes, a los que hacíamos referencia, son afortunados en el sorteo que da derecho a la adquisición de una vivienda de protección oficial, adquieren una posición jurídica que va mucho más allá de la compra de una vivienda, pongamos por ejemplo, de carácter libre.

Para empezar, los cooperativistas ni siquiera eligen la vivienda en la que van a instalarse. Las promociones de VPO se hacen donde se hacen y uno puede aceptar o renunciar a la «vivienda que le ha sido adjudicada» (bien es cierto que, la normativa administrativa establece un máximo de renunciadas a la vivienda adjudicada antes del «expulsarlo» del conocido TOC-TOC) Además el socio no solo adquiere una vivienda. El socio adquiere una porción de suelo sobre la que se va a construir las viviendas. Y además, sus compromisos con la sociedad cooperativa van más allá de la mera compra del piso deseado. Pongamos un ejemplo. Las viviendas de VPO, se han construido estos años con una serie de

locales para que terceros, instalándose allí, iniciasen una actividad comercial. En época de bonanza económica esos locales se alquilaban con facilidad (actividad con terceros). Ello suponía un ahorro en costes para la cooperativa y, por ende, para sus socios. Ahora la situación ha cambiado radicalmente. La crisis económica ha hecho que esos locales otrora llenos, hoy permanezcan vacíos. Pues bien, el gasto de mantenimiento de lo mismo corresponde a los socios en la parte correspondiente a su aportación. Esto no deja de generar gran sorpresa en unos socios cooperativos que solamente desean, en la mayoría de los casos, adquirir una vivienda barata.

Además de esta cuestión, hay otra que se antoja fundamental y sobre la que no existe total unanimidad en la respuesta. La cuestión no es otra que si el socio cooperativista a su vez es consumidor y, en consecuencia, tiene todos los derechos en la compra de vivienda que la legislación vigente ofrece al que, por ejemplo, adquiere una vivienda libre.

En mi opinión no hay duda que un cooperativista tiene una doble condición. La de socio de la cooperativa y la de consumidor o usuario, como destinatario final, en la compra de un piso.

Decíamos que la cuestión no es pacífica. Hay autores que sostienen que no se puede hablar de la presencia de un consumidor, ya que no cabría distinguir entre parte empresarial y destinatario final del producto o servicio, ya que el propio «comprador», no dejaría de ser también parte empresarial. De hecho algunas resoluciones de Juntas Arbitrales de Consumo apuntan esta tesis. Esto es, la inadmisión a arbitraje de un asunto planteado por un socio cooperativista frente a la cooperativa por presunta vulneración de la normativa protectora de los consumidores (por ejemplo, en la Junta Arbitral de Aragón (expediente 1471/09, de 25 de noviembre de 2009)

El cooperativista, sostenemos, además de socio, es consumidor. Es destinatario final de un producto: una vivienda de VPO. Para ello, además de los trámites administrativos necesarios, ha firmado un contrato de adhesión por el que la cooperativa se compromete a entregarle una vivienda en unas condiciones pactadas.

Por lo tanto, el acto de compra de la vivienda está sometida al derecho del consumo y el cooperativista tiene los mismos derechos que cualquier otro consumidor. Derechos reflejados en la normativa general de consumo (en Aragón la Ley de 28 de diciembre de 2006, normativa en materia de protección de condiciones generales de la contratación y, en especial, sobre cláusulas abusivas, Ley de 13 de abril de 1998) y también en la normativa específica de compra de vivienda (Ley de 27 de julio de 1968, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y Real Decreto de 21 de abril de 1989, en relación a la protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento)

La Comisión de Cooperación de Consumo, órgano dependiente del Ministerio de sanidad y Consumo, se pronunció en el año 1997 resolviendo una consulta

sobre el particular. En concreto la Consulta 46/97. En ella afirmaba la aplicación de la normativa en materia de consumo a la compra hecha por un cooperativista. En especial, la protección de la Ley de 1968 en cuanto a las cantidades entregadas a cuenta y la posible protección en materia de cláusulas abusivas de los contratos.

Las Comunidades Autónomas, a través de las direcciones generales de consumo, están inspeccionando y, en su caso, sancionando determinadas cláusulas abusivas que figuran en los contratos suscritos por los cooperativistas. Todo ello dentro del campo de aplicación de la normativa en materia de consumo.

IV.- LOS MOTIVOS DE LA REFORMA DE LA LEY DE COOPERATIVAS ARAGONESA.

Transcurridos más de diez años desde la entrada en vigor de la Ley de Cooperativas de Aragón de 1998, una serie de circunstancias de carácter **socioeconómicas y legales** aconsejaban su modificación.

De entre las novedades legales más importantes, destaca la nueva redacción que el **Estatuto de Autonomía** de Aragón da a la competencia legislativa de nuestra Comunidad Autónoma sobre esta materia. En concreto, el **art. 71.31** atribuye a Aragón la competencia exclusiva sobre « Cooperativas y entidades asimiladas, con domicilio en Aragón, que incluye la regulación de su organización, funcionamiento y régimen económico, así como el fomento del movimiento cooperativo y de otras modalidades de economía social»

Asimismo, en materia **económica**, se han producido importantes novedades desde el punto de vista de la **liberalización de los mercados** y la **utilización de las nuevas tecnologías** de la información y la comunicación en la realización de transacciones mercantiles. De ahí que se debiese hacer un esfuerzo para adaptarse a la Directiva 2006/123 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a **los servicios del mercado interior** y para incorporar las **nuevas tecnologías** de la información y la comunicación a su actividad ordinaria. Asimismo, debía tenerse en cuenta la normativa estatal de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y la posibilidad de tratamientos de tipo **telemático** de la administración, contemplando determinadas medidas desde el punto de vista de la administración electrónica.

Asimismo, la reciente aparición de nuevas normas en materia de **contabilidad internacional** hacía necesaria una reforma para adaptar nuestras cooperativas a aquéllas. Así se incorporan a la presente Ley las disposiciones recogidas en la disposición adicional cuarta de la Ley de 4 de julio de 2007, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

Asimismo, la reforma se realiza para dotar a las sociedades cooperativas de los mismos mecanismos **más ágiles**, para no provocar en las cooperativas una situación de desventaja competitiva en los mercados.

Por último la reforma se utiliza para introducir importantes modificaciones en el régimen de tres tipos de cooperativas: de Trabajo asociado, Agrarias y, por lo que más nos interesa, de Vivienda.

V.- PRINCIPALES NOVEDADES RECOGIDAS EN LA LEY.

Con carácter general, las novedades más importantes recogidas en la reforma son las siguientes:

1) Se definen más claramente las actividades que la cooperativa puede hacer con **terceros nos socios**. Se amplía la regulación de las **secciones de crédito**, para conseguir una mayor implantación de la figura.

2) En relación con los aspectos **registrales**, se prevén la adopción de métodos de gestión telemática que progresivamente se implante en la Administración de la Comunidad Autónoma.

3) Como requisito de **constitución**, con carácter general se reducen a tres el número necesario para constituir una cooperativa. En materia de **órganos sociales** se prevé la posibilidad de organizar las convocatorias de los órganos sociales a través de medios **telemáticos**. Se prevé también la posibilidad de la **Asamblea General Universal**, en la idea de abaratar costes para las arcas cooperativas.

4) En materia de régimen económico destacan varios aspectos. En primer lugar la ya citada adaptación de la **contabilidad** de las cooperativas a **la normativa internacional** recogida en la Ley de 4 de julio de 2007. Se introduce la posibilidad de **desdoblar las aportaciones al capital social** entre aquellas que han de ser reembolsables al socio en todo caso con motivo de su baja en la entidad y aquellas cuyo reembolso puede ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector, posibilitando así la creación de un capital con mayor carácter de fijeza y estabilidad. Ello contribuirá, con el establecimiento de un **capital social mínimo** de la cooperativa no inferior a 3.000 euros, a un reforzamiento patrimonial, en la línea de lo exigido en las nuevas normas contables. Se abre la posibilidad a la **adquisición en cartera de participaciones** por la propia cooperativa, aspecto que la relaciona aún más con las sociedades de tipo capitalista.

5) Otra novedad es la **extensión a toda clase de cooperativas de la facultad de poder llevar a cabo actividades que, en principio, son propias de otras pertenecientes a clase distinta, que hasta ahora solo se reservaban de forma directa y limitada a las cooperativas agrarias**. Se requiere que estas actividades se diferencien a través de **secciones** de aquellas otras que constituyen el objeto social principal y que sus beneficiarios sean únicamente socios de la entidad o sus familiares.

VI.- LAS NOVEDADES EN LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDAS.

1) En materia de cooperativas de vivienda se ha llevado a cabo una reforma general, en aspectos relativos a su organización, a su gestión y régimen económico financiero, **con el principal fin de adaptarlas a la normativa de**

vivienda protegida. En este sentido cabe mencionar el **mejor aseguramiento de las cantidades** que habrá que devolver al socio en caso de baja o inejecución de la promoción, y la estructuración del sistema de entrega por parte de éste de las cantidades destinadas a la construcción de la vivienda, de conformidad con las distintas fases de este proceso, para el que se fijan unos plazos máximos.

2) Se regula con detalle **la gestoras de viviendas**, como pieza clave de este proceso. Se crea la figura del **Promotor Social de Vivienda Protegida**, dado que buena parte de la vivienda protegida se canaliza a través de la fórmula cooperativa.

3) Se extiende por razones de oportunidad la aplicación de la normativa cooperativa a las **comunidades de bienes**, cuando éstas promuevan vivienda protegida.

4) También se regula de una forma más concreta lo referente a la **construcción por fases o promociones**, que precisaba de un mayor desarrollo normativo tanto a nivel de funcionamiento interno como en lo que respecta a su relación con los órganos generales de la cooperativa.

5) Se designa al **Instituto Aragonés de Empleo** como organizador y gestor del Registro de Cooperativas.

6) Se prevé la facultad para que Aragón pueda regular las **sociedades agrarias de transformación**, conforme se deriva de la competencia recogida en el art. 71.31 del estatuto de Autonomía, dada su naturaleza asimilable a las cooperativas.

VII.- CONCEPTO DE COOPERATIVA DE VIVIENDA.

Figura recogido en el artículo 84.1 de la LCA. Son las que tienen por objeto procurar al precio de coste, exclusivamente para sus socios, viviendas, servicios o edificaciones complementarias, así como su rehabilitación, pudiendo organizar el uso y disfrute de los elementos comunes y regular la administración, conservación o mejora de los mismos en el modo que se establezcan en los estatutos. En relación con las viviendas protegidas, serán de aplicación en todo caso las limitaciones de precio y coste establecidas en su normativa específica. Podrán adquirir, parcelar y urbanizar terrenos y, en general, desarrollar cuantas actividades y trabajos sean necesarios para el cumplimiento de su objetivo social.

VIII.- SOCIOS DE LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDAS.

Pueden ser socios de las cooperativas de viviendas las personas físicas, así como las cooperativas y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro (art. 84.2 LAC)

IX.- BAJA DEL SOCIO DE LA COOPERATIVA DE VIVIENDA.

En caso de baja del socio de una cooperativa de vivienda hay que distinguir la devolución a las aportaciones de capital, de las aportaciones realizadas como pago a cuenta de la vivienda y anejos vinculados.

Con respecto a las aportaciones al **capital**, el art. 84.2 remite a lo dispuesto en el art. 53 LCA.

Los Estatutos sociales regularán el reembolso de las aportaciones al capital en caso de baja de la cooperativa conforme a lo señalado en el art. 53 LCA. La liquidación de estas aportaciones se hará según el balance de cierre del ejercicio en que se produzca la baja de acuerdo con las siguientes normas:

a) Del valor acreditado de las aportaciones se deducirán las pérdidas imputadas e imputables al socio, reflejadas en el balance de cierre del ejercicio en el que se produzca la baja, ya correspondan a dicho ejercicio o provengan de otros anteriores y estén sin compensar.

b) En el caso de expulsión o baja no justificada, podrá aplicarse una deducción no superior al cuarenta o al veinte por ciento, respectivamente, del importe de las aportaciones obligatorias, una vez realizada la deducción por pérdidas.

c) El plazo para hacer efectivo el reembolso no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de baja. En caso de fallecimiento del socio, el plazo de reembolso a los causahabientes no podrá ser superior a un año desde que el hecho causante se ponga en conocimiento de la cooperativa.

d) Excepcionalmente, en los supuestos en que la devolución pueda poner en dificultad la estabilidad económica de la cooperativa, el departamento competente podrá ampliar los citados plazos hasta diez años.

Aportaciones realizadas como **pago a cuenta de la vivienda y anejos vinculados**:

a) Las que no superen el veinte por ciento de su coste estimado, deben ser íntegramente devueltas por la cooperativa dentro del plazo de quince días desde que el nuevo socio que sustituya al que causa baja haga efectivas sus aportaciones. En todo caso, la devolución deberá hacerse efectiva dentro del plazo máximo de cinco años desde la baja del socio.

b) Las que excedan del veinte por ciento deberán ser devueltas por la cooperativa dentro del plazo de quince días desde que sea requerida para ello.

X.- PLAZOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VIVIENDAS.

El art.85.7 LCA establece los plazos máximos en que las viviendas tienen que estar finalizadas desde que se inician los primeros trámites.

a) la compra del suelo sobre la que haya de desarrollarse cada promoción o fase de viviendas protegidas deberá tener lugar dentro del plazo máximo de tres años contados desde la inscripción de la cooperativa, sección o fase en el registro de Cooperativas.

b) Las obras de edificación se iniciarán dentro del plazo máximo de cinco años desde la fecha de adquisición del suelo.

c) Dichos plazos podrán prorrogarse excepcionalmente y por causas no imputables a las cooperativas promotoras ni a sus entidades gestoras por un plazo máximo que no exceda de la mitad de los mismos. Su incumplimiento

o, en su caso, el de la prórroga será causa de disolución o descalificación de la cooperativa. La inspección de vivienda podrá instar del órgano competente el inicio del procedimiento de descalificación.

XI.- ENTREGAS DE CANTIDADES POR LOS COOPERATIVISTAS ANTES DE LA COMPRA DEL SUELO.

Establece el art. 85.6LCA que antes de la compra del suelo sobre el que haya de construirse vivienda protegida no podrá exigirse ni realizarse, por ningún concepto, aportaciones que superen el 3 por ciento del precio máximo de la vivienda protegida de que se trate.

Para adquirir el suelo, la aportación máxima de los socios no podrá superar la cantidad resultante de calcular el límite máximo de repercusión de suelo y urbanización en función de las características de la promoción conforme a la normativa vigente de vivienda protegida.

XII.- ASEGURAMIENTO DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA.

El art. 85.5LCA establece que las aportaciones realizadas por los cooperativistas como pago a cuenta de la vivienda y anejos vinculados deberán ser aseguradas por la cooperativa o la empresa gestora mediante aval bancario suficiente o contrato de seguro que garantice su devolución, más los intereses legales correspondientes, en caso de no obtener la calificación definitiva, no terminar las obras dentro del plazo fijado en la calificación provisional o tratándose de vivienda libre en la licencia, o en cualquiera de los casos señalados, en la prórroga reglamentariamente concedida.

XIII.- LA PROPIEDAD Y EL USO DE LAS VIVIENDAS Y LOCALES.

Establece el art. 84.5 LCA que la propiedad o el uso y disfrute de las viviendas y locales podrán ser adjudicados a los socios mediante cualquier título legal. Si la cooperativa mantiene la propiedad, los Estatutos establecerán las normas a que habrán de ajustarse tanto su uso y disfrute por los socios como los demás derechos y obligaciones de éstos y de la cooperativa, pudiendo prever y regular la posibilidad de cesión o permuta del derecho de uso y disfrute de la vivienda o local con socios de otras cooperativas de vivienda que tengan establecidas la misma modalidad.

Igualmente podrán enajenar o arrendar a terceros no socios los locales o cualquier otra edificación complementaria de su propiedad, destinándose los importes obtenidos en éstas operaciones a la minoración del coste de las viviendas y anejos vinculados para los socios.

XIV.- DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO.

Los Estatutos sociales podrán establecer el derecho de tanteo y retracto a favor de la cooperativa, en cuyo caso, si el socio titular permitiera transmitir,

inter vivos, sus derechos sobre la vivienda o local antes de haber transcurrido cinco años o plazo superior establecido estatutariamente desde la fecha de concesión de la cédula de habitabilidad de la vivienda o local o del documento que legalmente le sustituya, deberá ponerlo a disposición de la cooperativa, que los ofrecerá a los socios expectantes por orden de antigüedad. El precio de tanteo será igual a la cantidad desembolsada por el socio transmitente, incrementada con la revalorización correspondiente al índice de precios al consumo, durante el periodo comprendido entre la fecha en que se entregó la vivienda y la de la transmisión de derechos.

Transcurridos tres meses desde que el socio pusiera en conocimiento del Consejo Rector el propósito de transmitir sus derechos sin que ningún socio expectante hubiera hecho uso de su derecho de preferencia para la adquisición de los mismos, el titular quedará autorizado a transmitirlo a terceros no socios.

BIBLIOGRAFIA.

- AGUILAR GARCÍA, M: Cooperativas de viviendas: disposiciones comunes y específicas, en RDN, abril-junio 1975, pág. 27 y ss.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R: La sociedad Cooperativa Europea: un nuevo tipo social en un escenario complejo, en Noticias de la Unión Europea, núm. 252.
- LAMBEA RUEDA, A: Cooperativas de viviendas, promoción, construcción y adjudicación de la vivienda al socio cooperativo, Edit. Comares, Granada, 2007.
- MANRIQUE PLAZA, F: Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa, Consejo General del Notariado, tomo I, Madrid , 1996.
- VARGAS VASSEROT, C: La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros, en Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

EXPOSICION JORNADAS FORO HUESCA NOVIEMBRE 2010

LUIS DE CODES DÍAZ-QUETCUTI

Notario

I.- COOPERATIVAS DE VIVIENDAS.

Me referiré a las siguientes cuestiones en mi exposición:

En primer lugar al capital social, posteriormente a las aportaciones de los socios cooperativistas y a su aseguramiento. Capital social cuya regulación se ha visto afectada como consecuencia de la reforma, por las razones expuestas por el ponente. Considero pertinente traer a colación las palabras del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo, Sr. Larraz en la Comisión de Economía y Presupuestos con ocasión de la votación de enmiendas al proyecto de Ley 4/2010, recogido en el Diario de Sesiones de las Cortes, cuando señalaba que la necesaria adaptación de la estructura del régimen económico de las sociedades Cooperativas a la nueva normativa en materia contable ha sido el detonante último del actual proceso de reforma, por los PERJUICIOS inmediatos que podrían derivarse para las sociedades Cooperativas, en caso de no acometer esta tarea en los plazos previstos.

No creo alejarme del objeto de esta sesión, por la importancia que a mi juicio el capital social deberá tener en un futuro próximo, como medio de fortalecer financieramente las Cooperativas de Viviendas, siendo además el núcleo esencial de la reforma.

En realidad la necesidad de dotar a la Cooperativa de un capital suficiente desde su origen, la enfoco en clave de compatibilidad con el artículo 85.6, que señala: «Antes de la compra de suelo sobre el que haya de construirse vivienda protegida no podrán exigirse ni realizarse por ningún concepto, aportaciones que

superen el tres por ciento del precio máximo de la vivienda protegida de que se trate»

A mi juicio, el indicado precepto es excesivamente restrictivo y puede estrangular el propio comienzo de la actividad cooperativizada

No sé si será por mi actividad notarial basada en el principio de libertad civil, en el standum est chartae, que me hace desenfocar el tema, pero a mí me parece, no se si a ustedes también, que aparte una función de control que pudiera ser lógica, desprende un cierto tufillo de desconfianza que cuando afecta a una Cooperativa de viviendas que se supone con plena capacidad, puede rayar en el tutelaje.

No deja ninguna puerta abierta, o salvedad, del tipo: «salvo aportación a Capital» o bien, «salvo que la Asamblea autorice superiores aportaciones por mayoría reforzada»

Además incurre en un error de base, a mi juicio, y es imponer, sin alegar justificación, que por su trascendencia debería haberse expresado, que la Cooperativa haya de tener precisamente ese techo de gasto y no otro, cuando las necesidades pueden ser diversas e incluso impensadas. No más de un 3% del precio de la vivienda, para una travesía que puede durar hasta cuatro años y medio. (tres años que van de la constitución a la compra del solar, más un cincuenta por ciento añadido, si hubiere dificultades. Plazos máximos legales).

Solución que no es realista pues la Cooperativa, y expondré un escenario, necesita financiación temprana. Además no son tiempos precisamente de crédito fácil en que a la voz de «promoción» se nos rifen los financiadores.

Escenario: Cooperativa de viviendas que proyecta realizar una promoción concertada, es decir sobre suelo público que bajo concurso se consiga o adquiera de la Administración.

El art. 3 de la Ley de medidas urgentes de política de vivienda protegida, exige presentar al indicado concurso el listado provisional de adjudicatarios de las viviendas conforme al pliego de condiciones, y que aquél se haya realizado con previa aprobación de los criterios y procedimientos de adjudicación, en los términos del artículo 40 del Reglamento del Registro de solicitantes.

De conformidad con el artículo 6 de esta última disposición, deberán también acreditarse los demás requisitos:

La personalidad y representación del proponente.

Estar al corriente en obligaciones tributarias y de seguridad social.

Tener un proyecto básico donde consten las características de la promoción, para su valoración técnica urbanística y arquitectónica.

Desglose de gastos e ingresos.

Precio de adjudicación a los socios cooperativistas

Estatutos.

Y, llegamos al problema, EL SISTEMA DE FINANCIACIÓN Y PAGO DE LA VIVIENDA.

Para ello la Cooperativa con carácter previo, habrá tenido que acudir a la entidad bancaria y con el límite del artículo 85.6 no podrá acreditar, (capital aparte, hoy simbólico), en el momento de negociar más recursos que ese 3%, a todas luces insuficiente. Baste un ejemplo, sobre una vivienda que pudiera costar 100.000 €, resulta una aportación máxima de 3.000 €, cantidad inferior al importe de IVA a satisfacer por el solar, teniendo en cuenta la repercusión general de suelo con relación al precio de la vivienda que es del 20%, según el artículo 8 de la Ley de Medidas Urgentes de Política de Vivienda.

Las entidades bancarias actualmente han restringido el crédito a la construcción en general, y en la práctica con suerte sólo financiará en una horquilla en torno al 80% del precio de la vivienda. Podría ser el 90% del precio de tasación si prospera la propuesta, de la en aquel momento Ministra de Vivienda, Beatriz Corredor, según manifestó ante la Comisión de Vivienda del Congreso, el pasado 15 de septiembre; o el 70%, si las dificultades financieras no dan para más.

En cualquier caso, en torno al 20% restante, deberá salir de la propia Cooperativa, es decir de sus socios en último término.

El artículo 43 del Reglamento del Registro de solicitantes, en sede de control económico, es claro, la Cooperativa que quiera optar a suelo público para la promoción concertada y también a financiación cualificada en el marco del Plan Estatal y Aragonés de Vivienda, deberá ostentar la titularidad de suelo, edificaciones y préstamo hipotecario; y en general los cobros y pagos de la promoción deben hacerse a nombre y por cuenta de la Cooperativa.

En consecuencia cualquier solución ha de pivotar sobre y desde la Cooperativa.

Reitero que el indicado límite cuando menos dificulta en la situación actual la consecución de financiación, haciendo perder a la Cooperativa capacidad de maniobra ante las entidades financieras. No obstante defiendo que podría aportarse el plus de solvencia requerido a través de la partida de capital.

Por otra parte el artículo 47 de la Constitución que regula el derecho a una vivienda digna, también ordena que los poderes públicos establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho.

Siendo el término pertinente sinónimo de: oportuno, acertado o eficaz.

Llegados a este punto planteo las siguientes cuestiones:

¿puede la Cooperativa recibir aportaciones que superen el 3% antes de la compra del suelo, por vía de aportaciones al capital al objeto de facilitar la concesión de crédito?

¿viene referido ese límite del 3% a cualquier aportación, o sólo a la aportación que se verifica a la masa de gestión económica?. Me referiré a ello más adelante.

A mi juicio, la primera pregunta debe ser contestada afirmativamente, con base en la especialidad de la regulación del capital contenida en los artículos, 48 a 53 de la Ley de Cooperativas, que además establecen un régimen de control suficiente,

tanto para las aportaciones como para su reembolso, siendo que ninguno de los preceptos limita el importe de las entregas, por este concepto.

En cuanto a la segunda pregunta, y por lo expuesto, el indicado límite debe jugar sólo para aquellas aportaciones a la masa de gestión económica, es decir las realizadas con mención expresa de tal destino.

Por tanto las aportaciones que se realicen para engrosar capital, podrán llevarse a efecto sin la indicada limitación de cuantía, sin perjuicio de que llegado el momento la totalidad o el sobrante se ingrese en la cuenta restringida de la Cooperativa, como paso previo a la compra del solar. La eficacia de la solución que propongo determina que la aportación deba verificarse, bajo la nueva modalidad prevista en el artículo 48.1.b, es decir aquellas cuyo reembolso, en caso de baja del socio, pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector. Es la modalidad que permite considerar al capital como fondos propios o patrimonio neto de la Cooperativa.

Como introducción al siguiente apartado lanzo una pregunta, ¿choca el art. 48 de la Ley de Cooperativas consigo mismo?. O dicho de otra forma, ¿es coherente la nueva regulación del capital, bajo la modalidad de aportaciones, cuyo reembolso en caso de baja, pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector?

Acercarnos a la nueva regulación del capital cooperativo pasa por tener en cuenta dos cuestiones, la naturaleza de la Cooperativa y la incidencia que sobre dicho capital tienen las normas internacionales de contabilidad.

Como consideración previa es conveniente señalar, siquiera someramente, la dificultad de delimitar la auténtica naturaleza jurídica de la Cooperativa.

La Cooperativa se asemeja a aquella tía lejana, a la vez próxima y desconocida que en la comida del día de Navidad no aciertas a colocarla en la silla adecuada.

Algo así debieron sentir los legisladores del 78 en las diferentes lecturas o borradores del texto constitucional; en efecto, de la redacción y ubicación del artículo 129.2 que recoge el mandato a los poderes públicos de procurar el fomento, mediante una legislación adecuada, de las sociedades Cooperativas, se infieren las dificultades a que me refiero, pues si bien el texto definitivo concluye en su consideración como sociedades, durante el trámite parlamentario se mantuvo la denominación de empresas Cooperativas hasta la comisión del senado donde se sustituye por la de sociedades. Es de destacar la aportación del presidente de las Cortes constituyentes Fernando Álvarez de Miranda quien defendió el concepto de entidades Cooperativas, antes que empresas Cooperativas.

La propia ubicación de la materia Cooperativa estuvo cargada de dificultades, pasando de una sección a otra; así del Título I relativo a los derechos y deberes fundamentales- sección derechos y deberes de los ciudadanos-, al Título VII, donde se encuadró, relativo a Economía y Hacienda, con enmiendas en el Senado que tratan de incluirlas en el artículo relativo a las asociaciones, por tanto de nuevo al Título I- sección de los derechos fundamentales y de la libertades públicas-.

Todo ello pone de manifiesto el debate doctrinal, que continúa hoy día acerca de lo que sean realmente las Cooperativas, que se mueve entre lo societario y lo asociativo.

El artículo 2 de la Ley de Cooperativas, aporta el concepto de Cooperativa al indicar que son sociedades que asocian personas para realizar actividades económicas, debiendo ajustarse a los principios cooperativos. Recoge lo que entiendo son las tres patas del taburete cooperativo.

Con base a dicho precepto me atrevería a definir la Cooperativa como aquella entidad que persigue fines de carácter económico, estructurada societariamente e inspirada por principios asociativos cooperativos.

A mi juicio sobre las Cooperativas inciden dos fuerzas, una **centrífuga** que intenta desplazarlas hacia un ámbito puramente societario y empresarial: las Cooperativas de viviendas compiten en el mercado de suelo; acuden al mercado de crédito en busca de financiación como las sociedades capitalistas; por tanto necesitan actuar con procedimientos equiparables a las demás sociedades. Asimismo se ven sometidas a una fuerza **centrípeta** que vendría determinada por los principios asociativos que las rigen, que son los principios cooperativos de carácter universal aprobados por la Alianza Cooperativa Internacional. Han sido reformulados en la DECLARACION DE MANCHESTER de 1995, y son:

- 1.- Adhesión voluntaria y abierta.
- 2.- Gestión democrática por parte de los socios.
- 3.- Participación económica de los socios.
- 4.- Autonomía e independencia.
- 5.- Educación, Formación e Información.
- 6.-Cooperación entre Cooperativas.
- 7.- Interés por la Comunidad.

De ellos los dos primeros afectan con mayor intensidad al capital de las Cooperativas.

Por el primero, deben configurarse como organizaciones voluntarias, abiertas a todas las personas que puedan contribuir y beneficiarse del proyecto cooperativo moralizando las características del capital social. Mediante las aportaciones obligatorias se confiere jurídicamente la condición de socio, dando lugar a la configuración del capital como variable, para permitir la indicada entrada y salida de socios.

Por el segundo, la toma de decisiones democráticas de lo socios, determina que éstas no se adopten teniendo en cuenta las aportaciones al capital.

Tal y como establece la Orden de Economía 3614/2003 por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las Sociedades Cooperativas, el capital social cooperativo reúne los siguientes aspectos específicos:

No sirve, con carácter general, para estructurar el derecho de voto.

No se utiliza como base de reparto de beneficios e imputación de pérdidas.

Al definir el capital lo hace todavía en términos tradicionales sin distinguir las dos modalidades a las que la Legislación aragonesa se ha adaptado ya, y que son las recogidas en el art. 48.1 a y b. Es una norma, por tanto, sujeta a «caducidad».

El RD 2003/2009 modificó el Plan General Contable (RD 1514/2007) estableciendo que los criterios que delimitan los fondos propios y los ajenos en las Cooperativas regulados por la anterior Orden de Economía, podrán seguir aplicándose hasta el 31 de diciembre de 2010.

España asume las normas internacionales contables, en forma progresiva siendo de aplicación a las empresas que vienen obligadas a presentar cuentas consolidadas y emiten valores para posteriormente extenderse a las sociedades de capital en general y concluyendo en su aplicación a las Cooperativas, en el plazo señalado.

La Exposición de motivos de la Ley 4/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 9/1998, de 22 de diciembre de Cooperativas de Aragón recoge que entre las razones de la misma se encuentra la necesaria adaptación a la regulación contable europea, según se regula en la Ley estatal 16/2007, de 4 de julio de Reforma y Adaptación de la legislación mercantil en materia contable.

La adicional cuarta de esta última disposición legal reforma la Ley estatal de Cooperativas 27/1999, en términos que han inspirado la modificación aragonesa.

La reforma contable se inserta en un proceso de carácter universal. La globalización de los mercados financieros trae como consecuencia la necesidad de establecer reglas de juego homogéneas para los diferentes actores del mismo.

En ese orden de ideas, la comunidad internacional, impulsada por las Naciones Unidas se ha trazado como uno de sus objetivos para el nuevo milenio, fomentar una asociación mundial para desarrollar, aún más, un sistema comercial y financiero abierto, basado en normas, previsible y no discriminatorio.

Con base en esta declaración, la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de armonizar las distintas normas de información financiera con el objetivo de establecer las condiciones necesarias para que tal información, preparada, presentada y revelada por los entes económicos, sea de la más alta calidad, transparente y comparable, lo cual redundará en favor de propietarios, inversionistas, autoridades públicas, acreedores, tenedores de valores y los restantes usuarios e interesados en la buena marcha de los entes económicos, independientemente de su país de origen.

El método ha consistido en la incorporación al Derecho comunitario de las NORMAS INTERNACIONALES DE CONTABILIDAD (NIC) y de las NORMAS INTERNACIONALES DE INFORMACION FINANCIERA (NIIF).

Las normas se conocen con las siglas NIC y NIIF dependiendo de cuando fueron aprobadas y se matizan a través de las «interpretaciones» que se conocen con las siglas SIC y CINIIF

Con el fin de aumentar la transparencia de la información, se crea el Comité de Normas Internacionales de Contabilidad en 1973, (en inglés International Accounting Standards Comitté. -IASC-) como resultado de un acuerdo entre organismos de contabilidad de los siguientes países: Australia, Canadá, Francia, Alemania, Japón, Méjico, Países Bajos, Reino Unido y Estados Unidos. (mayoría de países del G7).

Se lleva a cabo una reestructuración en el IASC con un cambio de objetivos a lograr. Debido a esta reestructuración en 2001 el IASC pasa a llamarse JUNTA DE NORMAS INTERNACIONALES DE CONTABILIDAD, (International Accounting Standards Board - IASB).

Se constituye como una organización privada sin fin de lucro con sede en Londres, (30 de Cannon Street), bajo la organización y supervisión del International Accounting Standards Committee Foundation (IASCF).

Está compuesto por un número de miembros en torno a catorce, que en su mayoría proceden de países anglosajones, preside el inglés Sir David Tweedie. Aporto estos datos para revelar que se trata de un organismo de clara influencia anglosajona. A tal efecto debe destacarse que los anglosajones tienen una visión de la contabilidad más dirigida a proteger a los inversores, mientras que la tradicional continental ha tendido más a la protección de acreedores, mediante un mayor blindaje o protección del capital.

Se reproduce también en este ámbito el sistema de bloques, el anglosajón y el continental, tan de actualidad en la esfera jurídica y en particular la notarial.

Son objetivos del IASB:

*Desarrollar un conjunto de normas generales de contabilidad de elevada calidad, comprensibles y aplicables dotadas de transparencia y comparabilidad.

*Promover el uso y aplicación rigurosa de dichas normas.

*Conseguir la convergencia entre las normas contables de ámbito nacional y las normas internacionales de contabilidad.

Constituyen los Estándares Internacionales o normas internacionales en el desarrollo de la actividad contable y suponen un manual del Contable

A consecuencia, la Unión Europea aprobó el Reglamento (CE) N° 1725/2003 de la Comisión de 29 de septiembre de 2003 por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) N° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo para que la aplicación de las normas fuera una realidad a partir de 1 de Enero de 2005.

Con esto la UE consigue eliminar en cierta medida barreras que dificultan la movilidad de personas y capital.

Hoy día son ya unos 100, los países que se han sumado a la aplicación de las NIIF para sus empresas o están en proceso de convergencia. Entre ellos están los de la UE, a diferentes velocidades.

Incluso la SEC estadounidense (Securities and Exchange Comisión) equivalente a nuestra Comisión Nacional del Mercado de Valores, dispensa a las empresas

que presentan estados contables ajustadas a las NIIF, el requisito de presentar conciliación con las normas contables de los Estados Unidos.

Clave para el tema que nos ocupa y origen de la necesidad de la reforma realizada, se encuentra en la NIC 32 que con mención expresa de las Cooperativas establece que aquellos instrumentos financieros emitidos por entidades que puedan dar a sus titulares un derecho a rescatar sus aportaciones a la entidad, implica que nos encontremos con un instrumento rescatable que cumple con la definición de RECURSO FINANCIERO AJENO.

ELLO SE TRADUCE EN QUE PARA ESTA NIC, LA ESENCIA ECONOMICA DEL CAPITAL COOPERATIVO Y NO SU FORMA LEGAL ES LA QUE DETERMINA LA CLASIFICACION QUE EL EMISOR DEBE DARLE EN EL BALANCE.

Por tanto como recurso ajeno el capital cooperativo no podría configurarse como primera partida del pasivo o fondos propios, sino como recurso financiero ajeno y por tanto deuda de la Cooperativa frente a sus socios que pasan a ser acreedores.

A tal efecto la CINIIF 2 (interpretación de norma internacional de información financiera) aclara que las aportaciones de los socios serán consideradas patrimonio neto si LA ENTIDAD TIENE DERECHO INCONDICIONAL A RECHAZAR EL RESCATE PUDIENDO ESTE SER TOTAL O PARCIAL EN ESTE CASO SERAN PASIVO EN CUANTO A LA PARTE AFECTADA POR LA PROHIBICIÓN. Por tanto fundamenta esta interpretación la nueva modalidad de capital que cristaliza en el art. 48.1.b de la Ley aragonesa.

A partir de tal configuración se impone una modificación en la regulación del capital de las Cooperativas ya que su consideración como recurso ajeno, determina desconfianza de acreedores, al ser por tanto un recurso financiero exigible a modo de préstamo especial de los socios a la sociedad, cuya duración está vinculada a la permanencia de los mismos. Son por tanto aportaciones liquidables e incluso infladas en el caso de que se hayan actualizado como consecuencia de la regularización del balance.

Objetivo por tanto de la reforma junto a lo expuesto es el del REFORZAMIENTO PATRIMONIAL de la Cooperativa añadiendo otras medidas complementarias a la reforma del capital junto al desdoblamiento de aportaciones entre reembolsables y no reembolsables, como son la adquisición en cartera de participaciones por la propia Cooperativa; el reforzamiento de los fondos obligatorios, regulación actualizada de las secciones de crédito, o la emisión de obligaciones y otras formas de financiación

II.- REGULACIÓN VIGENTE TRAS LA REFORMA.

El artículo 48 «capital social» ubicado en el capítulo VI bajo la rúbrica Del régimen económico se modifica para ajustarse a los objetivos expuestos:

El capital social sigue siendo variable para posibilitar la entrada y salida de socios, tal y como exige el primer principio formulado en Manchester por la

ACI, si bien se establece un suelo hasta ahora inexistente, (la cifra sin mínimos era la determinada en Estatutos) que queda establecido EN TRES MIL EUROS equiparándose al capital de las sociedades limitadas. Se establece el desembolso mínimo del 25% a diferencia del desembolso total de la anterior regulación.

Comparativamente con otras legislaciones autonómicas es de señalar lo siguiente, en cuanto al importe mínimo del capital:

PAIS VASCO, CATALUÑA, VALENCIA, EXTREMADURA, GALICIA, ASTURIAS: 3000 euros desembolsados íntegramente.

CASTILLA LEON: 2000 euros totalmente desembolsados y 3000 euros para las coop. de viviendas totalmente desembolsados.

CASTILLA LA MANCHA 3000 euros desembolsados en un 50%.

ANDALUCIA Y ARAGON: 3000 euros desembolsados en un 25%.

RIOJA Y BALEARES: 1803 euros desembolsados íntegramente.

MADRID: 1800 euros desembolsados en un 25%.

NAVARRA: 1500 euros desembolsados en un 25%.

MURCIA: el estatutario y totalmente desembolsado.

Por otra parte:

SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA 30.000 euros desembolsados en un 25%.

Se establece que las aportaciones de los socios obligatorias y voluntarias podrán consistir, en línea con la NIC 32 y CINIIF 2 en aportaciones que en caso de baja tengan derecho de reembolso y aquellas otras cuyo reembolso pueda ser rehusado INCONDICIONALMENTE por el Consejo Rector, integrables por tanto en los fondos propios y por tanto constituye patrimonio neto.

La exigencia clara de dicha norma internacional ha podido ser, durante la elaboración de la Ley, la que determinara que la enmienda núm. 27 presentada por el Grupo de CHA, que pretendía suprimir la palabra incondicionalmente y subordinar la posibilidad de negar el reembolso a los casos y con las condiciones previstas en los Estatutos, con la motivación alegada de evitar que el Consejo Rector pudiera rehusar de forma arbitraria el reembolso, fuera rechazada con el voto a favor del grupo enmendante y el voto en contra de los grupos socialista, popular, partido aragonés y abstención del grupo mixto.

Aprecio, a mi juicio, discordancia entre el artículo 48.1.b y el nuevo apartado f bis) del art. 9, referente a los estatutos al establecer que éstos deberán regular el carácter reembolsable o no de las aportaciones en caso de baja y CASOS Y CONDICIONES en los que el consejo rector puede rehusar el reembolso. Ello podría dar lugar a colisión con la norma internacional de información financiera, pues lo incondicional se torna de alguna forma condicional. Dicho inciso es el resultado de la enmienda de adición núm. 6 del mismo grupo parlamentario CHA que, sin embargo, se aprueba por unanimidad.

Por tanto misma expresión en un caso se rechaza y en otro se admite. Curioso, cuando menos.

Cada una de estas modalidades de aportación, según este artículo pueden transformarse obligatoriamente en la contraria, si lo decide la Asamblea general por mayoría de 2/3 de los votos válidamente emitidos.

Podría dar lugar a que ante la negativa del Consejo Rector al reembolso de aportaciones de esta naturaleza pudiera la Asamblea mediante acuerdo convertirlas en aportaciones de la letra a) es decir con derecho de reembolso.

A mi juicio, salvo que «casos y condiciones» engloben limitaciones de gran generalidad que no restrinjan las facultades de rehusar el reembolso por parte del Consejo Rector, cualquier redacción distinta de los estatutos, podría dar lugar a soluciones contrarias a la indicada norma internacional de contabilidad.

Por otra parte, aunque la CINIIF 2 atribuye a la ENTIDAD genéricamente el derecho incondicional de rechazar el reembolso, sin especificar en principio ningún órgano social, la ley aragonesa ha atribuido al Consejo Rector esta facultad, quizás por ello y en aras a mantener esta facultad en el indicado órgano, sin interferencias, prevea este artículo 48, si bien condicionado a su previsión estatutaria, que podrá fijarse un límite cuantitativo para el conjunto de los reembolsos que se realicen en un ejercicio económico que vendría determinado en un porcentaje del capital social que sólo podría superarse con el acuerdo del Consejo Rector.

El precepto mantiene la regulación anterior en cuanto a su naturaleza: en moneda de curso legal, y con aprobación de Consejo o Asamblea General aportaciones en especie.

Se mantiene en las Cooperativas de primer grado el límite de 1/3 del capital como máxima participación del socio.

El artículo 49 regulador de las aportaciones obligatorias no se modifica por la reforma, más allá de la mención a lo prevenido en el art. 48.1; determinando que los estatutos fijaran la aportación obligatoria mínima para adquirir la condición de socio desembolsada al menos en un 25% que podrá ser diferente según la clase de socios y puede ser proporcional a la participación del socio en las actividades o servicios cooperativizados.

Regula asimismo las ulteriores aportaciones de esta naturaleza que pueden prever los estatutos o ser acordada por la Asamblea General. Mora en el desembolso. Así como el límite de aportaciones de nuevos socios en relación con las de los socios preexistentes y criterios de actualización de las por éstos realizadas.

El artículo 50 no sufre variación. Regula las aportaciones voluntarias, dependientes del acuerdo de la Asamblea General o con previsión estatutaria por la voluntad del Consejo Rector, con el mínimo del 25% desembolsado en el plazo máximo de un año desde el acuerdo, siendo el resto satisfecho según el propio acuerdo.

Se prevé la posible aplicación a futuras aportaciones obligatorias.

El artículo 51 regulador de los intereses por las aportaciones al capital social es modificado en el sentido de referir, caso de que se devenguen por previsión

estatutaria, al interés del dinero fijado en las Leyes de presupuestos, en vez del desaparecido tipo básico del Banco de España. Con el mismo límite de 3 puntos para las obligatorias y 5 puntos para las voluntarias.

Su apartado segundo regula la preferencia en el cobro de intereses, de proceder, a favor de los socios que habiendo causado baja no hayan sido reembolsados por oposición del Consejo Rector, de conformidad con la previsión del artículo 48.1. b) y todo ello con el límite de los resultados positivos del ejercicio.

El artículo 52 reformado regula la actualización de aportaciones, en profundidad.

Se mantiene la remisión en esta materia a la normativa de sociedades.

Condiciona la actualización a que así lo acuerde la Asamblea General y tanto para las aportaciones obligatorias como voluntarias.

El destino sigue siendo el mismo:

- compensar pérdidas
- aportaciones al capital social
- incremento de reservas

Se desarrollan los criterios de imputación a las aportaciones al capital que podrá ser en proporción a la aportación desembolsada o a la participación en la actividad cooperativizada y jugando como fecha determinante, bien la del acuerdo de regularización del balance o bien la fecha del acuerdo de disposición de las reservas de regularización adoptado por la Asamblea.

El artículo 53 regula el reembolso de aportaciones en caso de baja en la Cooperativa, tomando por base el balance de cierre del ejercicio correspondiente, con el siguiente sistema:

Del valor de las aportaciones se deducirán las pérdidas imputables al socio, correspondan al ejercicio corriente o a otros anteriores.

Del resultado se podrán aplicar deducciones según los casos que motiven la baja, sea expulsión o baja no justificada, con el límite del 40% o del 20% respectivamente.

En paralelo con la devolución de las aportaciones para la compra de vivienda, el plazo máximo de devolución no excederá de cinco años desde la fecha de baja o desde la fecha acordada por el Consejo Rector para el reembolso para la aportaciones del artículo 48.1.b).

Excepcionalmente las dificultades económicas de la Cooperativa permiten ampliar el plazo hasta diez años.

III.- APORTACIONES PARA LA COMPRA DE VIVIENDA Y ANEJOS Y GARANTIAS.

La aportación a capital en las Cooperativas de viviendas conlleva la integración en la misma, pudiendo producirse en el momento de la constitución como socio fundador, o posteriormente mediante solicitud de ingreso que se formulará por

escrito al Consejo Rector que deberá resolver en el plazo de un mes. Tanto el acuerdo de admisión como el de denegación de acceso, -en éste caso motivado-, son susceptibles de recurso ante los órganos de la Cooperativa (Comité de recursos o Asamblea General).

Previamente se habrá comprobado que el aspirante cumple los requisitos necesarios para adquirir la condición de socio, de conformidad con los estatutos. Simultáneamente deberá comprometerse a realizar las aportaciones acordadas para la adjudicación de su vivienda.

Las aportaciones a capital en la actualidad no dejan de suponer aportaciones muy reducidas, con relación a las que los socios cooperativistas deben realizar para adquirir su vivienda que en la mayor parte de los casos será protegida. Estas últimas integran la llamada «MASA DE GESTIÓN ECONÓMICA» que irá aplicándose a los gastos de construcción del edificio.

La inscripción como cooperativista conlleva necesariamente la inclusión en la comunidad constituida sobre la masa de gestión económica.

Dicha Masa de Gestión, como reconoce la Profesora Ana Lambea no es propiedad de la Cooperativa sino que queda conformada una comunidad entre los cooperativistas, siendo todos ellos copropietarios de las cantidades aportadas para obtención de la vivienda, no ingresan en el patrimonio cooperativo ni pertenecen al patrimonio individual de éstos, de forma separada.

La concreción de las diferentes cuotas de los cooperativistas se producirá por la división del edificio en propiedad horizontal.

La naturaleza híbrida de las Cooperativas determina que actúe internamente respecto de los socios en dos ámbitos, formación de su voluntad y organización de la comunidad, de la masa de gestión económica; y externamente, en la relación con terceros, como representante indirecto de los socios.

La cuantía debe constar de cualquier modo debiendo conocerse la aportación de cada socio, puesto que se trata de aportaciones de distinto importe.

Aunque los sistemas pueden variar, según las diferentes empresas gestoras, hasta la fecha era criterio extendido que se realizasen aportaciones periódicas hasta alcanzar el 20% del valor de la vivienda, en un plazo que solía coincidir con la materialización de la promoción.

Las cantidades se ingresan en una cuenta de la Cooperativa que se encuentra vinculada a la promoción concreta que se ejecuta.

La realidad actual de dificultades graves de financiación lleva a una situación complicada que requeriría conciliar las mayores garantías exigidas por las entidades financieras con un régimen de aportaciones que se acomode a dicha realidad.

En la situación presente las entidades financieras persiguen como pauta que al menos los prestatarios dispongan ya del 20% del precio de la vivienda o estén en situación de obtenerla. Por ello las gestoras se ven abocadas a una previa labor de filtrado para conformar una relación de cooperativistas que estén en

situación de asegurar la futura subrogación hipotecaria, sin que ello obste que las viviendas promovidas por Cooperativas queden sometidas al régimen específico de control, económico, administrativo y de adjudicación .

La Ley de Cooperativas requiere que las cantidades aportadas por los socios para la construcción de su vivienda deban asegurarse en los términos del artículo 85.5 que desarrolla en el ámbito aragonés las previsiones de la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación con origen en la Ley 57/1968 de 27 de julio. Aseguramiento consistente en un aval bancario suficiente o contrato de seguro que garantice su devolución más los intereses legales, caso de no obtener la calificación definitiva o no terminar las obras en el plazo indicado en la calificación provisional o en la licencia. Deberá prestarse por la Cooperativa o la Gestora.

Los precedentes normativos en materia de aseguramiento de cantidades se encuentran contenidos, básicamente, en las siguientes disposiciones:

a) Orden de 5 de noviembre de 1955 por la que se dictan disposiciones encauzando las actividades de las Cooperativas, Sociedades u otras comunidades de carácter civil o mercantil a efectos de la Ley de 15 de julio de 1954 sobre construcción de viviendas de renta limitada.

b) Decreto 9/1963, de 3 de enero por el que se regula el percibo de cantidades a cuenta y la publicidad de venta de vivienda de protección estatal con anterioridad a la calificación definitiva. En su artículo primero letra d se introduce ya el aval bancario como garantía.

c) Decreto 2114/1968, de 24 de julio por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, en cuyo artículo 114 se establecía un régimen riguroso para la percepción de cantidades entre cuyos requisitos se encontraba el aval bancario suficiente o contrato de seguro imponiéndolo a determinados tipos de promotores de vivienda de entre los enumerados en su artículo 22, y entre ellos a las Cooperativas de Viviendas con destino exclusivo a sus asociados.

d).- Ley 57/1968, de 27 de julio. Núcleo de la obligación de aseguramiento al resto de viviendas. Aplicable a personas físicas y jurídicas que promuevan viviendas que no sean de protección oficial destinadas a domicilio o residencia familiar. Los derechos establecidos en esta norma para los cesionarios de viviendas son irrenunciables.

e).- Decreto 3114/1968 de 12 de diciembre. Extiende el régimen de la Ley 57/68 a la construcción en comunidad que no sea en régimen de protección oficial.

f).- Decreto 3115/1968, de 12 de diciembre. Exceptúa de su aplicación a la Administraciones, General del Estado, Local y Provincial; Organismos públicos; Corporaciones y Colegios Profesionales entre otros.

g).- Orden de 29 de noviembre de 1968. Desarrolla la Ley en cuanto a las reglas a que las Entidades aseguradoras deberán someterse; estableciendo los requisitos mínimos en el condicionado general de los contratos de seguro colectivos. Procedimiento y requisitos para la reclamación. Así como también requisitos

mínimos de las correspondientes pólizas individuales a las que más adelante me referiré.

h) Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre regula los requisitos de acceso a financiación cualificada estatal de VPO promovidas por Cooperativas de viviendas. Se imponen la obligación de garantizar las cantidades que se reciban a partir de la calificación provisional de los socios, por parte de la Cooperativa.

i).- Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999, que ha venido a regular esta materia en su disposición adicional primera, en la que se amplía la aplicación de la Ley 57/1968 a la percepción de cantidades anticipadas, por los promotores o gestores en la edificación y establece ciertas normas en el caso de viviendas, como son extender la obligación a la promoción en régimen de sociedad Cooperativa. Extiende la garantía a las entregas en metálico o mediante efectos cambiarios. A la restitución se añadirán los intereses legales del dinero hasta la devolución. Se atribuyen a las Comunidades Autónomas capacidades sancionadoras en algunos aspectos.

Aunque la LOE sólo menciona el seguro de caución la remisión a la Ley 57/1968 hace extensible la figura del aval como garantía.

Por tanto la finalidad de la Ley 57/1968 y de la Ley de Cooperativas de Aragón es proporcionar al comprador de vivienda una garantía de las cantidades adelantadas cuando el promotor no cumpla con su obligación de entrega ya que su crédito no goza de privilegios especiales (no es crédito refaccionario).

No se ha producido todavía el otorgamiento de la escritura que permita la ulterior protección registral.

Con dicha garantía no se asegura el cumplimiento de la obligación principal que es la entrega de la vivienda sino que la finalidad de la Ley persigue trasladar inicialmente el riesgo a terceros: la entidad bancaria que avala. No queda garantizada la entrega verificada con defectos constructivos. Frente a éstos en la practica las gestoras suelen aconsejar la retención al constructor, por plazo prudencial de un porcentaje sobre el presupuesto de obra.

Requisito de la Ley 57/1968 es percibir las cantidades anticipadas a través de Entidad bancaria o Caja de Ahorros depositándose en una cuenta especial separada de cualesquiera otros fondos del promotor de la que sólo podrá disponerse para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

Cuestión de importante trascendencia vendría determinado en la práctica por la necesidad de que la póliza global de línea de avales emitida por el Banco o Caja deba venir necesariamente complementada por las individuales, cuya necesidad el adquirente de la vivienda no debe ignorar y que requiere la comunicación por el promotor de los diferentes contratos que se vayan formalizando, a la entidad financiera.

Según el TS en sentencia de 5 de abril de 1995 la contratación de la póliza colectiva a favor de los adquirentes no hace nacer a favor de ellos ningún derecho, hasta que se realice la emisión de cada póliza individual. La D.G. de seguros en Resolución de 26 de septiembre de 1983, según recoge la propia sentencia, advirtió

que la póliza colectiva de afianzamiento no significa que el asegurador asuma ninguna garantía a favor de los futuros adquirentes que sólo existirá cuando se emita el correspondiente certificado individual.

Tampoco serviría a los fines indicados el aval que garantice que los fondos depositados en una determinada cuenta corriente no sean destinados a otros fines.

En caso de ejecución del aval se requiere:

- La póliza individual.
- Y el documento en el que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda.

En cuanto a este último extremo la sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 5 de octubre de 2009 consideró nula la ejecución por carecer el ejecutante del documento que acredite la no conclusión en plazo de la vivienda, a pesar de contar el ejecutante con un informe de la Comunidad Autónoma constatando la ausencia de cédula de habitabilidad, no habiéndose presentado el fin de obra.

El Tribunal aflora la doctrina mayoritaria de los Tribunales de que la obligación de entrega alcanza la licencia necesaria para su ocupación, distinguiendo los supuestos en que dicha licencia no es entregada porque no puede ser obtenida por falta de condiciones objetivas, de aquellos en que la obra perfectamente terminada se encuentra pendiente de dicha obtención cumplimentando el correspondiente trámite administrativo. En el supuesto de autos la promoción contaba con licencia de primera ocupación expedida por el Ayuntamiento a la vista del informe de los servicios municipales, con la documentación final de obra presentada por el Arquitecto de la obra, instalaciones de telecomunicaciones, eléctricas y de gas.

Dicha garantía no es la única que las legislaciones de Cooperativas contemplan, por su carácter novedoso es de mencionar la regulación valenciana cuyo artículo 91.7 establece que:

El socio, desde el momento de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, podrá exigir la constitución de una hipoteca de máximo para garantizar las cantidades que venga obligado a entregar hasta la adjudicación de la vivienda. Los gastos correrán a cargo del socio.

Será de aplicación a las Cooperativas de viviendas y para las cantidades anticipadas por el socio, antes de iniciarse la construcción o durante la misma, lo dispuesto por la Ley 57/1968, de 27 de julio, respecto de garantías por las cantidades anticipadas en la adquisición de viviendas.

El artículo 84 de la ley aragonesa regula la devolución de las cantidades aportadas por el socio, que cause baja, como pago a cuenta de la vivienda y anejos vinculados estableciendo que las aportaciones que no superen el 20% del coste estimado de la vivienda se devolverá en plazo de 15 días a contar desde que el nuevo socio que sustituya al que cause baja haga efectivas sus aportaciones, y en cualquier caso en el plazo máximo de cinco años desde la baja del socio.

Para las aportaciones que excedan del 20% el plazo será de 15 días desde que la Cooperativa sea requerida para ello.

Dicho precepto establece por tanto un umbral del 20% de tal modo que por ejemplo un socio que haya aportado un 30% recibiría, de solicitar la devolución, un 10% de su aportación en 15 días quedando el restante 20% pendiente de la entrada de un nuevo socio o del plazo quinquenal.

Con relación a las cantidades abonadas por IVA, entiendo que estrictamente no constituyen una aportación como pago de la vivienda sino el cumplimiento de un deber fiscal de la Cooperativa como sujeto pasivo del impuesto, de percibirlo con los correspondiente pagos a cuenta que cada socio realice. No obstante como deudora de su importe la Cooperativa deberá devolverlo en el momento en que deba efectuarse la restitución de las distintas cantidades al socio que causa baja, generando la correspondiente factura rectificativa.

BIBLIOGRAFÍA.

- LAMBEA RUEDA, A. Cooperativas de Viviendas, Edit Comares. Granada. 2ª Edic 2007.
- PANIAGUA ZURERA, M. El capital social cooperativo en Derecho Español y su armonización con las normas internacionales de contabilidad. *Revesco*, nº 90. 2006
- GOMEZ APARICIO, P y MIRANDA GARCIA, M. Sobre el régimen económico y financiero particular de las sociedades cooperativas. *Revesco*, nº 90. 2006
- DELIBES SENNA-CHERIBBO, J. Aspectos notariales de la nueva ley de cooperativas. *Revista jurídica del Notariado*. Julio-septiembre 1999.
- MARTINEZ DIE, R. Aspectos documentales y registrales en la ley General de Cooperativas. *La Notaria* Enero 1996.

LAS EMPRESAS GESTORAS DE COOPERATIVAS DE VIVIENDAS TRAS LA REFORMA DE LEY DE COOPERATIVAS DE ARAGÓN

MERCEDES ZUBIRI DE SALINAS
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza
Juez en excedencia

Mis primeras palabras deben ser de agradecimiento al Justicia de Aragón y a la Comisión de Coordinación por haber pensado en mí y haberme invitado a participar en este Vigésimo Encuentro del Foro de Derecho Aragonés. Reunión de juristas que tiene ya una tradición y prestigio merecidos y reconocidos.

Dentro del tema de las cooperativas de viviendas que he compartido con mis compañeros de ponencia -Ángel Luis Monge y Luis de Codes con los que ha sido una delicia colaborar- voy a dedicar mi intervención a un tema concreto y en el que el Derecho mercantil, especialidad a la que me dedico, incide de forma particular.

Me refiero al régimen de la empresas gestoras de cooperativas de viviendas previsto en la ley 4/2010 de 22 de junio por la que se modifica la Ley de Cooperativas de Aragón de 1998 (en adelante, LCA)¹. La situación de las empresas gestoras de cooperativas ha cambiado de una manera radical desde hace unos veinte años. Se ha procedido a su control desde tres ámbito distintos: la Ley de Ordenación de la Edificación (1999); las normas administrativas reguladoras de las VPO (fundamentalmente, R.D. 2028/1995, de 22 de diciembre) y, por último y este es el camino que se inicia con la reforma de la Ley de Cooperativas de Aragón, desde la propia regulación legal de las cooperativas.

En concreto, me voy a centrar en el art. 85 números 1 y 3. El régimen previsto en este precepto nos plantea las siguientes cuestiones relativas a las empresas gestoras de cooperativas de viviendas: quiénes son y qué funciones realizan (I); cuál es el diseño del régimen legal que la LCA incorpora (II); el régimen de responsabilidad de las empresas gestoras de cooperativas (III).

1 Ley que se publicó en el BOA el 25 de junio de 2010 y entró en vigor al día siguiente de su publicación.

I.- CONCEPTO Y FUNCIONES.

La norma empieza indicándonos que la cooperativa de viviendas puede contratar los servicios de asesoramiento, asistencia técnica o gestión que precise para desarrollar su objeto. Es una facultad de la cooperativa. Esto nos revela que las empresas gestoras no son imprescindibles, ni tan siquiera necesarias, para que la cooperativa funcione y por tanto no son órganos de la cooperativa. No son necesarias de Derecho. La ley las califica de empresas gestoras especializadas. Pueden ser personas físicas o jurídicas que cuentan con una organización empresarial adecuada y suficiente para la prestación de estos servicios. Se conceptúan, por tanto, de empresarios independientes frente a la cooperativa. Por consiguiente, pueden ser empresarios individuales o sociales cualquiera que sea la forma que adopten (sociedades personalistas, capitalistas o incluso, a su vez, una cooperativa). Su objeto o actividad debe ser la de prestar servicios de gestión, asesoramiento o asistencia técnica en materia de la promoción hasta la finalización de la obra². A la Ley le preocupa destacar la independencia y capacidad de decisión de los órganos sociales de la cooperativa (Asamblea General, Consejo Rector e interventores), que no pueden ser suplantados o sustituidos por la empresa gestora por muy necesaria que sea su actuación en un sector especializado como es el de la construcción de viviendas y en el que el cooperativista sólo se va a ver implicado, posiblemente, una vez en la vida.

El problema suele ser que, en la mayoría de los casos, las empresas gestoras de las cooperativas son, a su vez y permítaseme el juego de palabras, las gestantes de las propias cooperativas. Son ellas, como empresas dedicadas a la gestión inmobiliaria, las que captan socios y promueven la constitución de las cooperativas a las que se van adhiriendo las personas interesadas en la adquisición de una vivienda en las mejores condiciones de calidad y precio. Suele coincidir la empresa gestora con la promotora de la cooperativa. Aquí se puede plantear el primero de los problemas y es que la empresa gestora se oculte tras el velo de la cooperativa reservándose los beneficios en forma de retribución por la gestión (o de costes repercutidos a través de diversas contratas), mientras que traslada los riesgos a los futuros titulares de las viviendas, de los que obtiene la financiación que el sector crediticio le niega³. Estos problemas de financiación se han acentuado en el momento presente de crisis económica, financiera e inmobiliaria y de ahí que se ideen técnicas, en ocasiones poco ortodoxas, para conseguirlas⁴. El em-

2 Así se destacó por el Consejero de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Aragón, Alberto Larraz, en el Dictamen de la Comisión de Economía y Presupuestos sobre el proyecto de ley por el que se modifica la Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de cooperativas de Aragón. «El cometido de las Cooperativas de viviendas conlleva una sucesión de trámites que en muchos casos no se puede sobrellevar desde la propia cooperativa, por lo que se hace necesario gestionarlo desde fuera, así aparecen las gestoras que son empresas debidamente acreditadas que están al servicio de las cooperativas, controlando las obras, los proyectos, tramitaciones de licencias, comercialización de las viviendas, (...) gestionando en definitiva las promociones inmobiliarias».

3 TEJEDOR BIELSA, J. «Régimen jurídico general de la vivienda protegida», en AAVV LÓPEZ RAMÓN, F. (Coor.) *Construyendo el derecho a la vivienda* Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2010, p. 324. En tales supuestos se estaría quebrantando el espíritu cooperativo pudiendo incurrirse en fraude de ley para eludir responsabilidades que corresponden al promotor (art. 17,4 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación; y STS de 25 de febrero de 2004, RJ 1635 y 31 de marzo de 2005, RJ 2743.) Idem 335.

4 Véase en este sentido las noticias publicadas en *Heraldo de Aragón* los días 19 y 20 de noviembre de 2010, acerca de la exigencia por parte de diversas cooperativas de una aportación a los posibles y futuros cooperativistas antes de la subasta del suelo.

presario promotor impulsa sus nuevas promociones bajo forma de cooperativas, actuando como un promotor de hecho aunque de derecho sea un tercero ajeno a la cooperativa.

La figura del promotor es relativamente reciente. No fue recogida en el CC (art. 1591) que se refiere exclusivamente al contratista. En esta cuestión hay que considerar que hay un antes y un después de la ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.

A. La situación antes de la Ley 38/1999

Antes de la citada ley, el concepto y régimen fue labor jurisprudencial. Se distinguía entre el promotor constructor y el promotor mediador, excluyendo a este último del campo de aplicación del art. 1591 del CC mientras que al promotor constructor se le equiparaba al contratista del CC asumiendo la misma responsabilidad⁵. Por el contrario el promotor-mediador no destinaba las viviendas al tráfico. No asumía la construcción y la propiedad de la edificación con ánimo de enajenar las viviendas resultantes para obtener un beneficio económico. Por consiguiente, no podía ser equiparado al contratista ni era responsable conforme al art. 1591 CC⁶.

Este mismo planteamiento se aplicó para las sociedades cooperativas y sus gestoras. Había distintas posiciones en función de la consideración de la propia cooperativa y de la sociedad de gestión. En relación con las primeras se les calificaba de promotores mediadores⁷. Por el contrario a las sociedades de gestión, que impulsan o gestionan la sociedad cooperativa actuado como promotoras de hecho, se les debía atribuir la condición de promotoras constructoras y por tanto la responsabilidad decenal ex art. 1591 CC⁸. Para determinar si era una promotora de hecho se estimaba que había que tener en cuenta una serie de circunstancias como la publicidad para captar socios, la intervención en la solicitud de licencias de obras, autorizaciones, la contratación de la empresa constructora o del personal vinculado a la construcción, o el otorgamiento de la escritura de obra nueva o de división horizontal, la remuneración de la sociedad de gestión, etc.

⁵ Así se recogió en dos sentencias del TS de 11 de octubre de 1974 (RJ 3798) y 1 de marzo de 1984 (RJ 1194). Se consideraba que, para la calificación de una persona física o jurídica como promotor, debían concurrir varias condiciones:

- ser el propietario del terreno o el propietario de la edificación llevada a cabo en él.
- ser el vendedor de los locales o pisos en régimen de propiedad horizontal
- no se perdía la condición por el hecho de que se contrataran personas más o menos especializadas para la ejecución de diversos elementos de la construcción.

⁶ Para esta distinción tuvo especial relevancia la sentencia del TS de 1 de octubre de 1991 (RJ 7255). Este mismo criterio se mantiene en STS de 13 de diciembre de 2007, id Cendoj 28079110012007101361 para una mutualidad de previsión social, aunque se hace referencia explícitamente a la condición de las cooperativas como promotoras-mediadoras y se cita la abundante jurisprudencia al respecto.

⁷ STS 6 de marzo de 1990 (RJ 1672), STS 1 de octubre de 1991(RJ 7255) seguidas después por otra serie de sentencias de las Audiencias Provinciales entre las que cabe citar la de AP de Granada de 15 julio de 2003 (AC 219521). En esta última se indica que la ausencia de intención lucrativa en su mediación aparta a la sociedad cooperativa del concepto general de la figura de promotor constructor.

⁸ Así STS 3 de octubre de 1996, RJ 1996/7006 y STS de 15 de octubre de 1996, RJ 1996/7111. SAP Álava 29 de septiembre de 1999 AC 1999/ 2128, SAP Asturias 3 de marzo de 2003, JUR 2003/187243.

B. La situación después de la Ley 38/1999

El art. 9, 1 de la LOE establece un concepto de promotor que modifica y amplía el que se había mantenido en la jurisprudencia antes citada, pudiendo decidir o impulsar la obra *para sí o para otro*⁹. Las obligaciones que asume las encontramos en el párrafo siguiente. Se le somete a un estricto régimen de responsabilidad por los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos de la construcción, de forma solidaria con los demás agentes intervinientes, ante los posibles adquirentes¹⁰. Esto implica un cambio de óptica que afecta tanto a la cooperativa como a la empresa gestora. El art. 9 permite atribuir la condición de promotora a las cooperativas de viviendas (persona jurídica) o bien considerar promotor a los propios socios como personas físicas que, de forma colectiva, deciden, programan y financian para sí la edificación. La opción por una u otra alternativa dependerá del criterio elegido para calificar las relaciones entre la cooperativa y sus socios. Si se entiende que la cooperativa adquiere la titularidad dominical de los pagos a cuenta que realicen los socios, procediendo posteriormente a enajenar las viviendas construidas tendrá la condición de promotora la cooperativa. La legislación de cooperativas suele eludir los términos de venta¹¹. Se suele considerar¹² que los socios son propietarios de los fondos aportados y de lo construido sustituyéndose la cuota *pro indiviso* de la que es titular el socio durante la construcción por un derecho de propiedad individual en el momento de la adjudicación de la vivienda, sin que de esta adjudicación se pueda apreciar la existencia de un acto de enajenación o transmisión de la propiedad¹³. La legislación sobre vivienda protegida considera que son los socios los que colectivamente promueven las viviendas para su propio uso. Con ello se vuelve a estimar (como ya se hacía antes de la ley 38/1999) que la cooperativa tiene una posición de promotora mediadora. Sólo con relación a los locales o instalaciones que después sean vendidos a terceros no socios ocupará la posición de promotora.

Respecto a las sociedades gestoras que actúan por medio de una cooperativa como promotora de hecho el art. 17,4 de la Ley 38/1999 les atribuye claramente la condición de promotor¹⁴. De acuerdo con este precepto serán promotores en función de que así haya quedado determinado en el contrato o por su «intervención decisoria en la promoción». Si existe un contrato será más fácil determinar esa condición. La «intervención decisoria» es una cuestión de hecho que deberá analizarse en el caso concreto y para ello habrá que analizar variados factores.

9 El Art. 9. 1 indica: «Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título».

10 Vid. Art. 17 LOE.

11 El art. 84,5 LCA utiliza el término «adjudicados» y así es como se recoge habitualmente en las escrituras de transmisión de la vivienda de la cooperativa a los cooperativistas.

12 FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos, Madrid 1997, p.100.

13 TATO PLAZA, A. «As cooperativas de viviendas e a condición de promotor na Lei 38/1999» en AAVV (BOTANA AGRA, M.J. y MILLÁN CALENTI, R.A.) *As cooperativas de viviendas no marco da Lei 5/1998 de cooperativas de Galicia*, Centro de Estudios Cooperativos (CECOOP) Universidad de Santiago de Compostela, Santiago 2007, p. 70.

14 Indica el precepto «Sin perjuicio de las medidas de intervención administrativas que en cada caso procedan, la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas».

Deberá examinarse la conclusión del contrato de gestión durante la fase de constitución de la cooperativa y con carácter previo a su inscripción, la actuación de la sociedad gestora como promotora de la cooperativa de viviendas (publicidad para la captación de socios...), la intervención en la obtención de licencias y autorizaciones, la contratación con la empresa constructora con carácter previo a la inscripción de la cooperativa en el registro, el otorgamiento de las escrituras de obra nueva o de división horizontal, la remuneración, la irrevocabilidad de los mandatos conferidos a la sociedad gestora, la existencia de cláusulas penales en caso de revocación de los mandatos.

La inseguridad que plantea esta situación que implica que, en cada caso, tenga que determinarse si nos encontramos ante un verdadero promotor hace sea deseable una clarificación del sistema. Ante este problema ha reaccionado la reforma llevada a cabo en junio de 2010 por la ley aragonesa del régimen de las cooperativas, pretendiendo adecuarlas a la situación prevista en la legislación sobre viviendas protegidas¹⁵ y estableciendo el régimen de las cooperativas como el general que resultará aplicable a otras situaciones semejantes en las que se actúe con vivienda protegida como ocurre en las comunidades de bienes¹⁶. La regulación que ha adoptado la nueva norma no tiene parangón con la recogida en otras

15 Así se indica en el Preámbulo de la Ley «respecto a las Cooperativas de Viviendas, se ha llevado a cabo un reforma general, tratando aspectos relativos a su organización, gestión y régimen económico-financiero, con el fin principal de adaptarlas a la normativa que regula la vivienda protegida». Y continúa diciendo: «Otro aspecto fundamental en este materia se refiere a una regulación más pormenorizada de las gestoras de viviendas, como pieza clave de este proceso. Al mismo tiempo se crea la figura del promotor social de vivienda protegida, a través de una nueva disposición final que modifica la norma específica que regula esta modalidad de vivienda». Se justifica porque una buena parte de la vivienda protegida se canaliza a través de la figura de la cooperativa y porque permite que el nuevo régimen pueda aplicarse de inmediato sin necesidad de esperar a modificaciones futuras. A la vez se extiende la aplicación de la normativa de las cooperativas a las comunidades de bienes, cuando éstas promuevan viviendas protegidas.

La ley ha sido una norma aprobada por consenso. El texto fue apoyado por los cinco grupos parlamentarios (PSOE, PP, PAR, CHA e IU) aunque en algún punto hubo discrepancias y, en concreto, el PP no estaba de acuerdo con la creación de la figura del promotor social preferente ni en los criterios para ser calificados como tales. Las razones de la oposición a este promotor social de vivienda protegida era porque, para obtener dicha calificación, se exige que se haya tenido que tener toda la actuación en la Comunidad autónoma de Aragón. Se considera por este grupo parlamentario que los criterios debían ser más abiertos y tendentes a promover la competencia en nuestra comunidad autónoma cuando se trate de ejecutar vivienda protegida por cooperativas. Vid. Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón nº 67, Fasc. 1º, 17-18 de junio de 2010, p. 6141.

La Dis. Final 2ª de ley 4/2010, de 22 de junio, modifica la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida, introduciendo una Disp. Adicional Séptima en la que se recoge esta figura de los promotores sociales preferentes de vivienda protegida. Pueden adquirir dicha condición las cooperativas de viviendas y empresas gestoras de cooperativas que: hayan impulsado en Aragón, directa o indirectamente y como mínimo, más de ochocientas viviendas protegidas en los doce últimos años y no hayan sido sancionadas por la comisión de infracciones graves ni muy graves en materia de vivienda protegida, subvenciones públicas, Seguridad Social, trabajo o tributaria. Su condición de tal se acreditará mediante certificado expedido por el departamento competente en materia de vivienda. Se deja para el desarrollo reglamentario su régimen jurídico. En él se determinará el procedimiento y condiciones de declaración que tiene que ser, en todo caso, previa convocatoria pública; la duración será, como mínimo, de tres años; así como las obligaciones de los promotores sociales preferentes relativas a la comunicación y relaciones con los clientes y la solución de conflictos. Y, por último, la cuestión que resultó más polémica en las discusiones parlamentarias que es la adjudicación de suelo procedente de los patrimonios públicos de suelo. La adjudicación debe ser por un procedimiento restringido y no por medio de adjudicación directa, como inicialmente se preveía en la norma.

16 La disp. Final 2ª de la Ley 4/2010, de 22 de junio, modifica la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida, introduciendo un apartado 3 al art. 9 en el que se indica que: «3. las comunidades de bienes, las entidades o personas jurídicas cuya naturaleza determine que sus socios o partícipes resulten adjudicatarios de las viviendas, y sus empresas gestoras, quedarán sujetas a lo establecido en las disposiciones específicas reguladoras de las cooperativas de viviendas, con excepción de las relativas a la promoción por fases y al régimen especial de los promotores sociales preferentes de vivienda protegida».

normas de cooperativas autonómicas¹⁷, habiéndose adelantado incluso a las que

17 Dentro de las leyes de las Comunidades Autónomas podemos distinguir entre aquellas que, aun teniendo una regulación bastante completa de la cooperativas de viviendas, hacen referencia a las empresas gestoras de forma tangencial; las que no hacen mención de las empresas gestoras y la que se muestra contraria a su actuación, estableciendo mayores exigencias para su intervención, aunque no recoge un régimen para las mismas.

En el primer grupo incluyo la ley catalana de cooperativas (Ley 8/2002, de 5 de julio) que dedica una amplia sección 7ª a las cooperativas de viviendas. Pese a ello solo indica en el artículo 111 (relativo a Auditoría externa de las cooperativas de viviendas) que «Las cooperativas de viviendas, antes de presentar las cuentas anuales a la aprobación de la asamblea general, han de someterlas a los auditores de cuentas para que las verifiquen, de conformidad con la normativa que regula la auditoría de cuentas, en los siguientes supuestos: ... c) Si la gestión empresarial de la actividad inmobiliaria se ha concedido, mediante cualquier tipo de mandato, a personas físicas o jurídicas que no sean los miembros del consejo rector o el director o directora.» Respecto a la necesidad de auditoría pero sin ninguna exigencia más se pronuncia la Ley de cooperativas de Murcia (Art 114, Ley 8/2006, de 16 de noviembre), Ley de cooperativas de Castilla –León, (Ley 4/2002, de 11 de abril, art. 120) y la Ley de cooperativas de la Rioja (art. 122 Ley 4/2001, de 2 de julio).

De la misma manera, la ley madrileña de (Ley 4/1999, de 30 de marzo) en el artículo 116 relativo a la Auditoría de cuentas «Las Cooperativas de Viviendas, antes de presentar las cuentas anuales para su aprobación a la Asamblea General, deberán someterlas a auditoría, en los ejercicios económicos en que se produzca alguno de los siguientes supuestos: ... c) Que la Cooperativa haya otorgado poderes relativos a la gestión empresarial a personas físicas o jurídicas, distintas de los miembros del Consejo Rector». También menciona a los gestores para impedir que puedan ser asesores y en el régimen de incompatibilidades y normas especiales del Consejo Rector. Así el art. 135 establece que «3. Las cooperativas de viviendas no podrán otorgar poderes relativos a la gestión empresarial a personas físicas que tengan una relación laboral o de servicios o sean parientes de los miembros del Consejo Rector, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sean cónyuges o parejas de hecho de los mismos, ni a personas jurídicas de las que sea socio o participe alguno de los miembros del Consejo Rector, su cónyuge, o un pariente de éstos comprendido en los grados antes mencionados, así como tampoco a quienes tuvieran una relación laboral o de servicios con las personas jurídicas en las que concurriera dicha circunstancia». Idem en la Ley de cooperativas andaluza (Ley 2/1999, de 31 de marzo), de art. 135 y 138.

En este mismo sentido, y por citar la más nueva, la Ley de cooperativas del Principado de Asturias (Ley 4/2010, de 24 de junio) en su art. 157 letra c, solo de forma indirecta se refiere a las cautelas que se deben adoptar si intervienen terceras personas que no sean los órganos de la cooperativa en su gestión. Así el Artículo 158 relativo a Garantías especiales indica que:

«1. Los estatutos de las cooperativas de vivienda deberán incluir al menos las siguientes medidas de participación, información y control por parte de los socios:

b) la obligatoriedad de garantizar mediante aval o seguro las cantidades que los socios entreguen a la cooperativa para financiar la construcción de las viviendas. En el momento en que los socios comiencen a entregar dichas cantidades, las viviendas deberán estar aseguradas o avaladas,

d) determinación de la minoría de socios de una promoción o, en su caso, de la cooperativa, entre el 20 y el 40 por ciento, que podrá solicitar motivadamente, con cargo a la cooperativa y una vez al año, la elaboración de un informe por consultores externos, en las áreas urbanísticas, financiera, jurídica, cooperativa o cualquier otra relevante para el mejor desarrollo del objeto social de la entidad. Tales expertos no podrán ser socios ni estar vinculados directa o indirectamente con ellos ni con los administradores independientes, auditores, apoderados, gestores y profesionales con los que la cooperativa haya contratado cualesquiera prestaciones o servicios necesarios para la promoción de las viviendas, pudiendo ser auxiliados a este fin por el Registro de Sociedades Cooperativas del Principado de Asturias. (una norma semejante también la encontramos en la ley madrileña)

2. Con carácter previo al ingreso de cantidades por los socios para financiar la promoción a la que estén adscritos, ésta deberá estar definida y dotada de unas reglas básicas denominadas «normas de la promoción» que tendrá como contenido mínimo el siguiente:

a) la denominación específica de la promoción,

b) el concejo, la localización dentro del mismo y extensión aproximada de los terrenos sobre los que se edificarán las viviendas, ordenanza que les afecte, y en su caso indicación de la existencia de superficie comercial o de otros usos diferentes al residencial,

c) el tipo constructivo o clase de viviendas a promover,

d) en su caso, el régimen de protección oficial al que se pretendan acoger las viviendas con la cita de las normas jurídicas reguladoras,

e) el estudio financiero previsto para el desarrollo de la promoción,

f) el calendario previsto de actuaciones que señalará los hitos más relevantes de la promoción: adquisición de terrenos; aprobación del planeamiento correspondiente; urbanización de los terrenos; obras de edificación y su finalización,

g) requisitos y formalidades exigidas a los socios, así como compromisos económicos y calendario de ingresos a efectuar por los mismos,

h) el sistema de elección de las viviendas, locales y anexos por los socios, e

regulan el derecho a la vivienda¹⁸.

II. RÉGIMEN LEGAL QUE LA LCA INCORPORA.

El régimen incluido en la ley se inspira en lo establecido para las viviendas de protección oficial lo que supone haber privatizado la norma de protección de la vivienda de naturaleza pública. En esta materia encontramos tanto normas estatales como autonómicas cuya determinación y deslinde no es siempre sencillo¹⁹.

Las normas autonómicas de carácter administrativo que regulan la vivienda protegida asumen la distinción -tradicional existente también en las estatales- entre viviendas protegidas de promoción pública y de promoción privada. Los condicionantes presupuestarios han decantado la balanza hacia la protegida de promoción privada. Vivienda que se ha convertido en la que están en condiciones de adquirir la mayoría de los jóvenes, incluso con financiación cualificada (titulaciones universitarias), a los que el mercado laboral y el inmobiliario no permite conseguir financiación para la vivienda libre (los famosos y en el momento actual casi añorados «mileruristas»)²⁰.

Las viviendas protegidas pueden ser objeto de promoción por empresas inmobiliarias para cederlas a terceros en el régimen de uso que resulte procedente o de autopromoción individual o colectiva para uso propio. El Art. 2 R.D. Ley 31/1978, de 31 de octubre sobre política de viviendas de protección oficial, indica que «podrán ser promotores de viviendas de protección oficial las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro». Se distingue habitualmente entre la promoción pública y privada y dentro de ésta entre el promotor y el autopromotor. La normativa de vivienda protegida ha introducido previsiones

i) la eventual existencia de compromisos previos de la cooperativa con terceras personas o empresas, indicando, en su caso, los términos más importantes de los acuerdos, como las funciones a desarrollar, y los parámetros fijados para su retribución.» (el subrayado es personal)

No se hace referencia alguna a las empresas gestoras en la Ley de cooperativas de Extremadura de 1998 (Ley 2/1998, de 26 de marzo), ni en la Ley de cooperativas de Castilla-La Mancha (Ley 20/2002, de 14 de noviembre). Tampoco la del País Vasco (Ley 4/1993, de 24 de junio), ni en la Ley de cooperativas de la Comunidad Valenciana, (ley 8/2003, de 24 de marzo).

En el polo opuesto esta la Ley de cooperativas gallega que expresamente prohíbe la actuación de gestoras salvo que lo acuerde la asamblea general con una mayoría reforzada. La Ley 15/1998, de 18 de diciembre, indica en el Art. 120 párrafo 4. «Las cooperativas de viviendas administrarán y gestionarán de forma directa la promoción de viviendas y locales, no pudiendo ceder tal gestión a terceras personas mediante ningún título, salvo acuerdo de la asamblea general adoptado por los dos tercios de los votos presentes y representados, sin perjuicio de la posibilidad de requerir a expertos externos para cuestiones puntuales».

¹⁸ Por ejemplo, la Ley de Derecho a la vivienda de Cataluña (Ley 18/2007, de 28 de diciembre).

¹⁹ Para el tema que nos ocupa, como normas estatales tenemos que tener en cuenta, principalmente, el Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre sobre política de viviendas de protección oficial, desarrollado por el R.D. 3148/1978, de 10 de noviembre. Asimismo destaca el R.D. 2028/1995, de 22 de diciembre, sobre condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de las promovidas por cooperativas y de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los planes estatales de viviendas. Asimismo el R.D. 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de la vivienda y rehabilitación 2009-2012.

Desde el ámbito de la legislación autonómica hay que mencionar, especialmente, la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida y Decreto Ley 1/2009, de 14 de abril por el que se aprueba el Plan especial de dinamización del sector de la vivienda y se autoriza la prestación de avales por el Gobierno de Aragón. Asimismo el Decreto 60/2009, de 14 de abril, por el que se regula el Plan aragonés para facilitar el acceso a la vivienda y fomentar la rehabilitación 2009-2012, modificado por el Decreto 207/2010, de 16 de noviembre, del Gobierno de Aragón..

²⁰ La vivienda protegida de promoción privada se ha convertido en la vivienda destinada a ciudadanos de rentas medias, emergiendo de nuevo las dificultades para los de rentas bajas, que se dirigen a las viviendas para arrendamiento y la nueva vivienda dotacional, TEJEDOR, op. Cit. p. 323.

específicas para los supuestos de autopromoción en régimen cooperativo o de comunidad de bienes²¹. Estas normas pretenden garantizar el equilibrio entre los intereses cooperativos y los de los cooperativistas. La normativa administrativa establece previsiones específicas que iban (en el caso de Aragón) y van (en otras Comunidades Autónomas) más allá que las reconocidas en las normas de cooperativas. Los ámbitos de aplicación de la norma administrativa y de cooperativas no son coincidentes aunque pueden tener una zona convergente amplia: cuando sean cooperativas que accedan a la financiación cualificada estatal deberán tenerse en cuenta ambos regímenes. Además hay que tomar en consideración que el R.D. 2028/1995 se aplica a todo el Estado²² por lo que el régimen previsto en el mismo es de capital importancia dentro de las cooperativas de viviendas, máxime cuando la mayoría de las cooperativas se crean para la promoción de VPO. Este R.D. 2028/1995 impone rigurosas exigencias a cooperativas y comunidades que promuevan viviendas protegidas acogidas a los planes estatales. Esta norma se redactó para controlar la actuación de las empresas gestoras de cooperativas, a raíz del escándalo de PSV y para evitar que tras el gestor se ocultara un promotor de hecho tal como hemos indicado anteriormente que desvirtuara el sentido solidario de este tipo de asociación. El régimen acogido por la LCA se ha inspirado en las especiales exigencias establecidas en la norma estatal al objeto de que la cooperativa pueda obtener la financiación cualificada estatal al amparo de los planes estatales de vivienda²³. Con ello se ha recogido en una norma de natura-

21 Así el R.D. 2028/1995, de 22 de diciembre, sobre condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de las promovidas por cooperativas y de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los planes estatales de viviendas o, en relación con la entrega de cantidades a cuenta el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre por el que se aplica la Ley de 27 de julio de 1968 a comunidades y cooperativas.

22 Vid. Disposición adicional única.

23 El Artículo 1 del RD 2028/1995 establece al efecto:

«1. Las cooperativas de viviendas promotoras de viviendas de protección oficial destinadas a uso propio, para obtener financiación cualificada estatal al amparo de Planes Estatales de Vivienda, deberán cumplir, además de los requisitos aplicables establecidos en las normas aprobatorias de dichos planes, las siguientes condiciones:

a) Cualquiera que sea el ámbito territorial de las cooperativas y las actuaciones protegibles que desarrollen, deberán inscribirse en el Registro Especial de Entidades Promotoras de Viviendas de Protección Oficial que, a tal efecto, pueda tener constituido la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial se vaya a efectuar la promoción objeto de las ayudas, siempre que la legislación de la respectiva Comunidad Autónoma así lo establezca.

b) En el supuesto de que las cooperativas otorguen mandatos o poderes de representación para el desarrollo de la gestión de la promoción, tales mandatos o poderes deberán ser expresos y conferidos por escrito, los mandatarios o apoderados actuarán siempre en nombre y por cuenta de la cooperativa y de acuerdo con las instrucciones de ésta, deberá constar expresamente en el contrato la prohibición del mandante de que el mandatario nombre sustituto y no podrán admitirse cláusulas de irrevocabilidad del mandato o poder, ni de exoneración de la responsabilidad del mandatario o apoderado.

Si se suscriben contratos de arrendamiento de servicios u otros análogos con la misma finalidad expresada en el párrafo anterior, la indemnización que, en su caso, proceda por resolución de los contratos a instancia de la cooperativa, se limitará únicamente a los perjuicios que se hubieren ocasionado al prestador de los servicios, sin que sea admisible en los contratos cláusula penal alguna.

Las facultades establecidas en los mencionados mandatos, poderes o contratos deberán referirse sólo a los actos de administración propios de la gestión de la promoción, sin que, en ningún caso, puedan extenderse a actos de dominio o a aquellos en los que sea preceptivo el acuerdo del Consejo rector o de la Asamblea general de la cooperativa.

c) En los casos en que los estatutos de la cooperativa no atribuyan a su Asamblea general las facultades para su adopción, deberán ser ratificados por ésta los actos de aprobación y revocación o resolución, en su caso, de los contratos con la gestora, la adquisición del suelo, el encargo y aprobación del proyecto de obras, la elección de la constructora, la aprobación del contrato de ejecución de obras y la recepción de las obras.

De existir en la fase de constitución de la cooperativa, y antes de la inscripción de ésta en el Registro de Cooperativas, contrato para la gestión empresarial de la promoción, el acuerdo de aprobación o ratificación a que se refiere el párrafo anterior será adoptado en la primera Asamblea de la cooperativa posterior a la inscripción de la misma en el citado Registro.

leza privada las garantías exigidas en la norma administrativa y se extiende el régimen a todas las cooperativas, no solo a las que promuevan VPO con financiación especial. Vamos a ir examinando estos requisitos para determinar cómo se ha producido la adaptación.

En primer lugar, los mandatos o poderes deben ser expresos y conferidos por escrito. El mandatario no podrá nombrar sustituto y serán nulas las cláusulas de irrevocabilidad del mandato o poder. En este punto la coincidencia es total. El párrafo 2 del art. 85, 1 de la LCA lo establece de forma expresa para los gestores de las cooperativas. Con ello se pretende evitar el apoderamiento verbal, para solucionar los problemas de opacidad entre las partes y frente a terceros incluyendo como tales a los propios cooperativistas. También revela el carácter mercantil de la relación. Recuérdese que tradicionalmente el comisionista no puede nombrar sustituto (art. 261 y 262 del Ccom) frente al régimen del mandatario del CC (art. 1721 y 1722 del CC). La irrevocabilidad del poder inmuniza la situación del mandatario frente el mandante, por lo que se prohíbe, en la norma de cooperativas autonómica, y se declara la nulidad, en la administrativa, de las cláusulas que impidan la revocación del poder. También en otros ámbitos, como en el de la representación en las juntas generales de las sociedades anónimas, se prohíbe esta irrevocabilidad, considerándose tácitamente que la presencia del accionista es causa de revocación del apoderamiento (vid. Art. 184 LSC), con el fin de evitar lo que había sido tradicional que era incluir la irrevocabilidad del poder en los sindicatos de accionistas²⁴.

La norma aragonesa no hace referencia a cómo debe actuar el mandatario frente al tercero. En la norma administrativa se indica que debe actuar siempre «en nombre y por cuenta de la cooperativa y de acuerdo con las instrucciones de ésta» (representación directa). La LCA no nos lo indica por lo que serán admisibles ambos tipos de representación, directa e indirecta. Esto último además de ser una manifestación más de que nos encontramos con la figura genuina de la comisión (art. 246 Ccom), presenta como ventaja que será el gestor, y no la cooperativa, el que quedará obligado frente al tercero.

El R.D. 2085/1995 limita las hipotéticas indemnizaciones al gestor de los perjuicios que pudieran serle causados por la resolución del contrato por parte de la cooperativa, excluyendo las cláusulas penales. Si bien la norma cooperativa no lo prevé expresamente, el art. 85 LCA va más allá e indica que no serán admisibles cláusulas de exoneración de la responsabilidad del apoderado contenidas en el

d) Cuando la cooperativa perciba de los socios, a partir de la calificación provisional de viviendas de protección oficial, durante la construcción, cantidades anticipadas a cuenta del coste de la vivienda deberá garantizar las citadas cantidades.

e) Los miembros del Consejo rector de la cooperativa deberán reunir los requisitos exigidos para acceder a la financiación cualificada de las viviendas.

2. Las condiciones establecidas en el apartado anterior de este artículo para las cooperativas de viviendas serán igualmente exigibles a las comunidades de propietarios que pretendan acceder a la financiación cualificada estatal, salvo aquellas que por su especial naturaleza no puedan serles de aplicación».

²⁴ Cit. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *La representación de los accionistas en la junta general de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid 1990, p. 69-70.

contrato con la cooperativa. Es más, lo que se acentúa es el régimen de exigencia de responsabilidad como después veremos.

En tercer lugar, se limita el contenido del mandato para garantizar la preeminencia del poder de decisión de los órganos cooperativos. Así determinadas cuestiones no pueden delegarse debiendo adoptarse por los órganos de la cooperativa (los acuerdos relativos a la aprobación, revocación o resolución del contrato con la gestora, la adquisición del suelo, el encargo y aprobación del proyecto de obras y la recepción de las obras). En términos prácticamente idénticos se recoge en el p. 3 del art. 85 3. *«La contratación de las empresas gestoras de cooperativas de viviendas, la adquisición de suelo, la concreción de los productos inmobiliarios a promover, la contratación de los profesionales integrantes de la dirección facultativa del proyecto y la obra, la de los préstamos para la financiación de la promoción y la de la construcción del inmueble deberán ser aprobados por la Asamblea General de la cooperativa o de la sección o fase en su caso».*

En sintonía con lo anterior la norma administrativa exige la plena competencia de la asamblea general para la adopción o ratificación de determinados acuerdos esenciales para el proceso de autopromoción. Toda gestión se realizará en nombre y por cuenta de la cooperativa a la que deberá corresponder la titularidad del suelo, la edificación y los préstamos precisos para la promoción. De igual manera lo encontramos en el párrafo 2 del art. 85, 3 *«El acuerdo deberá ser adoptado con carácter previo al otorgamiento de los respectivos contratos, con excepción de la adquisición de suelo de las administraciones públicas o sus entidades instrumentales, en los que será suficiente la autorización conferida al efecto por la Asamblea General o de sección o fase, en su caso, a favor del Consejo Rector».* La asamblea general como órgano soberano de la cooperativa es la competente para adoptar estos acuerdos relativos a estas cuestiones esenciales a la actividad cooperativizada. Como excepción, para la adquisición de suelo de las administraciones públicas será posible la delegación a favor del Consejo Rector.

Por último, la prestación de garantías por la entrega de cantidades a cuenta de la vivienda mediante aval o aseguramiento. También esto se recoge en el art. 85 5. Las aportaciones realizadas por los cooperativistas como pago a cuenta de la vivienda y anejos vinculados deberán ser aseguradas por la cooperativa o la empresa gestora mediante aval bancario suficiente o contrato de seguro que garantice su devolución, más los intereses legales correspondientes, en caso de no obtener la calificación definitiva, no terminar las obras dentro del plazo fijado en la calificación provisional o tratándose de vivienda libre en la licencia o, en cualquiera de los casos señalados, en la prórroga reglamentariamente concedida. La norma aragonesa prevé que la puede prestar tanto la cooperativa como la empresa gestora. Estimo que hubiera sido preferible que se hubiera indicado expresamente quién era el obligado. En el R.D. 2028/1995 es la cooperativa.

También será posible contrato de seguro de caución en el que el tomador será la cooperativa y/o la empresa gestora y asegurados los cooperativistas. Si ambos lo contrataran nos podríamos encontrar con la posibilidad de una situación de sobre seguro (art. 31 LCS) con sus problemas ya que el seguro nunca puede ser

causa de enriquecimiento injusto para el asegurado. Asimismo el afianzamiento puede provenir de aval bancario.

Finalmente, hay cuestiones que solo se regulan en la norma administrativa tales como la necesidad de presentación de al menos el 80% de los cooperativistas para acceder a la financiación; que cada cooperativista abonará como máximo en contraprestación por la adjudicación de la vivienda y los anejos que le corresponden la cantidad nunca superior al precio máximo legal²⁵. Además en el momento de solicitar la financiación la cooperativa debe justificar la solvencia técnica de la gestora para ejercer sus funciones²⁶.

La adopción de un régimen en la LCA para las empresas gestoras semejante, pero no enteramente coincidente con el de la norma de Derecho público de las viviendas protegidas, puede plantear problemas puesto que la incorporación no ha sido total por lo que tendremos que seguir teniendo en cuenta ambas normas. ¿No hubiera sido preferible que la ley de cooperativas se hubiera remitido sin más a dicho régimen en el caso de que hubiera sido aplicable?. Es decir, cuando la cooperativa hubiera sido de las que efectúa autopromoción de vivienda protegida, y, en los demás casos, haber dejado el sistema como estaba. Tal vez no hubiera sido ni tan siquiera necesaria una remisión expresa puesto que el art. 71, 2 de la LCA indica que siempre quedan sujetas a la legislación específica aplicable en función de la actividad empresarial que desarrollen. Escasos serán los supuestos en los que una cooperativa se constituya y nombre una empresa de gestión para promover viviendas que no sean protegidas. Estos pocos casos serán a los que se

25« Artículo 2.

Serán, asimismo, condiciones necesarias para que las cooperativas y comunidades de propietarios que promuevan viviendas de protección oficial para uso propio puedan acceder a la financiación cualificada estatal, las siguientes:

a) Que se confeccione y presente la relación de, al menos, el 80 por 100 de los asociados o comuneros beneficiarios de las viviendas, con indicación de sus circunstancias personales y su número de identificación fiscal (NIF), sin perjuicio de que puedan existir socios o comuneros expectantes, debiendo cumplir todos ellos los requisitos necesarios para acceder a la financiación cualificada estatal que en cada momento se exijan.

En los casos en los que se produzcan bajas, la sustitución de cooperativistas o comuneros sólo podrá efectuarse por personas que reúnan, asimismo, los requisitos exigibles.

b) Que la titularidad del suelo, edificaciones, préstamo hipotecario y, en general, el sistema de cobros y pagos se realice, efectivamente, y en todo caso, a nombre y por cuenta de la cooperativa o comuneros integrados en la comunidad de propietarios, sin perjuicio de la posterior adjudicación de las viviendas a sus beneficiarios, que comportará también la previa división del préstamo hipotecario.

c) Que, en ningún caso, el conjunto de los pagos que efectúe el cooperativista o comunero imputables al coste de la vivienda por ser necesarios para llevar a cabo la promoción y la individualización física y jurídica de ésta, incluyendo en su caso los honorarios de la gestión, podrá ser superior al precio máximo de venta o adjudicación de la vivienda, fijado de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia.

Se entenderán, a este respecto, por gastos necesarios los gastos de escrituración e inscripción del suelo y de la declaración de obra nueva y división horizontal, los del préstamo hipotecario, seguros de percepción de cantidades a cuenta y de amortización del crédito y otros de naturaleza análoga. No tendrán tal consideración las aportaciones al capital social, las cuotas sociales, ni las de participación en otras actividades que pueda desarrollar la cooperativa o comunidad de propietarios.

El incumplimiento de la anterior limitación, sin perjuicio de la exigencia de la responsabilidad que proceda respecto de los órganos de la cooperativa o comunidad y, en su caso, de la propia entidad gestora, será causa suficiente para interrumpir la financiación cualificada estatal, así como para la exigibilidad del reintegro de las ayudas económicas percibidas, con los intereses legales correspondientes».

26 «Artículo 3.

Las cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios, al tiempo de solicitar la financiación cualificada, deberán acreditar convenientemente ante la Comunidad Autónoma la capacidad técnica y profesional de la gestora para llevar a cabo la gestión de la promoción, pudiendo aquélla pedir, en cualquier momento, el resultado de la auditoría prevista en la legislación de cooperativas».

les aplicará la ley de cooperativas aragonesa con su régimen de forma exclusiva. En esta situación, ¿hubiera sido preferible adoptar el criterio de remitir a dicha legislación sin más?. Técnica que se está utilizando en determinados ámbitos del Derecho mercantil, por ejemplo, en materia de transportes respecto a los regímenes establecidos en los transportes internacionales. En el caso de las empresas gestoras la diferencia es que nos encontramos ante normas de Derecho público que regulan aspectos jurídico privados, por lo que es más correcto desde el punto de vista técnico-jurídico recoger el régimen en una norma iusprivatista. Por otra parte, hay que destacar que la LCA tiene rango formal de ley mientras que la norma administrativa es un decreto por lo que en el momento presente el régimen de la norma de cooperativas debe prevalecer.

III.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD.

La reforma operada en la LCA establece la responsabilidad civil de la empresa gestora. Como precedente tenemos el ya mencionado R.D. 2028/1995 en su artículo 4²⁷. Entre ambos regímenes hay similitudes pero también diferencias.

La norma administrativa es estatal, mientras que la ley de cooperativas es autonómica. Sin embargo, la primera es de aplicación plena porque el propio Real Decreto destaca que su título competencial se basa en la competencia exclusiva del Estado para la legislación mercantil y civil²⁸.

La norma administrativa regula el régimen de responsabilidad para el ámbito exclusivo de las gestiones relacionadas con la financiación cualificada. Por el contrario, la LCA determina un régimen aplicable en toda actuación del gestor relativa a la cooperativa.

Las principales características del régimen acogido en el Real Decreto son:

- Establece una responsabilidad por los daños causados a la cooperativa o a sus miembros. De ámbito limitado: solo en cuanto a las gestiones efectuadas en relación con la financiación cualificada. Es una responsabilidad con una función resarcitoria de los daños causados.
- La responsabilidad proviene de los actos contrarios a la Ley, a los respectivos contratos, y por los realizados sin la debida diligencia con la que deben desempeñar el cargo de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil o mercantil. El legislador estatal no se pronuncia en cuanto al tipo de relación que media entre las partes: lo que proceda. El criterio de imputación de la responsabilidad es el contenido en la LSC para los administradores de las sociedades de este tipo²⁹,

²⁷ «Artículo 4. Los administradores o gestores contratados por cooperativas o comunidades de propietarios, distintos de los órganos de éstas, serán responsables, en el ámbito exclusivo de las gestiones relacionadas con la financiación cualificada, de los daños que causen a la cooperativa o a la comunidad o a sus miembros, por actos contrarios a la Ley o a los respectivos contratos y por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, de conformidad con lo dispuesto en la legislación civil o mercantil».

²⁸ «Disposición adicional única.

Este Real Decreto se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.13.^a de la Constitución, salvo su artículo 4, que será de aplicación plena de acuerdo con el artículo 149.1.6.^a y 8.^a»

²⁹ Art. 236 de la LSC. No obstante hay diferencias porque en el R.D. no se mencionan las omisiones. El régimen recogido en el R.D. 2028/1995 se parece todavía más al antiguo art. 133 del TR de la LSA de 1989 «Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo».

que se ha convertido en el régimen general de responsabilidad de todo aquél que efectúa funciones de administración.

- La acción podrá ejercitarla la propia cooperativa. La asamblea general de la cooperativa es la competente para ejercitar la acción social de responsabilidad contra los miembros del consejo rector, los interventores, los liquidadores y otros órganos que pudieran existir, por tanto, contra las empresas gestoras de cooperativas (art. 27,1 letra i LCA). Pero también los propios cooperativistas podrán ejercitar esa acción para resarcirse de los daños que se les hayan causado directamente. Pensemos, por ejemplo que la documentación se presenta fuera de plazo y no se puede conseguir la financiación preferente.

El régimen recogido en este punto en la norma de cooperativas aragonesa difiere sensiblemente.

- Se proclama que son responsables de las decisiones y actuaciones que adopte o realice la cooperativa por su asesoramiento o gestión (actos de la cooperativa). La responsabilidad es por los actos, no por los daños causados a la cooperativa o a sus miembros por su asesoramiento o gestión. También responderá de las actuaciones que realice por apoderamiento conferido a su favor por la cooperativa (actos propios). En consecuencia, es una responsabilidad que proviene del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sus funciones de asesor o gestor.

- **Ámbito subjetivo.** Se amplía el perímetro de la responsabilidad puesto que es una responsabilidad frente a la cooperativa o los cooperativistas, pero también puede ser frente a terceros. En este último caso puede ser contractual (por ejemplo, frente a los profesionales con los que se contrata la obra) pero también puede ser extracontractual (si se deriva de daños causados a alguien que no está unido por una relación contractual con la cooperativa).

- El criterio por el que se le imputa la responsabilidad proviene de la expresión «mediando su asesoramiento o gestión». La base sobre la que se sustenta la responsabilidad prevista en la norma aragonesa es, que en la actuación propia o en la de la cooperativa, haya mediado su asesoramiento o gestión. Estamos tratando de una responsabilidad contractual en la que la empresa gestora no ha actuado con la debida diligencia en su gestión lo cual implica un incumplimiento contractual o un cumplimiento defectuoso.

Esto hace que debamos analizar, aunque sea de forma somera dada la encomienda efectuada en este Foro, la relación contractual que media entre cooperativa y empresa gestora. En la práctica las figuras contractuales utilizadas son variadas: arrendamiento de servicios, comisión, contrato de gestión, etc.

Como ha quedado indicado hay determinadas actuaciones y contratos que tiene que realizar la cooperativa no pudiéndolos delegar en ninguna otra persona. En concreto, hay actos que son competencia exclusiva de la Asamblea General que es la que empieza por ratificar el contrato celebrado con la empresa gestora en el momento de la constitución de la cooperativa. Lo habitual, especialmente en el momento presente de crisis económica, es que sea la empresa gestora la que busque a los socios, les procure la financiación e impulse la constitución de

la cooperativa, de la que los promotores tienen que ser socios. A ella también le corresponderá la gestión financiera, y la actuación comercial, actuando con sus departamentos técnicos. Para la adquisición del suelo necesita a la cooperativa pues es una de las actuaciones de competencia exclusiva. Esta actividad deben efectuarla de consuno ya que a ambas les interesa tener la posibilidad de acceder al mercado de vivienda protegida. Una vez que la obra está llevándose a cabo es la gestora la que va controlando los pagos aunque formalmente sean los órganos de la cooperativa los que los efectúen. Por su actividad cobra una remuneración pactada en el contrato expresamente.

Si la promoción termina en un precio inferior al inicialmente previsto, se pagan los honorarios a la gestora, y el exceso se devuelve a la cooperativa. Puede encomendársele incluso la administración posterior de la comunidad de propietarios resultante y la liquidación ulterior de la cooperativa.

Todo este conjunto de obligaciones asumidas por la empresa gestora por medio de la relación contractual nos pone de manifiesto que nos encontramos ante un contrato complejo que en algunas ocasiones se ha calificado de contrato de gestión³⁰, en otras de contrato de prestación de servicios³¹. No obstante, no hay un criterio unánime en su calificación, y la jurisprudencia acude a las normas de obligaciones y contratos y a la forma contractual que estima más acorde en el caso concreto³². La naturaleza jurídica del contrato dependerá del contenido de las prestaciones y la intervención en cada uno de estos momentos lleva implícita una diligencia exigible en su actividad de gestión. Como el estándar de diligencia se establece en función de su actividad de mediación o gestión hay que pensar que se trata de una obligación de medio y no de resultado.

De lo estudiado hasta ahora tenemos que concluir que, a efectos de la responsabilidad de la empresa gestora, no podemos establecer el régimen exclusivamente en la Ley de Cooperativas aragonesa. Además, en esta norma no sólo se recoge la responsabilidad del gestor frente a la cooperativa, que nítidamente sería de naturaleza contractual, sino que da pie para la exigencia de responsabilidad por parte de otros sujetos. Para determinar la responsabilidad de la empresa gestora tendremos que tener en cuenta las normas contenidas en la LCA pero también la LOE (que reconoce su carácter de promotora, art. 17,4 y establece la responsabilidad objetiva y solidaria de la empresa gestora), así como las normas relativas a las VPO si las viviendas así construidas tuvieran dicha calificación³³. Las normas del contrato de mandato o comisión servirían para determinar la forma de actuación frente al tercero y por tanto si es directamente responsable o no.

30 STS 29.6.1986 (RJ 1989/4793); STS 31.12.1991 (RJ 1991/ 9272).

31 STS 27 de abril de 2009 (id Cendoj 28079110012009100303).

32 LAMBEA RUEDA, A. *Cooperativas de viviendas*, Edit. Comares, Granada, 2001 p. 595 y 600.

33 A ello hay que añadir la responsabilidad administrativa. Por ejemplo, el art. 46. 4 de la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida, determina la responsabilidad de los gestores por las infracciones administrativas cuando hayan actuado en ausencia o en contra de acuerdos adoptados por los órganos de gobierno de la cooperativa o, en todo caso, sin estar habilitados para ello. Además, su condición de gestores es circunstancia que agrava la responsabilidad (art. 47, letra H).

Nos encontramos con distintos tipos de responsabilidad, con diferentes criterios de imputación, distintos plazos de prescripción, pudiendo resultar responsable solidario, subsidiario, directo, etc.

Como manifestaciones de estos distintos tipos podemos citar:

- Para los daños en la construcción, el art. 17,4 de la LOE determinará la responsabilidad objetiva –salvo que pruebe el caso fortuito, la fuerza mayor, acto de tercero o del propio perjudicado–, sin perjuicio de la responsabilidad contractual³⁴ o extracontractual, que procediera para la cual podríamos acudir al art 1591 Cc³⁵ o incluso al art. 149 del TR de la LGDCU (que será aplicable si, como se ha indicado anteriormente, calificamos al cooperativista de consumidor³⁶). La responsabilidad puede ser individualizada o solidaria con los demás agentes de la construcción.

- La responsabilidad frente a terceros. Por ejemplo, en caso de reclamación de la empresa constructora contra la gestora, encargada de la coordinación, recepción y pago como mandataria o mediadora, sin haber demandado a la cooperativa. En este supuesto la STS 5.6.1990³⁷ estima la demanda sin considerar la excepción de litis consorcio pasivo necesario. Si la relación entre la cooperativa y la gestora se califica de mandato y la actuación de la gestora afecta a terceros, dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, responden mancomunada o casi siempre solidariamente mandante (cooperativa) y mandatario (gestora)³⁸.

Llegados a este punto he de manifestar que nos encontramos con un *set* de regímenes de responsabilidad que no resulta claro ni satisfactorio, especialmente cuando es el cooperativista el afectado que no va a saber exactamente cuál es la vía correcta a elegir y cuales son las consecuencias de su elección. Tampoco para el gestor de la cooperativa el panorama se muestra muy halagüeño. Dependerá de lo que se establezca en el contrato, pero debe ser consciente que no solo se le puede exigir lo previsto en el mismo sino que tendrá que tener en cuenta las normas sectoriales que le imputan responsabilidad.

La LCA actúa como avanzadilla de lo que significa acoger una regulación de la responsabilidad de las empresas gestoras³⁹. Pero la existencia de tantas normas, de ámbito estatal y rango diferente, que convergen sobre esta figura implica que dicho régimen no resulte el exclusivamente aplicable, lo que puede llevarnos,

34 El régimen de responsabilidad de la LOE es compatible con otras pretensiones que puedan basarse en un incumplimiento contractual, con las que puedan ejercer los propietarios o terceros adquirentes por daños no cubiertos por la LOE, y por personas, distintas de los anteriores, que resulten dañados por defectos de la construcción. Así PARRA LUCÁN, M^a. A. «Comentario al art. 149 del TR LGDCU» en AAVV *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007) BERCOVTZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coor.) Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor 2009, p. 1758.

35 Acerca de la vigencia de este precepto hay controversia entre los especialistas en Derecho civil. En este sentido véase por todos ALONSO PÉREZ, M^a. T. «La protección jurídica del comprador de vivienda» AAVV LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord) *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 257 y ss.

36 Respecto a qué daños concretos son susceptibles de cubrirse por esta vía véase PARRA, op. Cit. P. 1760. (Daños personales sufridos por el ocupante, el usuario de la vivienda (incluido el invitado), los daños en bienes materiales de uso privado, molestias, gastos de traslado, etc.

37 RJ 1990/4732.

38 LEÓN ALONSO, J.R. *Comentarios al Código civil art. 1709 y ss* p.344 y ss sobre la responsabilidad extracontractual del mandatario cit. LAMBEA p. 611.

39 LAMBEA, op. Cit. P.640 se muestra a favor de que la regulación de la gestión se efectúe en las propias normas de cooperativas.

como nos está ocurriendo también en otras materias, a una situación de confusión que no es lo más apropiado para la seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA.

- ALONSO PÉREZ, M^a. T. «La protección jurídica del comprador de vivienda» AAVV LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord) *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 232-262
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. GONZÁLEZ CARRASCO, C. *Derecho de la construcción y la vivienda*, 6^a Ed. Dilex, Madrid 2008
- ESTRUCH ESTRUCH, J. *La responsabilidad en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003
- FAJARDO GARCÍA, I. G. *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos, Madrid 1997
- LAMBEA RUEDA, A. *Cooperativas de viviendas*, Edit. Comares, Granada, 2001
- PARRA LUCÁN, M^a. A. «Comentario al art. 149 del TRLGDCU» en AAVV *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. BERCOVTZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coor.) Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor 2009, p. 1758
- SANZ FOIX, A. *Cuadernos de Consumo n°22. Guía del consumidor y usuario. Cooperativas de Viviendas*, Gobierno de Aragón. Departamento de Salud y Consumo, enero 2005
- TATO PLAZA, A. «As cooperativas de viviendas e a condición de promotor na Lei 38/1999» en AAVV (BOTANA AGRA, M.J. y MILLÁN CALENTI, R.A.) *As cooperativas de viviendas no marco da Lei 5/1998 de cooperativas de Galicia*, Centro de Estudios Cooperativos (CECOOP) Universidad de Santiago de Compostela, Santiago 2007 p. 59-73.
- TEJEDOR BIELSA, J. «Régimen jurídico general de la vivienda protegida» AAVV LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord) *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 309-347