

Configuración general de la estructura orgánica de las sociedades cooperativas: referencia a los aspectos del órgano de administración que necesitan una urgente reforma

Shaping the organisational structure of cooperative societies: reference to the aspects of the organ of the administration that require urgent reform

por

ENRIQUE GADEA SOLER
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

RESUMEN: El artículo se compone de dos partes principales: en la primera, se aborda la configuración general de asamblea general, del consejo rector y de la intervención. Y en la segunda se analizan los aspectos del órgano de administración, que, a juicio del autor, necesitan de una urgente reforma, que son los relativos a la flexibilización del órgano de administración, la desconcentración de poder del presidente de la cooperativa, la profesionalización del órgano de administración y la potenciación de la función de supervisión del consejo rec-

tor. Se trata, en definitiva, de contribuir a que las cooperativas modernicen su gobernanza para que consigan una gestión más participativa y eficiente.

ABSTRACT: The article comprises two main parts: the first covers the overall composition of the general assembly, governing council and intervention board. The second contains an analysis of the governing body, which, in the author's opinion, requires urgent reform concerning its flexibilisation, dispersion of the coop chairman's power, greater professionalism and enhancement of the governing councils' oversight capacity. The idea is ultimately to contribute to modernising cooperatives' governance so that their management is more participatory and efficient.

PALABRAS CLAVE: Sociedades cooperativas. Medidas de buen gobierno. Eficiencia y participación.

KEY WORDS: Cooperative companies. Good governance measures. Efficiency and participation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LAS COOPERATIVAS: LA CONFIGURACIÓN GENERAL DE LA ASAMBLEA, DEL CONSEJO RECTOR Y DE LA INTERVENCIÓN: 1. Los órganos sociales de las sociedades cooperativas. 2. La asamblea general. 3. El consejo rector. 4. La intervención.—III. ASPECTOS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN QUE NECESITAN UNA URGENTE REFORMA: 1. SOBRE LA NECESARIA FLEXIBILIZACIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. 2. SOBRE LA CONVENIENTE DESCONCENTRACIÓN DE PODER DEL PRESIDENTE DE LA COOPERATIVA. 3. LA PROFESIONALIZACIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. 4. LA FUNCIÓN DE SUPERVISIÓN DEL CONSEJO RECTOR.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Como es en la actualidad comúnmente aceptado, las posibilidades de desarrollo de la cooperación están en función de la consideración de esta desde una perspectiva amplia, según el tipo alemán. La Ley de cooperativas alemana de 1889 (*Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften*: abreviadamente, GenG), no se fijó previamente objetivos determinados de carácter marcadamente clasista, es decir, no se preocupó tanto de suministrar un instrumento jurídico adecuado a las exigencias de ciertas economías de mercado muy débiles, como de procurar un instrumento que pudiera satisfacer también

las necesidades de los sujetos de una fuerza económica media e incluso alta. Se trata de una cooperación que se ha liberado completamente de preocupaciones de principio por lo que respecta a la estructuración de la cooperativa, dejando a los sujetos la posibilidad de utilizarla para desarrollar cualquier actividad económica licita sobre la base de una democracia rigurosamente personal, no fundada en la entidad de la participación capitalista de cada socio.

Es evidente la evolución de la función social de las cooperativas, que, si bien nacieron al soporte de un movimiento clasista, se han convertido en un instrumento técnico susceptible de ser útil a las más diversas clases sociales.

Para afrontar este reto, y que la organización cooperativa pueda ocupar un papel relevante dentro de la actividad económica, es necesario que se le proporcione un régimen legal que le permita actuar en el mercado con idénticas posibilidades que el resto de las empresas con las que debe competir. Ello exige la creación de un tipo organizativo que, en lo externo, se acerque a una organización tipo sociedad lucrativa. Como tan acertadamente se ha señalado (DIVAR, 1985, 48), estamos ante un modelo de *cooperativismo remodelado* para que las cooperativas consigan sus objetivos en un mercado de feroces rivalidades.

El sector cooperativo experimenta desde hace medio siglo una galopante evolución en el sentido de progresiva atracción al campo de aplicación del Derecho mercantil. Aun cuando desarrollada bajo el impulso de su ideología, la actividad cooperativa tiende a adoptar una forma de organización propia del empresario y ello conducirá, paradójicamente, a una progresiva sujeción de las sociedades cooperativas a las normas del *status* del empresario (así, GONDRA, 1992, 141). Conviene recordar que no es el lucro el concepto clave para hablar de mercantilidad, sino el de empresa y empresario, y para ambos basta economicidad de la gestión, es decir, el cálculo racional de costes e ingresos y que la actividad vaya dirigida al mercado, en cuanto que la actividad de empresa se proyecta como una actividad de oferta de bienes y servicios en el mercado (ALONSO UREBA, 1985, 257).

El acudir a la actividad económica desarrollada por la cooperativa como criterio de atribución de mercantilidad, a falta de un deseable reconocimiento de mercantilidad por la forma —concepto que precisamente nació en el Derecho de sociedades alemán en el marco de la GenG de 1889¹—, se ve obstaculizado por la delimitación del artículo 124 del Código de Comercio (CCom), que considera a las cooperativas como mercantiles cuando desarrolleen «actos de comercio extraños a la mutualidad»². Esta expresión, sin duda de difícil interpretación, creemos que debe entenderse referida a las actividades cooperativas de carácter principal que se desarrollan normalmente con los socios pero que pueden, y suelen en la mayoría de los casos, realizarse también con terceros. De tal forma, que habrá que considerar a la cooperativa como una sociedad mercantil cuando desarrolle una actividad mercantil o empresarial (como se deduce de la expresión «actos de comercio» que utiliza el precepto) con terce-

ros no socios, lo que por otra parte es generalizado en la práctica y permitido, dentro de ciertos límites, en nuestro ordenamiento³. Si tras la promulgación del Código de Comercio y de nuestra primera Ley de Asociaciones lo excepcional era que la cooperativa fuera mercantil⁴, y con la Ley de Cooperativas de 1942 y su Reglamento de 1943 la mercantilidad estaba excluida del tipo societario, esto fue paulatinamente cambiando. A partir de la promulgación de la Ley General de Cooperativas de 1974, primera que admiten las operaciones cooperativizadas con terceros no socios, la legislación ha sido cada vez más proclive a aumentar los porcentajes autorizados para este tipo de operaciones, tanto en la leyes estatales (LGC 1987 y LCOOP de 1999) como, sobre todo, en las autonómicas, admitiendo mayores márgenes para el reparto de retornos/beneficios entre los socios.

Es evidente que el criterio material utilizado por el CCom no es el adecuado y crea una indudable situación de inseguridad jurídica y poca coherencia sistemática, porque solo el carácter mercantil de la sociedad cooperativa explica la aplicación a este tipo social de manera generalizada, y no solamente a las que desarrollen una actividad cooperativizada con terceros, del estatuto del empresario o la admisión de mutaciones estructurales heterogéneas (transformaciones en sociedades de capital, fusión con sociedades de capital, etc.). Como ya es comúnmente aceptado, la mercantilidad de un sujeto debe depender de la forma, del método o de la manera en que realiza su actividad económica. En este momento, en el que, como se ha señalado, el centro de gravedad del sistema se ha desplazado del acto a la organización, nuestro Derecho debe liberarse definitivamente de todo problema de finalidad del acto para colocar el asunto de la mercantilidad (que, en realidad, significa aplicación de un estatuto concreto) sobre el dato objetivo y tangible de la organización en forma mercantil (GIRÓN, 1984, 802). Por todo ello, si la explotación de aquellas actividades se hace en relación con el mercado, en forma habitual, organizada sobre la base de un cálculo racional de costes e ingresos y, en definitiva, disponiendo de una empresa y utilizando los métodos mercantiles, no cabe duda de que el sujeto que la realiza debe ser considerado empresario mercantil y someterse al estatuto propio de estos (BROSETA, 1965, 283). Estas notas características las encontramos en la estructura organizativa y en los métodos de las sociedades cooperativas, lo que nos permite concluir que estas debieron, y deben, ser consideradas como sociedades mercantiles de naturaleza especial (se reconoce la mercantilidad de las sociedades cooperativas en el Anteproyecto de Código Mercantil, aprobado el 30 de mayo de 2014: así, art. 211-1, letra f). Además, aunque el CCom siga supeditando la aplicación de sus normas a si la sociedad se dedica o no a «actos de comercio extraños a la mutualidad», la progresiva liberalización de las operaciones de la cooperativa con terceros es una realidad incuestionable, que permitiría defender la mercantilidad de las cooperativas incluso *ex artículo* 124 CCom.

Desde el punto de vista práctico, esa falta de atribución del carácter mercantil a las sociedades cooperativas, junto a la organización territorial del Estado creada por la Constitución Española de 1978 (CE), explican el *despropósito legislativo* en materia de cooperativas, es decir, la pluralidad de leyes de cooperativas existente en nuestro país (casi una por Comunidad Autónoma, además de la Ley estatal de 1999: en lo sucesivo LCOOP), que tanto dificulta la adecuada delimitación del tipo societario⁵. De hecho, puede decirse que, en realidad y a diferencia de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada, no existe una configuración unitaria del tipo societario cooperativo (ARROYO, 1992, 13).

II. LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LAS COOPERATIVAS: LA CONFIGURACIÓN GENERAL DE LA ASAMBLEA, DEL CONSEJO RECTOR Y DE LA INTERVENCIÓN

1. LOS ÓRGANOS SOCIALES DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

La pluralidad legislativa dificulta además la realización de estudios generales sobre materias concretas. Sin embargo, a pesar de ello, vamos a partir de lo previsto en la LCOOP que, a diferencia de la norma anterior de 1987, dedica un artículo —el 19— a enumerar los órganos de la sociedad cooperativa para referirnos a su configuración general, sin perjuicio de que realicemos referencias concretas a otras normas cuando sea necesario.

En la LCOOP, como en la mayoría de las leyes autonómicas, la estructura orgánica de este tipo societario se sustenta en torno a un órgano deliberante: la asamblea general, un órgano de administración: el consejo rector (o un administrador único en las cooperativas de menos de diez socios) y un órgano de fiscalización interna de la actuación del órgano de administración: la intervención, sin perjuicio de que los estatutos puedan prever la existencia de un comité de recursos y de otras instancias de carácter consultivo o asesor (el consejo social), siempre que sus funciones no se confundan con las propias de los órganos sociales (SACRISTÁN BERGIA, 2005, pp. 165 y sigs.).

Tras una primera aproximación al estudio de la estructura orgánica de las sociedades cooperativas y lectura detenida de su régimen jurídico (arts. 19-44 LCOOP), lo que más sorprende es el escaso margen que se concede a la autonomía privada, la poca flexibilidad para la configuración estatutaria de los órganos sociales y el gran paralelismo que guarda su régimen respecto a la Sociedad Anónima (al que se remite expresamente en materia de responsabilidad de administradores), aparte de la imposición de la Intervención, órgano de control inexistente en otros tipos societarios. La sensación de exceso de reglamentación legislativa se acentúa sobremanera cuando se analiza la composición del con-

sejo rector y el número de cargos que con carácter imperativo impone la Ley: presidente, vicepresidente y secretario.

Un gran número de estas previsiones legales, como buena parte de la LCOOP, tienen sentido en cooperativas de gran tamaño, que es el tipo de empresa en la que parece estar pensando el legislador cooperativo, sin tener en cuenta, en muchas ocasiones, el proceso de expansión del fenómeno cooperativo a PYMEs e incluso a las microempresas, impulsado de manera particular por las CCAA en los últimos años con normas *ad hoc*⁶. El problema de fondo es que existe un único tipo societario para toda clase de cooperativa, por lo que entendemos que la clave para resolver ese problema pasa por aprobar una regulación flexible.

Este esquema orgánico, estructurado en su ámbito de administración en torno a la existencia de un órgano colegiado básicamente encargado de la gestión social (consejo rector) y un órgano de control de dicha gestión (Intervención), parece conducir a las cooperativas al clásico modelo dualista del Derecho de sociedades alemán frente al monista clásico de nuestro ordenamiento de sociedades mercantiles. El problema es que con la regulación que se atribuye a este órgano tanto en la LCOOP como en la mayor parte de leyes autonómicas, no tiene apenas utilidad y su función de control es, en la mayoría de los casos, testimonial (firma de las cuentas anuales), por lo que es difícil la calificación sistemática de las cooperativas entre los sistemas dualistas de la administración social.

Desde un punto de vista de *lege ferenda* se plantea cuál es el camino que debe seguir el legislador en el diseño de la estructura orgánica de las sociedades cooperativas. Aunque existen formulas intermedias, el debate lo podemos centrar en dos alternativas: potenciar las funciones del órgano de intervención en cuanto al control del consejo rector y desarrollar realmente la dualidad orgánica de la estructura de la administración (sistema dualista); o alinearse con el criterio vigente en nuestro Derecho de sociedades mercantiles y prescindir de la intervención como órgano obligatorio (sistema monista). Aunque la historia y la tradición cooperativa presionan para el mantenimiento del órgano de intervención, con su configuración actual, es decir, compuesto principalmente por socios sin la debida formación, no retribuidos, que suelen ser elegidos por la asamblea general al mismo tiempo y por el mismo tiempo que a los consejeros, por lo que es fácil que pertenezcan al mismo grupo de socios mayoritario, y con las escasas funciones y poderes que la ley le otorga para realizar una verdadera intervención en caso de detectar irregularidades en la gestión, no cabe duda que con ese diseño de poco suele servir como control de la tarea de los administradores. Y que esa escasa utilidad se manifiesta casi nula en microcooperativas donde este cargo suele ser ocupado por un socio sin más criterio que el reparto de cargo entre los pocos miembros de la sociedad y donde este órgano se percibe más como una carga que otra cosa.

No obstante, el órgano de intervención no es *per se* inútil, sino que está mal configurado y se ha generalizado en exceso. En el marco de la gran cooperativa a este órgano se le pueden atribuir funciones reales de control y supervisión del ejercicio de la gestión social, e incluso con un importante papel en la designación y nombramientos de cargos, con lo que tendría pleno sentido recuperar el nominalismo utilizado por la Ley de Cooperativas de 1942 e inspirado en la GenG alemana de 1889 y pasar a denominarlo *Consejo de Vigilancia*. Para las cooperativas de pequeña dimensión, tomando el criterio que sea —menos de un número de socios, las que puedan presentar balance abreviado, las de una determinada clase, la de un determinado capital social, etc.— podría prescindirse de la obligatoriedad de este órgano, entre otros aspectos, para no agravar su estatuto respecto al de otras sociedades de parecida tipología (sociedades laborales, SRL, etc.). Esta es la opción tomada por el legislador vasco, que impone la configuración del órgano de control (que denomina *Comisión de Vigilancia*) solo para cooperativas de más de cien socios (art. 50.1, 2.^º LCPV).

La otra opción es prescindir totalmente de esta figura, tanto en grandes como en pequeñas cooperativas, como hizo la LCCV, y que parece ser la tendencia arraigada en las últimas leyes cooperativas autonómicas y dejar al campo de la autorregulación la implantación de mecanismo de control de la gestión social (creación de comisiones supervisoras, elaboración de informe anual de gobierno corporativo, creación de página web institucional, obligación de facilitar informaciones adicionales, etc.). Esta, sin duda, es la solución más acorde con el criterio predominante en la normativa mercantil de sociedades, lo que facilitaría la posible introducción de las mejoras ensayadas en ese ámbito en el sector cooperativo.

Incluso estas dos soluciones no son excluyentes, como lo demuestra su coexistencia en la mayoría de los países de nuestro entorno para la sociedad anónima (Italia, Francia, etc.) y en el Reglamento de la Sociedad Cooperativa Europea, que permite a la SCE elegir «bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), bien un órgano de administración (sistema monista)» (art. 36, letra b] RSCE). El capítulo III de la Ley 3/2011, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España, contempla el desarrollo del sistema dual, que no es el propio de la legislación española, para las SCE españolas que elijan este modelo de administración.

El debate entre estos dos modelos de administración está en la base de una discusión de gran calado, conocida por todos, de cómo debe ser el buen *gobierno corporativo* de las sociedades anónimas, particularmente las que cotizan en Bolsa (*corporate governance* en terminología inglesa en la que tiene su origen) y que ha generado desde hace años un importante movimiento de reforma de sus órganos sociales y estructura de poder que ha tenido en los últimos años manifestaciones de muy distinto signo.

2. LA ASAMBLEA GENERAL

La asamblea general es una reunión de socios previamente convocada al efecto, que decide por mayoría los asuntos propios de su competencia incluidos en el orden del día y cuyos acuerdos son vinculantes para todos los socios de la cooperativa (art. 20 LCOOP y concordantes autonómicos)⁷, incluso los no asistentes y disidentes⁸ a menos que se declare su suspensión o invalidez⁹.

A través de los acuerdos de la asamblea general se configura la voluntad social, que en el marco establecido en la Ley y los estatutos vincula al órgano de administración.

En consecuencia, podemos señalar como elementos definidores de la asamblea general: que se trata de un órgano necesario de la cooperativa, configurado como una reunión de socios de carácter temporal, que actúa previa convocatoria y que adopta acuerdos vinculantes en las materias de su competencia por las mayorías previstas en la Ley y en los estatutos.

En relación con el órgano deliberante, el tema central es la cuestión del límite del poder de decisión de este órgano. En ese sentido, debe destacarse que con la vigente LCOOP se pone fin al criticado modelo de gestión «asamblearia» de la cooperativa diseñado por el artículo 43.1 de la LGC de 1987, que señalaba que: «todos los asuntos propios de la cooperativa, aunque sean de la competencia de los otros órganos sociales, podrán ser objeto de debate y acuerdo de la asamblea general» (no obstante, un estudio de este precepto en el que se realiza una interpretación correctora puede verse en PAZ CANALEJO, 1990, 329-332).

El artículo 21.1 de la LCOOP establece que: «La asamblea general fijará la política general de la cooperativa y podrá debatir sobre cualquier otro asunto de interés para la misma siempre que conste en el orden del día, pero únicamente podrá tomar acuerdos obligatorios en materias que esta Ley no considere competencia exclusiva de otro órgano social». Si bien: «No obstante lo anterior, y salvo disposición contraria de los estatutos, la asamblea general podrá impartir instrucciones al consejo rector o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos». Además en el párrafo 2.º (ap. j) detalla los asuntos que son competencia exclusiva de la asamblea general y en esa lista se incluyen «los derivados de una norma... estatutaria».

De ese modo, analizado el precepto, deducimos que, al igual que la LSRL de 1995 y a diferencia de la Ley vasca de cooperativas que establece un reparto competencial con carácter imperativo (arts. 31.3 y 4 y 40.1), la LCOOP sigue el modelo flexible de la sociedad de responsabilidad limitada alemana, que reconoce expresamente a los socios una amplia posibilidad de influir en la administración.

El legislador ha considerado que la sociedad cooperativa regulada por la LCOOP debe ser un tipo societario en el que el marco estatutario debe permitir

una mayor capacidad de modulación de la presencia de los socios en las decisiones sociales en función de las particulares necesidades que cada sociedad pretende atender o encauzar (esta idea en relación con las sociedades de responsabilidad limitada es recogida por IGLESIAS PRADA, 1994,186).

En efecto, de lo establecido en el artículo 21.1 y 2 (ap. j) se deduce que los estatutos pueden configurar distintos modelos de relación de competencia en materia de gestión (ESTEBAN VELASCO, 1997, 713):

1. Se puede fijar un modelo plenamente corporativo, que potencie y garantice la autonomía de los administradores, eliminando expresamente el poder de instrucción de la asamblea general y las reservas de autorización de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión en favor del citado órgano;
2. O un modelo personalista e intervencionista en favor de los socios (órgano administrativo de carácter más propiamente ejecutivo), incluyendo amplias reservas estatutarias de autorización de medidas de gestión en favor de la asamblea general (medidas limitativas y de control) y utilizando el poder de instrucción (medidas impulsivas).
3. O modelos intermedios basados en un equilibrio adaptado a las circunstancias de la empresa.

En relación con esta cuestión, el problema es determinar el margen de autonomía de los estatutos para ampliar la competencia de la asamblea general, limitando las facultades de los administradores en relación con asuntos de gestión. Aunque partiendo de posiciones muy favorables a la plena autonomía estatutaria y a la supremacía de la asamblea podría entenderse que, excluidas las facultades imperativamente atribuidas al órgano de administración (representación de la sociedad, formulación de las cuentas anuales, convocatoria de la asamblea ... etc.), todas las demás facultades de gestión de la empresa podrían otorgarse por vía estatutaria a la asamblea general, de forma que los administradores se convirtieran en meros ejecutores de los actos decididos por los socios, nos parece que no puede irse tan lejos.

Coincidimos con ESTEBAN VELASCO (1997, 399-400) en que más bien hay que interpretar que la competencia de la junta (en este caso de la asamblea) en materia de gestión no puede ampliarse hasta llegar a vaciar absolutamente de contenido la posición y la función legal de los administradores. En otros términos, los poderes de intervención solo podrán referirse a asuntos concretos de especial importancia: actos o categorías de actos que se refieran a la estructura financiera de la empresa o que pertenezcan a la llamada administración extraordinaria. Incluso se puede pensar en ocasionales instrucciones sobre asuntos ordinarios, pero nunca injerencias que por su frecuencia o intensidad anulen la posición de los administradores con un mínimo de competencia gestora autónoma.

En cualquier caso, para una adecuada delimitación, sería conveniente la determinación en los estatutos sociales de cuáles son los asuntos y acuerdos sobre los que la asamblea general puede impartir instrucciones o someterlos a su autorización. Consideramos que ésa es la manera adecuada de actuar y que permite a cada cooperativa la elección del modelo organizativo que más se ajuste a sus intereses.

La justificación de esa atribución se encuentra en la necesidad de que exista una instancia que pueda ser identificada como garante y responsable de una correcta y ordenada gestión. Es más, respecto a la posible responsabilidad de los miembros del consejo rector por la ejecución de las instrucciones o acuerdos tomados por la asamblea general, el artículo 236 LSC, aplicable también a las sociedades cooperativas por la remisión expresa que hace el artículo 43 LCOOP, es claro: en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general (léase asamblea general). Por ello, los miembros del consejo rector solo podrán librarse de dicha responsabilidad si se niegan u oponen a su ejecución (PAZ CANALEJO, 1990, 330).

3. EL CONSEJO RECTOR

El diseño del órgano de administración de las cooperativas está inspirado en modelo de las sociedades de capital (fundamentalmente, en la sociedad anónima) y teniendo muy presente las recomendaciones del Informe Olivencia sobre el Gobierno de las Sociedades Cotizadas (1998). Esto se pone de manifiesto en aspectos tan relevantes como las funciones de supervisión que se le otorgan al consejo rector, la posibilidad de retribuir a los administradores, la posible existencia de consejeros no socios o el régimen de responsabilidad, para el que se establece una remisión expresa al previsto en la LSA (art. 43 LCOOP).

Sin embargo, desde la entrada en vigor de la LCOOP se han producido varias reformas en el marco de la estructura orgánica de las sociedades anónimas por el impulso del movimiento del gobierno corporativo, motivado esencialmente, de un lado, por la necesidad de las grandes sociedades de acudir al ahorro público, que hace precisa una regulación tuitiva del inversor que adquiere o va a adquirir la condición de accionista, y de otro, porque se considera conveniente conceder a estas grandes sociedades un cierto margen para la autorregulación del funcionamiento de la organización societaria, en cuya cúspide se encuentran los administradores (SÁNCHEZ CALERO, 2007, 740). Precisamente el núcleo duro del gobierno corporativo se centra en la revisión del papel que dentro de la estructura orgánica le corresponde al Consejo de Administración, su misión, su composición y, en particular, la incorporación de consejeros externos e independientes, los sistemas de remuneración de los consejeros y estructuración del

Consejo en comisiones de consulta y control, junto a las exigencias derivadas de los deberes de diligencia y lealtad con las consecuencias de todas estas novedades organizativas y funcionales en del régimen de responsabilidad de los administradores.

No obstante esta aproximación legal, en la práctica siguen existiendo notables diferencias del modelo cooperativo con el modelo de las sociedades de capital y, por ello, cuando se han intentado trasladar los avances del gobierno corporativo a las cooperativas se choca con una realidad distinta de la que solo quedan fuera las grandes cooperativas y los grupos cooperativos¹⁰. Todo lo anterior, hace aconsejable plantearse desde las peculiaridades de la cooperativa, la necesidad de introducir normas que se orienten hacia mejorar su gestión, sin que quepa según entendemos, limitarse a seguir el modelo pensado para las sociedades anónimas cotizadas. Pero la modernización y mejora de consejo rector es absolutamente necesaria, y con esta idea abordaremos en el apartado siguiente el estudio de las distintas caras que presenta este poliedrico órgano de la cooperativa, reseñando cuando sea conveniente, las recomendaciones hechas en sede del buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas y las importantes novedades de la LSC que incorpora de la Ley para la Mejora del Gobierno Corporativo.

En relación con el órgano de administración, y, en particular, con el consejo rector, la LCOOP —en el artículo 32.1— señala que es órgano colegiado de gobierno «al que corresponde, al menos, la alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la sociedad cooperativa, con sujeción a la Ley, a los estatutos y a la política general fijada por la asamblea general». Y le atribuye, al igual que la Ley vasca, competencia residual sobre todas aquellas facultades no reservadas por Ley o por los estatutos a otros órganos sociales.

Sin embargo, esta coincidencia no nos debe llevar a pensar que la estructura organizativa definida en la LCOOP y en la Ley vasca es similar. Los modelos seguidos por ambas normas son muy distintos: LCOOP admite que los socios puedan participar en la gestión de la empresa, mientras la Ley vasca atribuye la gestión de la cooperativa en exclusiva a los administradores (art. 40.1).

Este hecho pone de manifiesto las diferencias existentes en una y en otra norma. La estructura organizativa de las cooperativas reguladas por la Ley vasca está legalmente fijada y no puede ser alterada por la voluntad de los socios, a diferencia de la de las cooperativas reguladas por la LCOOP en que la organización está en gran medida a disposición de los socios, de forma que pueden por sí mismos determinar el destino de la sociedad y de la actividad empresarial desarrollada en forma societaria.

Esas diferencias estructurales denotan una diferente configuración tipológica. En efecto, la normativa vasca, influenciada por las cooperativas industriales existentes en su territorio y, en particular, por la Corporación de Mondragón, diseña un modelo de gestión ágil y eficiente, e imprescindible para la empresa

de cierta dimensión (GADEA, 2000, II, 46). En realidad, sigue las autorizadas voces que en nuestra doctrina (GARRIGUES/URÍA, 1976, 29-30) destacan las consecuencias negativas que en la práctica ha tenido la intervención de la junta en los asuntos de pura gestión) han manifestado, en el ámbito de las sociedades anónimas, su postura crítica frente a la posibilidad de influencia de los socios en la administración, por considerar que la creciente complejidad y tecnificación del mundo empresarial exige una gestión profesionalizada, más ágil y eficaz que garantice la capacidad operativa de la empresa. Por el contrario, la LCOOP regula un modelo flexible, dado que los estatutos pueden diseñar un modelo similar al descrito o bien otro pensado para empresas pequeñas o medianas, gestionadas por los propios socios, en ocasiones con la intervención de terceros, aunque reservándose siempre los titulares de la empresa algún tipo de influencia sobre los administradores. Paradójicamente, una de las medidas novedosas introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno, con el objeto de reforzar el papel de la junta general y abrir cauces para fomentar la participación del accionariado, es la de extender expresamente la posibilidad de la junta de impartir instrucciones en materia de gestión a todas las sociedades de capital, manteniendo, no obstante, la previsión de que los estatutos puedan limitarla (art. 161 LSC). Concretamente, el artículo 161 de la LSC (intervención de la junta general en asuntos de gestión) dispone que: «Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234».

En lo que sí existe coincidencia es en la ilimitabilidad del poder de representación de los administradores, ya que también la LCOOP —en el artículo 32.1, al igual que la Ley vasca en el artículo 40.2— establece que «en todo caso, las facultades representativas del consejo rector se extienden a todos los actos relacionados con la actividades que integren el objeto social de la cooperativa, sin que surjan efecto frente a terceros las limitaciones que en cuanto a ellos pudieran contener los estatutos». Por tanto, el ámbito de actuación de la asamblea general se reduce a la esfera interna de la sociedad; mientras el consejo rector es el encargado de la administración y representación de la cooperativa y, por ello, independientemente de que la asamblea general pueda acordar que se hagan o no determinadas actuaciones, la directa realización de las operaciones del tráfico corresponde a los administradores. Solo a efectos internos los socios pueden adoptar el acuerdo de limitar cuantitativamente la competencia de los administradores, requiriendo su autorización para realizar determinadas operaciones. Pero, esas limitaciones, igual que las instrucciones vinculan a los administradores con la sociedad, no limitan sus competencias frente a terceros, de manera que si incumplieran sus instrucciones, la operación frente a terceros de

buena fe sería válida, si bien la sociedad podría exigirles responsabilidades por haber incumplido los acuerdos de la asamblea general (GADEA, 2000, II, 179).

Sin embargo, se echa de menos la mención en la LCOOP de lo qué sucede si el presidente o los administradores realizan actos con terceros no comprendidos en el objeto social, mención que es una constante tanto en la legislación de sociedades de capital (art. 234.2 LSC) como en algunas de cooperativas (art. 40.2 LCPV, art. 57.4, 2.^º LCCLM, art. 43.4, 2.^º LCCAN). La solución, por identidad de situación, es la aplicación analógica de la LSC: la sociedad quedará obligada frente al tercero que haya obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando de desprenda de los estatutos inscritos en el Registro que el acto no está comprendido en el objeto social.

Esta es la línea seguida por el RSCE, cuyo Estatuto declara en el apartado segundo del artículo 47, que la SCE quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por su órganos, aun cuando tales actos no se correspondan con el objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos constituyan una extralimitación de los poderes que la legislación del Estado miembro confiere o permite conferir a dichos órgano. No obstante, sigue señalando el precepto, «los Estados miembros podrán establecer que la SCE no quede obligada cuando tales actos sobrepasen los límites del objeto social, si esta prueba que el tercero sabía que el acto sobrepasaba dicho objeto o, habida cuenta de las circunstancias, no podía ignorarlo, quedando entendido que la publicación de los estatutos no constituirá, por sí sola una prueba». Por último, en el apartado 3, de dicho artículo 47, declara que «las limitaciones a los poderes de los órganos de la SCE resultantes de los estatutos o de una decisión de los órganos competentes no se podrán oponer en ningún caso frente a terceros, aunque se hayan publicado».

La cooperativa quedará, por tanto, vinculada con el tercero por las actuaciones del órgano de administración que excedan el objeto social y ello sin perjuicio de la posible responsabilidad de los administradores frente a la sociedad por el perjuicio que pueda generar su actuación y de la posible nulidad de lo actuado por la mala fe de los terceros.

El tema de la extralimitación del administrador por la realización de actos que no están comprendidos en el objeto social ni autorizados por los estatutos o la asamblea es de gran importancia práctica y ha generado, en sede de las sociedades de capital, un buen número de resoluciones de la DGRN (entre otras: las de 11 de marzo de 1992; 13, 14 y 15 de octubre de 1992; 12 de julio de 1993; 12 y 15 de mayo de 1994; 3 de octubre de 1994; 25 de abril de 1997; y 17 de noviembre de 1998) que intentan concretar cuándo el administrador se extralimita en su actuación y las consecuencias jurídicas de realizar actos fuera del objeto social. Aunque es difícil saber cuándo se produce esta extralimitación, y habrá que ir caso por caso y de ahí la importancia de precisar estatutariamente la amplitud del objeto social, se puede afirmar que cuando los actos realizados son contrarios al objeto social es más difícil que los terceros

puedan alegar buena fe (según la RDGRN de 12 de mayo de 1994, la nulidad del acto por extralimitación del administrador solo se dará si la sociedad prueba los dos requisitos de mala fe y culpa grave de terceros de los que habla el artículo 234.2 LSC, aplicable analógicamente a las sociedades cooperativas). En sede cooperativa, los socios no deben tener respecto a los actos y negocios propios de la cooperativa la consideración de terceros de buena fe, ya que les es exigible un conocimiento del contenido de la actividad cooperativizada y las limitaciones estatutarias de las facultades representativas del consejo rector y los contornos del objeto social.

4. LA INTERVENCIÓN

En España, la LCOOP, al configurar el diseño de la estructura orgánica de las sociedades cooperativas, ha impuesto de manera obligatoria el órgano de Intervención, tendencia que es seguida por la mayoría de las leyes autonómicas, con las siguientes matizaciones: en la LCCAT se exime de intervención a las cooperativas de tres socios (artículo. 51); la Ley valenciana no establece la intervención dentro de los órganos sociales. La LCPV no se refiere al órgano de intervención, sino a la Comisión de Vigilancia, como órgano de fiscalización o control para cooperativas de gran dimensión: no será obligatoria cuando el número de socios resulte inferior a cien (art. 50.1).

Sin embargo, las leyes cooperativas autonómicas más recientes, siguiendo la tendencia iniciada por la Ley valenciana, han optado por prescindir del carácter obligatorio de esta institución. La LCCLM establece que los estatutos sociales podrán prever la designación de una comisión de intervención o de control de la gestión (art. 72). En la LCAND la intervención de ser un órgano obligatorio ha pasado a ser potestativo. Es más, solo pueden regularla cooperativas de más de diez socios (art. 44). En la Exposición de Motivos de la nueva Ley de cooperativas andaluza se hace referencia al cambio y se recoge su justificación, al precisar: «Otra novedad destacable del texto es la supresión, con el carácter de obligatoria, de una figura histórica del derecho cooperativo cual es la de los interventores. La aproximación progresiva al derecho general de sociedades y en especial la asunción de la auditoría externa —que la presente ley extiende a más supuestos de los contemplados convencionalmente para las sociedades cooperativas— convierten a este órgano en algo superfluo e incluso extravagante. Además, el carácter altamente especializado de las tareas de fiscalización económica y contable que se les asignaban no se corresponde, en la gran mayoría de los casos, con la preparación de las personas elegidas para su ejercicio; preparación que, por otra parte, y esto es lo relevante, no se requiere para alcanzar un perfil ajustado de excelencia empresarial. Con todo, coherente con su carácter autonomista, la ley permite su asunción estatutaria por aquellas

sociedades cooperativas de cierta envergadura que la consideren operativa y cuenten con personas adecuadas para su ejercicio».

Por su parte, la LCCAN permite la sustitución del órgano de intervención por un sistema de censura de cuentas ejercitado por profesionales independientes (auditoría externa de las cuentas anuales: art. 77). Por tanto, la Intervención es el órgano de fiscalización al que corresponde el control interno de la contabilidad de la sociedad únicamente cuando la cooperativa no se someta a auditoría de cuentas externa. Llegado este punto, los términos del debate en Cantabria se desplazan a si no debería prescindirse de la obligatoriedad de la auditoría externa por el mero hecho de no contemplar en los estatutos la existencia del órgano de intervención; entre otros aspectos, para no gravar a las sociedades cooperativas frente a otras de parecida tipología, como las sociedades laborales o las SRL. La reivindicación del sector en este punto parece razonable, por lo, según nuestro criterio, debería valorarse nuevamente la eliminación de esa obligación en defecto de órgano de intervención en una futura reforma del texto legal.

El legislador estatal no ha sido consciente de la carga que supone la imposición de este órgano para pequeñas e incluso medianas cooperativas, y, al mismo tiempo, tampoco ha dotado a este órgano de las necesarias funciones y atribuciones para que realmente opere como un órgano fiscalizador de la gestión social. Por ello, a pesar de que, aparentemente, en la estructuración orgánica de las cooperativas pudiera verse un ejemplo de modelo dualista, excepcional en nuestro Derecho de sociedades, en realidad esto no sucede, entre otras cosas, por lo mal perfilado que está dicho órgano en la Ley. En la práctica, no pocas veces, el órgano de intervención compuesto principalmente por socios sin la debida formación (en el mejor de los casos, solo un tercio de los interventores podrán ser expertos independientes: art. 38.3 LCOOP), elegidos por la asamblea general al mismo tiempo y por el mismo tiempo que a los consejeros, por lo que es fácil que pertenezcan al mismo grupo de socios mayoritario, se limita a cumplir con el trámite con la redacción de un breve escrito en el que se dice que «los interventores han examinado las cuentas anuales y han procedido a la consulta de la documentación de la cooperativa, su contenido resulta conforme a las disposiciones legales, y, en su caso, recomiendan la aprobación de las cuentas en la asamblea general».

III. ASPECTOS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN QUE NECESITAN UNA URGENTE REFORMA

Como ha quedado señalado, en las siguientes páginas vamos a referirnos a aquellos aspectos que, a nuestro juicio, deben ser abordados en nuestra legislación de cooperativas para garantizar el adecuado funcionamiento del órgano de administración. Para fundamentar nuestro estudio tomaremos en consideración

algunas de las recomendaciones contenidas en los informes realizados sobre Buen Gobierno Corporativo (Informe Olivencia de 1998, Informe Aldama de 2003 y el Código Unificado del Buen Gobierno Corporativo de 2006 (CUBGC), con una clara repercusión legislativa en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la Mejora del Gobierno Corporativo (LMGC) y el más reciente Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, aprobado en febrero de 2015, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores). En el contexto internacional, cabe destacar los informes Winter (2002), Cadbury (1992), Principios del American Law Institute'94, Principios de la OCDE (1999), o la Recomendación de 2003 de la Comisión Europea para la Modernización del Derecho Societario y Mejora del Gobierno Societario de la UE.

El objetivo final de las normas de Mejora del Buen Gobierno Corporativo es velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas, para conducirlas a las máximas cotas de competitividad; generar confianza y transparencia para con los socios e inversores; mejorar el control interno; y asegurar la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades, desde una perspectiva de máxima profesionalidad y rigor.

El problema que se presenta en este ámbito es que el modelo empresarial cooperativo es versátil y flexible, de manera que puede adaptarse a casi cualquier sector de la actividad económica y adoptar la forma tanto de empresas pequeñas, restringidas al ámbito local, como de grandes conglomerados multinacionales. Siendo ello así, y existiendo únicamente un único tipo societario para desarrollar el modelo empresarial cooperativo, la clave para atender las necesidades de cada empresa cooperativa es la flexibilidad.

Como ha señalado PAULINE GREEN, presidenta de la Alianza Cooperativa Internacional, en el Prólogo del documento; «La gobernanza cooperativa apta para construir resiliencia frente a la complejidad» (ACI, 2015): «La gobernanza es un componente clave de la diferencia cooperativa. Los principios y valores cooperativos apelan a un proceso de toma de decisiones abierto, voluntario y democrático, y la gobernanza cooperativa es un instrumento esencial para la aplicación de esos principios y valores. En una economía mundial cada vez más regulada, compleja e interdependiente y en la que las presiones del mercado son cada vez más fuertes se requiere de una referencia actualizada sobre los postulados básicos de la gobernanza cooperativa».

No obstante, siendo ello así, y aunque la mayor parte de la problemática que plantean los Códigos de gobierno corporativo se centra en la sociedad anónima cotizada, no lo es menos que algunos de los temas que se plantean no son exclusivos de esa realidad societaria, sino que resultan plenamente vigentes para otros tipos societarios donde se presenta la misma problemática vinculada con el abuso de poder, la falta de controles, la falta de transparencia o la endogamia orgánica.

1. SOBRE LA NECESARIA FLEXIBILIZACIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

En la configuración del órgano de administración de las cooperativas se impone el Consejo Rector como forma natural de administración, siendo solo posible optar por la figura del administrador único en las cooperativas de pocos socios. Así, en la LCOOP, y en algunas leyes cooperativas autonómicas, se establece que es posible optar estatutariamente por la figura del administrador único en aquellas cooperativas «cuyo número de socios sea inferior a diez» (art. 32, 2.^º LCCOOP y alguna ley autonómica: art. 37.2.4.^º LFCN).

Según nuestro criterio, esta opción legislativa de atribución genérica de la administración de la cooperativa al el Consejo Rector resulta criticable e impide adecuar la estructura de cada cooperativa a su dimensión real y a la voluntad de los socios. Imaginemos, por ejemplo, una cooperativa de cuatro socios que, por las razones que sea (no está previsto en los estatutos, hay cierta confrontación entre los socios, etc.), no quiere nombrar un administrador único: en muchos casos, se encontrará con la necesidad de constituir un consejo rector, en el que uno de los socios ocupará el cargo de presidente del Consejo, otro el de vicepresidente, otro el de secretario y el cuarto tendrá que ser obligatoriamente interventor. No tiene sentido tener que optar por una estructura tan compleja para una cooperativa de reducidas dimensiones. A nuestro juicio, es evidente la necesidad de un modelo normativo con mayores concesiones a la autorregulación (así también: VARGAS VASSEROT, 2009, 59 y sigs.).

Según nuestro criterio, lo adecuado es abrir la estructura de la administración a la libertad de configuración estatutaria, dependiendo no de aspectos meramente formales como el número de socios, sino de la voluntad de los socios.

En este proceso de flexibilización del órgano de administración a las necesidades reales de las cooperativas dio un paso importante la Ley 8/2006, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura, al establecer que «los estatutos determinarán el modo de organizar la administración y ejercer la representación de la sociedad, pudiendo establecer distintos modos, en cuyo caso corresponderá a la Asamblea General la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos, sin necesidad de modificación estatutaria, pero elevando el acuerdo a escritura pública e inscribiéndolo en el Registro de Sociedades Cooperativas de Extremadura» (art. 9.2 LCEEX). Esta fórmula sigue el sistema previsto para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 210.3 de la LSC), ofreciendo la posibilidad de optar por un administrador único, por varios administradores solidarios, por varios administradores conjuntos o por un consejo rector (art. 9.1 LCEEX), de manera que permite a cada cooperativa optar por la formula de configuración del sistema de administración que mejor se ajuste a su realidad. De manera similar, la Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi establece que el órgano de administración para este subtipo de cooperativa de trabajo asociado de pequeña dimensión, puede ser

unipersonal —persona administradora única—, pluripersonal —personas administradoras solidarias o mancomunadas— o colegiado —consejo rector (art. 5).

Consideramos que esta opción legislativa es la debería extenderse en la legislación cooperativa, como han hecho recientemente algunas leyes de cooperativas como la Ley asturiana (Ley del Principado de Asturias 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas) o la Ley de Castilla-La Mancha (Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha), que admiten la posibilidad de elegir administración única, solidaria, mancomunadas o consejo rector, independientemente del número de socios que tenga la cooperativa. E incluso que los estatutos sociales puedan establecer distintos modos de organizar la administración, atribuyendo a la asamblea general la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria (art. 59 y 55, respectivamente). Recordemos que la LSC, establece que «los estatutos podrán establecer distintos modos de organizar la administración, atribuyendo a la Junta General la facultad de optar alternativamente por cualquier de ellos, sin necesidad de modificación estatutaria» (art. 210.3), teniendo, eso sí, que constar en la escritura el modo concreto en que inicialmente se organice la administración, en caso de que los estatutos prevean distintas alternativas (art. 22.2 y art. 23, letra e]). En cambio, la LCOOP, siguiendo a la LSA (art. 9, letra h), obliga a la fijación estatutaria de la estructura del órgano de administración que va a regir en la sociedad. Esto significa que cada vez que se cambie de forma de administración se tendrá que hacer una modificación de los estatutos sociales y esto en las cooperativas puede pasar simplemente por el ingreso o salida de un socio de la entidad.

2. SOBRE LA CONVENIENTE DESCONCENTRACIÓN DE PODER DEL PRESIDENTE DE LA COOPERATIVA

La doctrina, y a nuestro juicio con razón, ha sido muy crítica con la atribución del poder de representación de la cooperativa a su presidente, que se convierte en una especie de órgano individual de representación que puede con sus decisiones vincular a la cooperativa con terceros con los riesgo y peligros que para el tráfico y para la propia sociedad esto conlleva (MORILLAS, FELIÚ, 2002, 297-301 y PANIAGUA, 2005, 216). Esta opción legislativa además va en contra de la opción legal a favor de la preeminente forma de administración de la cooperativa, que es la colegial en la figura del consejo rector, por lo que no se entiende porque la mayoría de las leyes autonómicas (con mejor criterio la vasca remite a los estatutos para determinar el modo que se ejerce la representación de la sociedad: art. 40.2 LCPV), han seguido el mismo criterio de atribución *ex lege* de la representación de la cooperativa al presidente del consejo rector.

De *lege ferenda* se impone la eliminación de este excesivo poder al presidente, que mal usado, puede comprometer gravemente a la cooperativa y se debería, al igual que ocurre para las sociedades mercantiles atribuir la representación legal al órgano de administración (léase consejo rector) y que este sea el que por acuerdo interno de la asamblea general o del propio consejo rector atribuya, en su caso, la representación legal al presidente (art. 233.2, letra d] LSC).

De *lege lata* nos decantamos por una interpretación correctora de dicha atribución en el sentido de que la legitimación de la actuación del presidente depende de la previa decisión del órgano de administración, decisión que debe acreditarse por medio de la certificación de los oportunos acuerdos sociales, bien del propio consejo rector bien de la Asamblea, ya que a él le corresponde la representación de la cooperativa en la ejecución de los acuerdos de la asamblea o por medio de un poder específico cuando se hubieran delegado facultades en su persona.

En relación con el presidente del Consejo, el Código Unificado del Buen Gobierno Corporativo de 2006 (CUBGC) ha apuntado las consideraciones que transcribimos a continuación, por considerarlas de utilidad para la configuración de estos cargos en las cooperativas de cierta dimensión:

No hace falta resaltar el papel de primer orden que está llamado a desempeñar el presidente para lograr un adecuado funcionamiento del Consejo [...]. El debate aparece, sin embargo, a la hora de evaluar la posición del Presidente en la organización y concretamente de determinar si es oportuno separar o acumular los cargos de presidente del Consejo y de primer ejecutivo de la sociedad. El Código es consciente de que cualquiera de las soluciones ofrece ventajas e inconvenientes. La acumulación de cargos puede proporcionar a la compañía un liderazgo claro en el ámbito interno y en el externo, así como reducir los costes de información y coordinación que alternativamente se generarían. Pero ello no debe hacernos olvidar la principal desventaja que presenta esa solución: la concentración de mucho poder en manos de una única persona. En estas circunstancias, a la vista también de la falta de uniformidad en la práctica internacional de la inexistencia de base empírica para formular una recomendación precisa, el Código mantiene el criterio de no pronunciarse sobre la conveniencia o no de separar ambos cargos. No obstante, su preocupación por preservar las mejores condiciones para el buen desarrollo de la función general de supervisión, le lleva a aconsejar la adopción de medidas de contrapeso que eviten la excesiva concentración de poder en una persona [...]. Por ello (en la línea del Informe Olivencia y de la práctica de muchos países) se recomienda:

16. Que el presidente, como responsable del eficaz funcionamiento del Consejo, se asegure que los consejeros reciban con carácter previo

información suficiente; estimule el debate y la participación activa de los consejeros durante las sesiones del Consejo, salvaguardando su libre toma de posición y expresión de opinión; y organice y coordine con los presidentes de las Comisiones relevantes la evaluación periódica del Consejo, así como, en su caso, la del Consejero Delegado o primer ejecutivo.

17. Que, cuando el presidente del Consejo sea también el primer ejecutivo de la sociedad, se faculte a uno de los consejeros independientes para solicitar la convocatoria del Consejo o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día; para coordinar y hacerse eco de las preocupaciones de los consejeros externos; y para dirigir la evaluación por el Consejo de su presidente.

En términos similares, pero ya con la referencia expresa a la necesidad de nombrar un consejero coordinador entre los consejeros independientes que ejerza de contrapeso, cuando el Presidente tenga la condición de consejero ejecutivo (así, el art. 529 sexies de la LSC), el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, aprobado en febrero de 2015, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, ha dispuesto lo siguiente:

Principio 16: El presidente es el máximo responsable del eficaz funcionamiento del consejo de administración y, en caso de ser también ejecutivo de la sociedad, se ampliarán las competencias del consejero independiente coordinador.

El presidente está llamado a desempeñar un papel de primer orden para lograr un adecuado funcionamiento del consejo de administración, lo que ha sido recogido expresamente por la legislación mercantil (art. 529 sexies de la Ley de Sociedades de Capital).

El debate surge, sin embargo, a la hora de determinar si es oportuno que el cargo de presidente del consejo de administración pueda recaer en un consejero ejecutivo de la sociedad.

A este respecto, se considera que cualquiera de las soluciones ofrece ventajas e inconvenientes. La acumulación de cargos puede proporcionar a la compañía un liderazgo claro en el ámbito interno y en el externo, así como reducir los costes de información y coordinación. Pero ello no debe hacernos olvidar la principal desventaja que presenta esta solución, a saber, la concentración de mucho poder en manos de una única persona.

En estas circunstancias, a la vista también de la falta de uniformidad en la práctica internacional y de la inexistencia de base empírica para formular una recomendación taxativa a favor de uno u otro criterio, se mantiene el criterio de no pronunciarse sobre la conveniencia, o no, de separar ambos cargos.

No obstante, se considera necesario que cuando sean ejercidos por la misma persona se establezcan medidas correctoras. Así, la normativa societaria establece una mayoría reforzada de dos tercios para el nombramiento del presidente en estos casos y recoge como norma (art. 529 septies de la Ley de Sociedades de Capital) la obligación de nombrar un consejero coordinador de entre los consejeros independientes, estableciendo como cautela adicional que en su nombramiento deberán abstenerse los consejeros ejecutivos.

En este contexto, se recomienda que, para consolidar y hacer más eficaz su desempeño, las funciones del consejero coordinador se extiendan a aspectos adicionales como las relaciones con los accionistas de la sociedad en materia de gobierno corporativo o la dirección del plan de sucesión del presidente.

Recomendaciones 33 y 34:

Recomendación 33. Que el presidente, como responsable del eficaz funcionamiento del Consejo de administración, además de ejercer las funciones que tiene legal y estatutariamente atribuidas, prepare y someta al Consejo de administración un programa de fechas y asuntos a tratar; organice y coordine la evaluación periódica del consejo, así como, en su caso, la del primer ejecutivo de la sociedad; sea responsable de la dirección del consejo y de la efectividad de su funcionamiento; se asegure de que se dedica suficiente tiempo de discusión a las cuestiones estratégicas, y acuerde y revise los programas de actualización de conocimientos para cada consejero, cuando las circunstancias lo aconsejen.

Recomendación 34. Que cuando exista un consejero coordinador, los estatutos o el reglamento del consejo de administración, además de las facultades que le corresponden legalmente, le atribuya las siguientes: presidir el Consejo de administración en ausencia del presidente y de los vicepresidentes, en caso de existir; hacerse eco de las preocupaciones de los consejeros no ejecutivos; mantener contactos con inversores y accionistas para conocer sus puntos de vista a efectos de formarse una opinión sobre sus preocupaciones, en particular, en relación con el gobierno corporativo de la sociedad; y coordinar el plan de sucesión del presidente.

La separación de roles entre presidente y director ejecutivo es frecuentemente vista como una buena práctica también en el ámbito cooperativo. Por ejemplo, el Código de Gobernanza de las Cooperativas de Consumidores del Reino Unido estipula que el presidente no debe ser un empleado de la cooperativa y, por lo

tanto, que no debe ser director ejecutivo. Se parte de la idea de sugieren que el respeto mutuo y la confianza son esenciales para el desarrollo de una relación exitosa entre el presidente y el director ejecutivo. La franqueza, la honestidad y la sensibilidad son importantes en el desarrollo de la confianza y el respeto mutuo. Si se adopta una actitud defensiva o se oculta información relevante, existe el peligro de que se genere desconfianza y el surgimiento de una relación negativa o, inclusive, una lucha por el poder. Si esto persiste puede crearse un círculo vicioso que vaya deteriorando la relación hasta producir, en ciertas ocasiones, una ruptura con consecuencias muy nocivas para el consejo y la organización. Sin embargo, el desarrollo de una relación de confianza entre el presidente y el director ejecutivo no significa que deba existir una confianza ciega. Si un presidente es demasiado cercano al director ejecutivo, surge el riesgo de que no exista la distancia suficiente para cuestionar sus propuestas o pedirle cuentas. También existe el peligro de que ambos conformen una coalición que haga difícil que el consejo cuestione sus propuestas conjuntas. Un papel fundamental del presidente es brindar apoyo al director ejecutivo y actuar como su caja de resonancia en el Consejo, pero asegurando siempre que las propuestas de la gerencia estén sujetas a una revisión crítica por parte del Consejo. Aunque el compromiso de ambos con los principios cooperativos tiene una importancia vital, la mayor parte del tiempo del director ejecutivo estará inevitablemente dedicada a asegurar el éxito de la cooperativa como empresa. En consecuencia, una tarea importante del presidente será tratar de asegurar que ese tipo de dedicación no vaya en desmedro de los principios y la misión de la cooperativa. Esto implica garantizar que las propuestas de la gerencia son supervisadas respecto a su impacto potencial, tanto en los asociados y en la identidad cooperativa como en el desempeño empresarial (CORNFORTH, 2015, 108-109).

3. LA PROFESIONALIZACIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

Aspecto clave en el ámbito cooperativo es la apuesta por la profesionalización de los órganos de administración, con el objeto de mejorar la gestión. En este punto, como en otros, no se puede decir que haya uniformidad en el Derecho cooperativo español: nos encontramos con normas más restrictivas, que exigen la cualidad de socio a todos los consejeros: LCEX (art. 37.2) o LCCV (art. 42.2), y otras que, con criterio más liberal, establecen simplemente que «la mayor parte de sus miembros han de ser socios que lleven a cabo la actividad cooperativizada principal»: LCCAT (art. 41.2, letra a]). Junto a ellas, coexistentes previsiones intermedias que, al igual que la LCOOP (art. 34.2), fijan el porcentaje de consejeros no socios en un tercio del total; por su parte, la LCPV (art. 41.1) y la LCCM (art. 41. 2.º) establecen el límite de la cuarta parte de los consejeros.

Es cierto que para justificar la oposición a que haya consejeros no socios en los consejos rectores de las cooperativas se ha señalado que esa posibilidad es contraria al principio de gestión democrática, pero no lo es menos que, frente a esa crítica, cabe aducir diferentes argumentos justificativos de su admisión: primero, que esa posibilidad debe estar recogida en los estatutos y quien elige a estos consejeros son los socios en la asamblea general (por todos, art. 34.1 LCOOP), que los pueden destituir en cualquier momento, por lo que la gestión sigue siendo democrática; segundo, a estos consejeros se le exige determinada cualificación profesional y experiencia, lo que constituye una dosis de profesionalidad cada vez es más necesaria en el seno del consejo rector (por ejemplo, para ocupar el cargo de secretario o para participar en las comisiones que se constituyan), por lo que la existencia de consejeros externos e independientes puede constituir una mejora del gobierno corporativo de la cooperativa con las ventajas que ello conlleva para los socios. La presencia de estos consejeros puede favorecer una gestión más plural, independiente y profesionalizada. En todo caso, en la actualidad, el principio cooperativo de gestión democrática por parte de los socios debe ser interpretado con flexibilidad y de acuerdo con el contexto económico actual. Lo importante, como ya reconocía la ACI en su XXIII Congreso (Viena, 1966) es que las cooperativas sean administradas por personas elegidas o designadas por medio de un procedimiento acordado por su socios y ser responsables ante estos.

La existencia de consejeros profesionales no socios nos lleva a uno de los temas estrella del buen gobierno corporativo, como es el de los tipos de consejeros en el seno de los Consejos de Administración. En los Informes sobre la mejora de la gobernanza empresarial, destaca la previsión de distintas clases de consejeros, como son los consejeros ejecutivos, que son aquellos que desarrollan funciones de gestión y dirección; los consejeros dominicales, que representan a los accionistas significativos; y los consejeros independientes, que son designados por sus condiciones personales y profesionales y carentes de vínculos con la sociedad, sus socios significativos y sus directivos.

Dentro de la categoría de los consejeros ejecutivos se incluyen los consejeros delegados, el presidente, vicepresidente, miembros de la comisión ejecutiva, consejeros con funciones de alta dirección y normalmente con un contrato de alta dirección. Los Códigos de buen gobierno recomiendan que los consejeros externos (independientes y dominicales) sean mayoría respecto a los ejecutivos, pero es cierto que la categoría de consejero dominical no se adecua bien a las peculiaridades de las sociedades cooperativas. No obstante, a pesar de que ello, si nos parecen de interés algunas de las recomendaciones contenidas en el CUGC para los consejeros independientes. Así, por ejemplo:

13. Que el número de consejeros independientes representen al menos un tercio del total de consejeros» (mínimo que es el máximo que establece la LCOOP para el nombramiento de consejeros no socios).

17. Que, cuando el presidente del Consejo sea también el primer ejecutivo de la sociedad, se faculte a uno de los consejeros independientes para solicitar la convocatoria del Consejo o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día; para coordinar y hacerse eco de las preocupaciones de los consejeros externos; y para dirigir la evaluación por el Consejo de su presidente.

29. Que los consejeros independientes no permanezcan como tales durante un periodo continuado superior a doce años.

31. Que el Consejo de Administración no proponga el cese de ningún consejero independiente antes del cumplimiento del periodo estatutario para el que hubiera sido nombrado, salvo que concurra justa causa.

Por su parte, en el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, aprobado en febrero de 2015, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se amplía la presencia de consejeros independientes en el consejo al señalar en la Recomendación 17:

«Que el número de consejeros independientes represente, al menos, la mitad del total de consejeros».

4. LA FUNCIÓN DE SUPERVISIÓN DEL CONSEJO RECTOR

Esta competencia del consejo rector viene expresamente recogida en la LCOOP, que añade a las funciones de gestión y representación social, la de «supervisión de los directivos», aunque después esta función no se desarrollada en otros precepto de la Ley. En concreto, el artículo 32.1 señala que:

«El Consejo Rector es el órgano colegiado de gobierno al que corresponde, al menos, la alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la sociedad cooperativa, con sujeción a la Ley, a los Estatutos y a la política general fijada por la Asamblea General».

Es un hecho que en las sociedades con cierta dimensión, incluidas las cooperativas, las funciones de gestión son realizadas, fundamentalmente, por el equipo de dirección, que trabaja bajo la autoridad inmediata del primer ejecutivo de la compañía (presidente o consejero delegado). Esta realidad conlleva la necesidad de diferenciar las funciones de dirección y supervisión, y de potenciar estas últimas para intentar poner freno al *coste de agencia*, que es aquel en el que incurren las sociedades por el eventual desajuste entre los intereses de los directivos y los intereses de los socios y de la sociedad en su conjunto, y que también existe en las sociedades cooperativas (sobre la necesaria alineación de los intereses de la gestión con los intereses de los socios: ALONSO UREBA, 2006, 769 y sigs.).

Al problema de la apropiación gerencial en el ámbito cooperativo se refiere BIRCHALL (2015, 25-26) al señalar que: «Cuando más grande es la cooperativa más difícil es que los dirigentes puedan controlar a los gerentes. Si aplicamos la teoría de la agencia, el consejo de administración sería el principal y los gerentes serían los agentes. De acuerdo a esta teoría, si no se los detiene, los gerentes promoverán sus propios intereses y no los del consejo o los de los asociados». Por ello, desde hace años en el marco de las sociedades cotizadas, cuyas reflexiones son importables a las grandes sociedades cooperativas, se considera que la función general de supervisión es la más genuina del Consejo de administración.

En el marco del modelo monista de la administración que domina nuestro Derecho de sociedades, se percibe una clara evolución hacia un monismo moderado o renovado, en el que el consejo de administración asume una delimitación autónoma y separada de la función supervisora. Esta delimitación separada de los ámbitos funcionales de la dirección y supervisión supone, a su vez, la consagración de un estatuto diferente de los consejeros ejecutivos y los no ejecutivos. Con esta finalidad de diferenciación de funciones, desde distintas instancias se está reforzando el papel supervisor de los administradores (ESTEBAN VELASCO, 2006, 751-753).

Una cuestión esencial es determinar si la autonomía estatutaria de las cooperativas y las facultades de autoorganización del consejo rector permitirían acoger el desarrollo que se han llevado a cabo en el marco de las sociedades cotizadas. En principio, y sin perjuicio de algunas especialidades derivadas por ejemplo de la poca presencia de consejeros independientes, el marco legal de las sociedades cooperativas permite dicho desarrollo. En realidad, nada obsta a que el consejo rector cree en su seno comisiones para asumir estas funciones de supervisión y control. Por ejemplo, el CUBG recomienda la constitución de un *Comité de Auditoría* (apdos. 46-53 CUBG), exigido por la Ley del Mercado de Valores (disposición adicional 18.^a) a las entidades que emitan valores; y una o dos comisiones separadas de *Nombramientos y Retribuciones* (apdos. 54-58 CUBG). Sobre las particularidades de estas comisiones o comités, el CUBG tuvo muy en cuenta el contenido de la Recomendación de la Comisión de la UE relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión aplicables a las empresas que cotizan en Bolsa (2005/162/CE). Estas previsiones han tenido acogida en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la Mejora del Gobierno Corporativo (LMGC), que introduce la obligación de que los Consejos de administración de las sociedades cotizadas constituyan, al menos, una comisión de auditoría y una comisión, o dos comisiones separadas, de nombramientos y retribuciones, con la composición y las funciones mínimas que se indican en la ley (art. 529 *terdecies* de la LSC).

Sobre las comisiones referidas, el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, aprobado en febrero de 2015, señala:

La comisión de auditoría

Principio 20: La comisión de auditoría, además de cumplir los requisitos legales, estará compuesta por una mayoría de consejeros independientes y sus miembros, en particular el presidente, se designarán teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o gestión de riesgos, y sus normas de funcionamiento reforzarán su especialización, independencia y ámbito de actuación.

La comisión de auditoría es objeto de regulación en la legislación mercantil tanto por lo que se refiere a su obligatoriedad para las sociedades cotizadas como a su composición, presidencia y funciones mínimas (informar a la junta general de accionistas; supervisar la eficacia del control interno, de la auditoría interna, de los sistemas de gestión de riesgos y del proceso de elaboración y presentación de la información financiera preceptiva; proponer la selección, nombramiento, reelección y sustitución del auditor externo y supervisar su independencia).

En esta materia, las recomendaciones van dirigidas a reforzar las normas legales en relación con la función de la auditoría interna, a ampliar las funciones de la comisión de auditoría y a establecer determinados criterios adicionales sobre su composición que refuercen su especialización e independencia.

La comisión de nombramientos y retribuciones.

Principio 22: La comisión de nombramientos y retribuciones, que en las sociedades de elevada capitalización serán dos comisiones separadas, además de cumplir los requisitos legales, estará compuesta por una mayoría de consejeros independientes y sus miembros se designarán teniendo en cuenta los conocimientos, aptitudes y experiencia necesarios, y sus normas de funcionamiento reforzarán su especialización, independencia y ámbito de actuación.

El acierto en el nombramiento y motivación posterior de los consejeros resulta decisivo para el eficaz funcionamiento del consejo de administración, para lo que resulta esencial la colaboración de una comisión especializada que auxilie al consejo de administración en el logro de este objetivo.

La experiencia adquirida en los últimos años ha demostrado la importancia que tiene para las empresas un órgano de administración bien gestionado. Se hace necesario, por tanto, regular ciertos aspectos a los cuales se viene otorgando cada vez mayor relevancia, como son la transparencia en los órganos de gobierno, la adecuada gestión de los riesgos o la independencia, la parti-

pación y la profesionalización de los consejeros. Las sociedades cooperativas también deben modernizar su gobernanza y no pueden dejar de incorporar las medidas necesarias dirigidas a contribuir al funcionamiento eficiente del consejo rector.

IV. CONCLUSIONES

I. Tras el estudio de la estructura orgánica de las sociedades cooperativas y de lectura detenida del régimen jurídico contenido en los artículo 19-44 LCOOP, lo que más sorprende es el escaso margen que se concede a la autonomía privada, la poca flexibilidad para la configuración estatutaria de los órganos sociales y el paralelismo que guarda su régimen respecto a la Sociedad anónima (al que se remite expresamente en materia de responsabilidad de administradores), con la salvedad de la imposición de la Intervención, órgano de control inexistente en otros tipos societarios. La sensación de exceso de reglamentación legislativa se acentúa cuando se analiza la composición del consejo rector y el número de cargos que con carácter imperativo impone la Ley: presidente, vicepresidente y secretario.

II. Un gran número de estas previsiones legales, como buena parte de la LCOOP, tienen sentido en cooperativas de gran tamaño, que es el tipo de empresa en la que parece estar pensando el legislador cooperativo, sin tener en la mayoría de las ocasiones en cuenta el proceso de expansión del fenómeno cooperativo a PYMEs e incluso a las microempresas, impulsado de manera particular por las CCAA en los últimos años con normas *ad hoc*. El problema de fondo es que existe un único tipo societario para toda clase de cooperativa, por lo que entendemos que la clave para resolver ese problema pasa por la aprobación una regulación flexible.

III. La sociedad cooperativa regulada en nuestro Derecho debe permitir, vía estatutaria, una mayor o menor capacidad de modulación de la presencia de los socios en las decisiones sociales en función de las particulares necesidades que cada sociedad pretende atender o encauzar y así determinar un modelo plenamente corporativo, que potencie y garantice la autonomía de los administradores o un modelo personalista e intervencionista en favor de los socios o modelos intermedios basados en un equilibrio adaptado a las circunstancias de la empresa, aunque, en cualquier caso, evitando que los administradores se convirtieran en meros ejecutores de los actos decididos por los socios, es decir: los poderes de intervención podrán referirse a asuntos concretos de especial importancia: actos o categorías de actos que se refieran a la estructura financiera de la empresa o que pertenezcan a la llamada administración extraordinaria. Incluso se puede pensar en ocasionales instrucciones sobre asuntos ordinarios, pero nunca injerencias que por su frecuencia o intensidad

anulen la posición de los administradores con un mínimo de competencia gestora autónoma.

IV. La flexibilidad normativa debe posibilitar también la supresión del carácter obligatorio de la Intervención. La aproximación progresiva al derecho general de sociedades y, en especial, la asunción de la auditoría externa para las cooperativas de mayor tamaño, unido al carácter altamente especializado de las tareas de fiscalización económica y contable que se le asignan no se corresponde, en la gran mayoría de los casos, con la preparación de las personas elegidas para su ejercicio, justifica que las leyes permitan la asunción estatutaria solo por aquellas sociedades cooperativas de cierta envergadura que la consideren operativa y cuenten con personas adecuadas para su ejercicio.

V. La opción legislativa de atribución genérica de la administración de la cooperativa al consejo rector resulta criticable e impide adecuar la estructura de cada cooperativa a su dimensión real y a la voluntad de los socios. Según nuestro criterio, lo adecuado es abrir la estructura de la administración a la libertad de configuración estatutaria, dependiendo no de aspectos meramente formales como el número de socios, sino de la voluntad de los socios. Consideramos que esta opción legislativa es la debería extenderse en la legislación cooperativa, con lo que se debería admitirse la posibilidad de elegir administración única, solidaria, mancomunadas o consejo rector, independientemente del número de socios que tenga la cooperativa. E incluso que los estatutos sociales puedan establecer distintos modos de organizar la administración, atribuyendo a la asamblea general la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria.

VI. La atribución *ex lege* del poder de representación de la cooperativa a su presidente, que se convierte en una especie de órgano individual de representación que puede con sus decisiones vincular a la cooperativa con terceros con los riesgos y peligros que para el tráfico y para la propia sociedad esto conlleva, debe ser corregida. Las distintas normas deben o bien remitir a los estatutos para determinar el modo en que se ejercerá la representación de la sociedad o bien, al igual que ocurre para las sociedades mercantiles, atribuir la representación legal al órgano de administración (consejo rector) y que sea este el que por acuerdo interno de la asamblea general o del propio consejo rector atribuya, en su caso, la representación legal al presidente (art. 233.2, letra d] LSC).

VII. Es un hecho que en las sociedades con cierta dimensión, incluidas las cooperativas, las funciones de gestión son realizadas, fundamentalmente, por el equipo de dirección, que trabaja bajo la autoridad inmediata del primer ejecutivo de la compañía (presidente o consejero delegado). Esta realidad conlleva la necesidad de diferenciar las funciones de dirección y supervisión, y de potenciar estas últimas para intentar poner freno al *coste de agencia*. Por ello, desde hace años en el marco de las sociedades cotizadas se considera que la función general de supervisión es la más genuina del Consejo de administra-

ción. Una cuestión esencial es determinar que la autonomía estatutaria de las cooperativas y las facultades de autoorganización del consejo rector permiten acoger el desarrollo que se han llevado a cabo en el marco de las sociedades cotizadas; es decir, aclarar que nada obsta a que el consejo rector cree en su seno comisiones para asumir estas funciones de supervisión y control mediante una Comisión de Auditoría y una o dos comisiones separadas de Nombramientos y Retribuciones, en las que están llamados a ocupar un papel clave los consejeros independientes.

VIII. En definitiva, no cabe duda que la gobernanza es un componente clave de la diferencia cooperativa y que la mayor parte de la problemática que plantean los Códigos de gobierno corporativo se centran en la sociedad anónima cotizada, pero aun así no deja de ser también cierto que algunos de los temas que plantean en los Códigos de gobierno corporativo no son exclusivos de esa realidad societaria, sino que resultan plenamente vigentes para otros tipos societarios, donde se presenta la misma problemática vinculada con el abuso de poder, la falta de controles, la falta de transparencia o la endogamia orgánica. En una economía mundial cada vez más regulada, compleja e interdependiente y en la que las presiones del mercado son cada vez más fuertes se requiere de una referencia actualizada sobre los postulados básicos de la gobernanza. Las sociedades cooperativas también deben modernizar su gobernanza y no pueden dejar de incorporar las medidas necesarias dirigidas a contribuir al funcionamiento eficiente de sus órganos de administración.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STC de 29 de julio de 1983
- STC de 27 de marzo de 1984
- STC de 5 de diciembre de 1985
- STC de 11 de mayo de 1989
- STS de 22 de enero de 1994
- STS de 24 de enero de 1990
- RDGRN de 11 de marzo de 1992
- RDGRN de 13 de octubre de 1992
- RDGRN de 14 de octubre de 1992
- RDGRN de 15 de octubre de 1992
- RDGRN de 12 de julio de 1993
- RDGRN de 12 de mayo de 1994
- RDGRN de 15 de mayo de 1994
- RDGRN de 3 de octubre de 1994
- RDGRN de 25 de abril de 1997
- RDGRN de 17 de noviembre de 1998

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO SÁNCHEZ y SÁNCHEZ RUIZ (2007). Aspectos generales sobre el buen gobierno de las cooperativas y de los grupos cooperativos, *RDM*, núm. 266, pp. 1051-1086.
- ALONSO UREBA, A. (2006). Diferenciación de funciones (supervisión y dirección) y tipología de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) en las perspectiva de los artículos 133.3 y 141.1 del TRLSA, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, T. II, Madrid: Thomson-Aranzadi, pp. 769-850.
- ARROYO MARTÍNEZ, I. (1992). *Legislación sobre cooperativas*, 3.^a ed.: Tecnos.
- BIRCHALL, J. (2015). *El diseño de estructuras eficaces de gobernanza democrática para las grandes cooperativas*, en *La gobernanza cooperativa apta para construir resiliencia frente a la complejidad*, disponible en <http://www.icagovernancepaper-es.pdf>, pp. 25-33.
- BROSETA, J. (1965). *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid: Tecnos.
- CORNFORTH, C. (2015). El triángulo eterno: el papel decisivo del Presidente y el Director Ejecutivo en el empoderamiento del consejo, en *La gobernanza cooperativa apta para construir resiliencia frente a la complejidad*, disponible en <http://www.icagovernancepaper-es.pdf>, pp. 107-113.
- DIVAR J. (1985). *La alternativa cooperativa*, Barcelona: CEAC.
- ESTEBAN VELASCO, G. (1997). La administración de la SRL, en *Tratado de la Sociedad Limitada*, coord. Paz-Ares, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, pp. 692-771.
- (2006). La separación entre Dirección y Control: el sistema monista español frente a la opción entre distintos sistemas que ofrece el Derecho comparado, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, T. II, ALONSO UREBA y RODRÍGUEZ ARTIGAS, Madrid: Thomson-Aranzadi, pp. 727-768.
- GADEA SOLER, E. (2000 I). *Derecho de las Cooperativas (Análisis de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas del País Vasco)*, Bilbao, 2.^a ed.: Universidad de Deusto.
- (2000 II). *Los órganos sociales*, BAIDC, núm. 34 (Monográfico sobre la Ley General de Cooperativas de España), pp. 35-57.
- GARRIGUES, J. y URÍA, R. (1976). *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Tomo II, Madrid.
- GIRÓN, J. (1954). Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho, *RDP*, pp. 396 y sigs.
- GONDRA, J. M. (1992). *Derecho mercantil I. Introducción*, Madrid: UCM.
- IGLESIAS PRADA, J. L. (1994). *Los órganos sociales en el anteproyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, RCDI, pp. 186-223.
- MORILLAS JARILLO, M. J. y FELIÚ REY, M. (2002). *Curso de cooperativas*, Madrid, 2.^a ed., Tecnos.
- PANIAGUA ZURERA, M. (2005). La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social, vol. 1, Tomo XXII del *Tratado de Derecho mercantil*, coord. Jiménez Sánchez, Madrid: Marcial Pons.
- PAZ CANALEJO, N. (1990). *Ley General de cooperativas*, T. XX, vol. 2.^o (arts. 29 a 66), PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIÁ, *Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial*, dirs. Sánchez Calero y Albaladejo, Madrid: EDERSA.

- SACRISTÁN BERGIA, F. (2005). Sobre la estructura y el régimen de responsabilidad del órgano de administración de las cooperativas, en *Consideraciones sobre la legislación cooperativa autonómica*, Oviedo: Gobierno del principado de Asturias. FFES, pp. 165-181.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (2007). *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, 2.^a ed., Civitas.
- VARGAS VASSEROT, C. (2009). La estructura orgánica de la sociedad cooperativa. El reto de la modernidad corporativa, *CIRIEC*, núm. 29, pp. 59-82.

NOTAS

¹ La GenG establece que «las cooperativas participan de la condición de comerciantes en el sentido del Código de comercio, salvo que la presente Ley disponga lo contrario» (§ 17.2). Sobre el carácter de comerciante por la forma (*Formkaufmann*) de las cooperativas, con el que se le atribuye la condición jurídica de comerciante por la simple adopción de una forma de organización, y la traslación de este criterio de la Ley de cooperativas de 1868 a la AktienGesetz de 1870 y a la GmbHGesetz de 1892.

² Repárese que, en el año 1978 (Real Decreto 1885/1978) a una sociedad de carácter esencialmente mutualista y fuertemente personalista como la sociedad de garantía recíproca se le atribuye expresamente carácter mercantil por ser lo más adecuado para una eficaz organización. Como actualmente reconoce el artículo 4 de la Ley 1/1994, sobre el régimen jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca.

³ En esta línea se manifiesta la STC 72/1983, que tras negar con carácter general el carácter mercantil de las cooperativas afirma indirectamente la vigencia del artículo 124 Ccom al afirmar que «si en algún supuesto, por aplicación de la legislación general de carácter mercantil, debiera calificarse de sociedad mercantil algún tipo de cooperativa (...) en este caso sería de aplicación la legislación mercantil...». En cambio otras sentencias, por ejemplo la STS de 24 de enero de 1990, al resolver la aplicación de la institución de la quiebra a una cooperativa valenciana, consideran que los conceptos de comerciante y actos de comercio han sido «rebasado por el Derecho mercantil actual, que contempla básicamente la actividad empresarial como fin esencial del Derecho mercantil, extremos tenidos en cuenta sin duda alguna por el legislador (...) cuando aún no se ha producido la modificación del Código de comercio, superado por una realidad social cambiante, en la que, en el momento presente, puede calificarse a las sociedades cooperativas como empresarios sociales, tengan o no fin lucrativo, alcanzándoles, ciertamente, muchas disposiciones mercantiles, que han de ser respetadas por el legislador autonómico según mandato constitucional».

⁴ Lo que no significa que no se admitieran dicha mercantilidad, tal como establecía STS de 22 de enero de 1904, que basándose en la Ley de 19 de octubre de 1869 que liberalizaba la creación de Bancos y Compañías mercantiles, declaró que «nada se opone a que puedan ser mercantiles las sociedades cooperativa», y señaló que en relación con la cooperativa en cuestión, era procedente la «aplicación del Código de comercio para suplir las deficiencias que en las cláusulas de las escritura de constitución pudieran existir». Para las cooperativas agrarias, que se regulaban sectorialmente por la Ley de Sindicatos Agrícolas de 1960, jugaba en contra de su posible mercantilidad además la tradicional oposición de considerar mercantil la actividad agraria.

⁵ El Estado presentó el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 201/1982 contra determinados artículos de la Ley 1/1982 sobre Cooperativas del País Vasco, El recurso se resuelve en la STC 72/83, de 29 de julio, que hasta ahora ha sido la única sentencia que ha abordado de lleno la legitimidad de esta competencia autonómica. De ella se desprende que las partes centran el debate de la competencia legislativa del País Vasco (y por tanto de las demás CCAA

que habían asumido competencia exclusiva) en la consideración del denominado Derecho cooperativo como una parte o no del Derecho mercantil. Como explica la sentencia, «la trascendencia que otorgan a esta configuración se explica fácilmente porque la CE establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6) y el Estatuto atribuye competencia exclusiva al País Vasco en materia de cooperativas conforme a la legislación general en materia mercantil (art. 10.23), por lo que si la regulación sobre cooperativas hubiera de calificarse de mercantil —como sostiene el Abogado del Estado— la conclusión a la que habríamos de llegar sería la de que la competencia legislativa en materia de cooperativas no corresponde a la Comunidad Autónoma». El TC, sin entrar en el fondo del asunto, y sin tener en cuenta que aunque la cooperativa se calificase como sociedad civil la competencia también correspondería al Estado en base al artículo 149.1.8, señala que: «sin pretender ahora sentar afirmaciones de carácter general [...] si podemos afirmar que en principio no es admisible una interpretación que conduzca a variar de contenido la competencia legislativa de la Comunidad en materia de cooperativas, que hay que entender le viene atribuida por el artículo 10.23 del Estatuto». A esta conclusión «conduce la interpretación sistemática de los preceptos de la Constitución y del Estatuto, situado en el marco constitucional, y que prescinde de cualquier posición doctrinal acerca de si las cooperativas han de calificarse o no como sociedades mercantiles, ya que la interpretación ha de situarse en el contexto del ordenamiento vigente» (Fundamento Jurídico 3.⁹).

⁶ Ley 8/2006 de *cooperativas especiales* de Extremadura; la Ley 6/2008, de la *sociedad cooperativa pequeña* de Euskadi; la LCAR, que tras su reforma por la Ley 4/2010 regula la *pequeña empresa cooperativa* de Aragón; y la LCCLM que regula, a falta de su desarrollo reglamentario, algunos aspectos muy básicos de la *microempresa cooperativa* de Castilla-La Mancha.

⁷ Artículo 31.2 LCPV.

⁸ Artículo 29.2 LCCM.

⁹ Artículo 30 LCCV, artículo 28 LCCAT, etc.

¹⁰ Una crítica que compartimos al traslado automático de las normas o recomendaciones pensadas para sociedades cotizadas puede verse en, ALFONSO SÁNCHEZ y SÁNCHEZ RUIZ, (2007, 1057).

(Trabajo recibido el 10-2-2016 y aceptado para su publicación el 29-2-2016)